

SOMMAIRE DU N° 2-1994



DOCTRINE

Mario CHIAVARIO. – Aperçus sur la procédure d'audience en Italie entre réforme et « post-réforme »	207
Jean-Hervé SYR. – Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale	217
Pierre Daniel de BOISVILLIERS. – La règle de l'interdiction d'aggraver le sort de la partie civile et de la partie civilement responsable	237
Alessandro BERNARDI. – Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux	255

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

Frédéric STASIAK. – L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement disciplinaire	267
Rezki AIT.IHADADENE. – La mise en mouvement de l'action publique en matière fiscale	279
François LACASSE. – L'histoire du rôle du procureur général et du solliciteur général du Canada en droit pénal	287
Pierre LANDREVILLE et Lucie LEMONDE. – Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada	303
Michael BOHLANDER. – La défense de l'accusé en garde à vue. Remarques sur la situation juridique en Allemagne	311

CHRONIQUES

A. – Chronique de jurisprudence :		
– Droit pénal général, par Bernard BOULOC	319	
– Infractions contre les personnes, par Georges LEVASSEUR	328	
– Infractions contre les biens, par Pierre BOUZAT	337	
– Infractions contre la qualité de la vie, par Jacques-Henri ROBERT	343	
B. – Chronique législative, par Michèle-Laure RASSAT		347
C. – Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines – De la période de sûreté à la peine incompressible, par Pierre COUVRAT		356
D. – Chronique internationale :		
I. – Droits de l'homme, par Renée KERING-JOULIN	362	
II. – Droit pénal international. Les crimes contre l'humanité dans le nouveau Code pénal français, par Michel MASSÉ	376	
E. – Chronique de criminologie – Le XI ^e Congrès international de criminologie et le « destin de la criminologie », par Reynald OTTENHOF		384
F. – Chronique de police – Police en mouvement, par Jean SUSINI		388

INFORMATIONS

I. – Nécrologie : Jean Cosson (1916-1993), p. 395. – II. – Congrès, Colloques, Séminaires : Colloque international de l'AIDAC (Association internationale de développement communautaire) (Banglamung, Thaïlande, avril 1993), p. 398. – Valeurs et principes de la codification pénale : les expériences italienne, française et espagnole comparées (Florence, 18 et 19 novembre 1993), p. 400. – XXII^e Congrès annuel du Groupe européen pour l'étude de la déviance et du contrôle social (Komotini, Grèce, 25-28 août 1994), p. 406. – III. – Enseignement, recherches : Populations en milieu ouvert et dispositif méthodologique pour le casier judiciaire national. Description des sujets et prévision des condamnations, p. 406. – IV. – Droits étrangers : Règles probatoires et intime conviction sur la balance de la Cour constitutionnelle italienne, p. 411.

BIBLIOGRAPHIE

A. – Notes bibliographiques	415
B. – Bibliographie des périodiques à caractère scientifique en langues française et étrangères	441
C. – Ouvrages reçus	447



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit.

Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 3 rue Hautefeuille, 75006 Paris).

Éditions Dalloz

11 rue Soufflot, 75240 Paris cedex 05

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o 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.

Aperçus sur la procédure d'audience en Italie entre réforme et « post-réforme » *

Mario CHIAVARIO

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Turin

1. *Procédure d'audience et principe de contradiction : jadis, hier, aujourd'hui.* – Il n'est pas faux de dire que l'importance d'une procédure d'audience inspirée du principe de contradiction n'a jamais été mise en question – en tant qu'élément essentiel d'un procès pénal équitable – par la culture et la législation italiennes.

Malgré cela, on ne saurait définir comme bagatelles les innovations apportées en ce domaine par le code entré en vigueur le 24 octobre 1989 (le texte, rédigé par le gouvernement sur délégation du Parlement, qui avait fixé une longue série de directives contraignantes, a été publié en 1988).

En général, ces réformes ont eu pour but de renforcer et de rendre plus réel le caractère contradictoire des audiences des débats : but, celui-ci, poursuivi soit directement par des interventions sur les règles concernant proprement le déroulement des débats soit d'une façon indirecte par le biais d'un nouveau système de relations entre la phase décisionnelle et les phases antérieures de la procédure. En même temps, le code a envisagé de multiplier et de rendre plus souhaitables les procédures spéciales, alternatives au renvoi en jugement : cela en vue de la satisfaction d'un besoin – de plus en plus perçu par l'opinion publique – d'« économie de la justice ».

Il faut par ailleurs ajouter qu'aujourd'hui le système n'est plus exactement le même que le nouveau code l'avait dessiné. Sous plusieurs angles il faudra donc tenir compte aussi des « réformes de la réforme » dernièrement introduites.

2. *Nulla poena sine iudicio, procédures « simplifiées » et rôle du consentement de l'accusé.* – D'abord une constatation, peut-être minimale mais essentielle, concernant le principe *nulla poena sine praevio iudicio poenali*.

Depuis longtemps reconnu en Italie comme complément essentiel de la règle de légalité de la justice pénale, ce principe ne semble pas souffrir un échec à cause de la mise en œuvre de certaines procédures « spéciales », bien qu'elles entraînent la possibilité d'une condamnation prononcée hors d'une pleine

* Conférence prononcée lors de la journée d'étude organisée par l'École nationale de la magistrature le 10 novembre 1993. Le texte a subi quelques modifications de forme.

contradiction entre les parties au procès : la compatibilité entre le principe et ces procédures est en effet assurée dans la mesure où le consentement personnel et libre de l'accusé (rendu soit d'avance soit *a posteriori*) est une condition indispensable de leur déroulement ou de leur aptitude à faire « chose jugée ».

A ce propos, on peut constater que le code en vigueur a beaucoup élargi les ouvertures à ces modèles « simplifiés » de procédure et de jugement, en même temps qu'il a essayé de maintenir et de renforcer les garanties visant à empêcher qu'ils impliquent des renoncements forcés à la contradiction.

3. *L'élargissement du domaine des procédures « économiques » traditionnelles : ordonnance pénale (decreto penale)...* — On remarquera d'abord l'assouplissement des limites traditionnelles à l'exploitation de la procédure *per decreto penale* (art. 459 et s. c. pr. pén.), une sorte d'ordonnance pénale par laquelle une juridiction peut condamner l'accusé sur le seul fondement d'un court dossier rempli par la police ou par le parquet sans être obligée d'écouter personne (en revanche le condamné a la faculté de former une opposition par laquelle il est pleinement réintégré dans son « droit aux débats » sauf les ultérieures — ordinaires — voies de recours en cas de condamnation à la suite de l'opposition).

Cette procédure est désormais admise par rapport à toute infraction n'entraînant qu'une peine pécuniaire (y compris dans les cas où cette sanction peut être infligée en substitution d'une peine privative de liberté). Par surcroît, le juge a la faculté d'abaisser la peine jusqu'à la moitié du minimum prévu par la loi. On peut ajouter que la procédure *per decreto penale*, jadis régie par l'initiative *ex officio* de la juridiction, a été reconduite au principe général de la distinction entre poursuite et juridiction : aujourd'hui c'est au ministère public de formuler, là aussi, la requête de condamnation.

La clé — si l'on veut, le pari — de cette procédure c'est la confiance dans un consentement tacite du condamné, rendu *a posteriori* (la faculté de faire opposition est sans doute une garantie essentielle, mais l'avantage « économique » de la simplification n'est pas sauvegardé si l'opposition est présentée).

4. *... et paiement direct d'une amende (oblazione).* — Cette autre procédure, dit d'*oblazione*, n'est prévue que par rapport à certaines contraventions. Elle aussi peut se rallier aux modèles de « justice consensuelle ».

Traditionnelle en sa structure, elle a vu récemment élargi son domaine d'application, étant désormais admise là aussi où la peine pécuniaire prévue est alternative à la détention (art. 162 et 162 *bis* c. pén.).

En substance, il s'agit d'une « dépenalisation » remise au choix du coupable : le paiement d'une amende avant l'ouverture de la phase des débats contradictoires (ou bien avant la prononciation du décret de condamnation) entraîne l'extinction de l'infraction.

C'est-à-dire que l'initiative de l'inculpé transforme en sanction administrative la sanction pénale pécuniaire.

5. *« Patteggiamento » et jugement « abrégé ».* — Un consentement explicite *a priori* de l'accusé — sous forme de requête ou sous forme d'acceptation d'une requête du parquet — caractérise d'ailleurs deux autres formes (plus récemment introduites) de procédure « économique ».

Je fais ici référence à des procédures qui autorisent le juge à trancher l'affaire

avant le renvoi en jugement soit en scellant l'accord des parties sur une mesure de la peine réduite par rapport aux limites normales (*applicazione della pena su richiesta delle parti*, couramment dite *patteggiamento*), soit en accueillant la requête tout à fait « procédurale » de l'inculpé d'être jugé à la suite d'une simple discussion des données acquises par le parquet (*giudizio abbreviato*, qu'on peut traduire par « jugement abrégé ») : là aussi à condition que le ministère public donne son consentement.

La simplification découle de la transformation du rôle d'une audience « préliminaire » non publique qu'on verra être en principe – c'est-à-dire selon le schéma « ordinaire » (§ 6) – lieu de passage obligé de la procédure, afin d'établir si l'accusé doit être renvoyé en jugement ou s'il faut au contraire prononcer le non-lieu. Ici cette audience est utilisée pour des démarches aboutissant à un arrêt sur le fond de l'affaire.

La première de ces procédures « spéciales » (art. 444 et s. c. pr. pén.) n'est applicable qu'aux infractions sanctionnées par une peine jusqu'à deux ans de détention ; l'autre, par contre, ne trouve qu'une limitation par rapport aux crimes les plus graves (punis par la prison à vie).

En cas d'application de la peine sur l'accord des parties, l'issue de la procédure, si le juge n'a à faire aucune remarque « en droit », est nécessairement un arrêt ayant toutes les conséquences pénales d'une condamnation, quoiqu'il aboutisse à une peine qui peut s'abaisser au-dessous des limites légales normales (pourtant la réduction ne pourra pas être supérieure au tiers de la peine encourue).

Au contraire, le jugement « abrégé » (art. 438 et s. c. pr. pén.) n'exclut pas l'acquiescement, bien que la solution « normale » soit la condamnation à une peine réduite d'une mesure fixe (un tiers de la peine autrement déterminée à la suite des éléments de l'affaire).

Il faut ajouter qu'en proposant (ou bien en acceptant) le *patteggiamento* et le jugement « abrégé » les parties au procès se soumettent à des limitations assez radicales de leur faculté de faire appel contre l'arrêt qui va être rendu, sauf le droit à se pourvoir en cassation selon les règles normales.

6. *Renvoi en jugement et phase des débats.* – Abstraction faite des procédures « spéciales » fondées sur le consentement de l'accusé, le système italien de justice pénale impose un choix fondamental au ministère public, *dominus* de la phase préliminaire de la procédure, qui s'est substituée à l'ancienne instruction préparatoire (selon le langage du code, justement « *indagini preliminari* »).

Après les investigations conduites soit personnellement, soit moyennant l'activité de la police judiciaire, le ministère public doit choisir entre la proposition de deux requêtes alternatives (les deux remises à une juridiction, *giudice per le indagini preliminari* : GIP), c'est-à-dire entre la requête d'un classement sans suite (*archiviazione*) et la requête de renvoi en jugement (art. 405, 408 et s. 416 c. pr. pén.).

Une audience « préliminaire » – contradictoire mais non publique et limitée au contrôle juridictionnel *prima facie* du bien-fondé de la requête du parquet (art. 418 et s. c. pr. pén.) – se déroule dans la seconde hypothèse (ainsi qu'à la suite du non-consentement du GIP – cas, à vrai dire, tout à fait exceptionnel – à la requête de classement) : l'issue en sera soit le prononcé d'un arrêt de non-lieu, soit une ordonnance de renvoi en jugement (art. 424 c. pr. pén.). D'où l'ouverture de la phase des débats, axée sur une ou plusieurs audiences contradictoires et normalement publiques.

L'ouverture de la phase des débats est d'ailleurs une étape essentielle de la procédure là aussi où le ministère public a le pouvoir – comme alternative à la requête de classement sans suite – de saisir lui-même directement la juridiction de jugement, en dehors de toute audience préliminaire : c'est le cas (art. 554 c. pr. pén.) pour toute affaire relevant de la compétence d'un juge unique appelé *pretore* (on parle de justice « mineure », pourtant la peine encourue peut s'élever jusqu'à quatre ans de prison...); c'est aussi le cas (art. 449 et s. c. pr. pén.) pour certaines affaires qui relèvent de la compétence des autres juridictions (tribunal, cour d'assises) lorsqu'il s'agit de délit flagrant ou lorsqu'il y a eu un aveu (dans toute autre situation de « preuve évidente » l'audience préliminaire n'est pas nécessaire mais le renvoi en jugement n'aura pas lieu sans le consentement du GIP à la requête du ministère public : art. 453 et s. c. pr. pén.).

7. *Contradiction des arguments et contradiction dans l'administration de la preuve.* – Oralité, publicité (normalement) et contradiction caractérisaient et caractérisent les audiences des débats. En Italie à peu près comme en France.

Il ne fallait donc pas de grandes innovations quant au déroulement de ce qu'on pourrait appeler le contradictoire « des arguments ». En Italie, la place pour des débats « paritaires » entre le parquet et la défense n'a jamais été mise en question, même pendant les périodes les plus sombres de notre histoire récente.

Mais c'était un autre but que la réforme de 1988 avait voulu poursuivre de ce point de vue. C'était la création d'un système visant à une administration des preuves régie elle-même – dans les limites du possible – par la parité et le dialogue contradictoire des parties au procès devant la juridiction de jugement. Dans la recherche de ce but, la réforme a été peut-être trop ambitieuse en même temps que peu aidée : en conclusion, et quoique certaines précautions aient été prises, elle n'a pas réussi à paraître suffisamment réaliste, de sorte que de nombreuses « contre-réformes » ont été ensuite adoptées.

8. *Technique d'examen des témoins, pouvoirs des parties, rôle du juge.* – Ce n'est pas le cas des innovations concernant la technique de l'examen des témoins à l'audience, à propos de laquelle le code en vigueur a introduit plusieurs éléments de la procédure *adversary* (dont le moment clé est la *cross-examination*). Aujourd'hui, ce sont les parties au procès qui commencent et conduisent l'examen : en principe sans intermédiaires. La technique *adversary* caractérise aussi l'examen auquel l'accusé lui-même (art. 208 et s. c. pr. pén.) peut se soumettre (il n'y a plus d'« interrogatoire » forcé à l'audience). Il faut ajouter qu'en acceptant de se soumettre à l'examen l'accusé ne devient pas un « témoin » à tout effet, car il garde son droit de ne pas répondre aux questions spécifiques et ne peut être inculpé de faux témoignage.

On pourrait remarquer qu'en adoptant la méthode *adversary* de l'examen des témoins – ainsi que de l'accusé lui-même – la législation italienne a voulu réaliser de la façon la plus complète les principes des traités internationaux de sauvegarde des droits de l'homme, là où ils reconnaissent le droit de la défense à interroger les témoins à charge dans un contexte d'égalité et de réciprocité par rapport à l'organe de la poursuite. L'influence de l'article 6.3 de la CEDH et de l'article 14.3.e du Protocole de l'ONU sur les droits civils et politiques est d'ailleurs plus directe sous deux angles différents et en quelque sorte préliminaires : le contrôle du juge sur la pertinence des preuves requises par les parties ne peut s'exercer qu'en vue d'exclure les preuves apparaissant d'une façon

évidente – *manifestamente* – non pertinentes ou superflues (art. 190 c. pr. pén.) ; en tout cas, l'accusé a droit à l'admission des preuves à décharge pour les mêmes faits faisant l'objet des preuves à charge (art. 495 c. pr. pén.). Ce sont là les deux expressions les plus remarquables du « droit à la preuve » que le code en vigueur a voulu reconnaître aux parties.

Il est pourtant convenable d'ajouter que les membres des juridictions de jugement ne sont pas réduits à un rôle de purs et simples spectateurs muets d'une administration de la preuve totalement confiée à l'arbitraire des parties : abstraction faite des pouvoirs de direction de l'audience (et de vigilance sur l'obéissance aux règles légales et déontologiques), le code confère au président ainsi qu'aux autres juges un pouvoir de poser eux-mêmes des questions aux témoins, aux experts, etc. (art. 506 c. pr. pén.), ainsi qu'un plus ample pouvoir d'intégration des preuves, chaque fois qu'ils en discernent la « nécessité absolue », à condition que cela soit fait après l'administration de la preuve par les parties (art. 507).

9. *Les relations entre la phase des débats et les phases antérieures selon le texte original du code de 1988 : la suppression de l'instruction préparatoire, le système des « deux dossiers » de l'enquête, le mécanisme des « contestations » à l'audience.* – Non moins remarquables sont les choix du législateur de 1988 au sujet des relations entre la phase des débats et les phases antérieures de la procédure ayant une influence sur les règles de formation de la preuve.

Le code en vigueur a supprimé la figure du juge d'instruction ; plus généralement, il est indéniable qu'on a voulu abolir l'instruction préparatoire dans sa physionomie traditionnelle. On a réservé au parquet une fonction de direction des enquêtes (art. 327 c. pr. pén.) en liaison avec les fonctions de poursuite et d'accusation : le GIP intervenant pendant la phase préparatoire de la procédure (art. 328 c. pr. pén.) n'a aucune participation active à l'enquête. Il se voit confier exclusivement des fonctions de garantie et de contrôle (V. not. les art. 279, 392 et s., 408 et s., 418 et s. c. pr. pén.).

La physionomie de la phase préliminaire s'exprime aussi par de nouvelles règles quant à la documentation et à la transmission des résultats au juge de jugement. Il n'y a plus « le » dossier de l'affaire, mis en tant que tel à disposition de ce juge en cas de renvoi en jugement. Le renvoi entraîne la formation de deux dossiers (art. 431-433 c. pr. pén.) : un dossier « pour les débats » (transmis *ex officio* au juge de jugement) et un dossier « du parquet » (qui est ouvert à la *discovery* des parties mais qui n'est pas transmis à ce juge). En principe, c'est dans le second dossier qu'il faut inscrire les procès-verbaux des actes accomplis pendant la phase préliminaire (la règle n'est pas absolue : surtout il faut souligner que les parties peuvent obtenir l'administration anticipée et contradictoire de certaines preuves périssables moyennant l'*incidente probatorio* – art. 392 et s. c. pr. pén. – qui se déroule sous la direction du GIP et dont les procès-verbaux appartiendront nécessairement au second dossier).

Or, selon le texte du code tel qu'il a été publié en 1988, toutes les données résultant du dossier « pour les débats » et elles seules sont utilisables en tant que telles afin de juger l'affaire, au même titre que les données directement acquises par le juge (unique ou collégial) de jugement. Bref, dans ce système, les « motifs » de l'arrêt peuvent faire référence aux pièces de ce dossier, à condition qu'elles aient été présentées au débat contradictoire des parties à la suite d'une « lecture » en audience ou par une « indication » ayant la même valeur (art. 511, 515, 526 c. pr. pén.). Au contraire, en ce qui concerne les

procès-verbaux compris dans le dossier du ministère public, ils ne se voient pas reconnu – selon la version originale du code – la même force « positive » de preuve. Il s'agit de simples moyens de « contestation » : c'est-à-dire qu'ils n'exercent qu'une force « négative » dans la mesure où l'une des parties peut réussir par ce biais à détruire la crédibilité de ce que le juge apprend directement pendant les débats (art. 500 et 503 c. pr. pén.).

10. *Les problèmes posés par la criminalité organisée et les « réformes de la réforme » : la restauration de la valeur des procès-verbaux de l'enquête.* – C'est pourtant cet ensemble de règles qui a subi les plus profondes modifications à la suite de quelques interventions de la Cour constitutionnelle et d'une législation d'urgence mise en œuvre en vue d'un durcissement de la lutte contre la criminalité organisée.

A vrai dire, la méthode *adversary* des examens des témoins n'a pas été supprimée. Non plus que le système du « double dossier » n'a été aboli en tant que tel, parce qu'on n'a pas voulu désavouer le souci de garder le juge *virgin mind* jusqu'à l'ouverture des débats.

Cependant, les effets de la différence entre le dossier officiel et le dossier du parquet se sont bien assouplis : les procès-verbaux de l'enquête préliminaire ont désormais presque la même valeur que la preuve administrée directement pendant les débats, pourvu que les parties au procès les utilisent comme moyens de contestation des déclarations rendues en public. On a supprimé la règle à la suite de laquelle les déclarations antérieures d'un témoin ne pouvaient jamais « faire preuve des faits affirmés » mais seulement être appréciées comme moyens pour faire perdre crédibilité au témoin. En tout cas, les juridictions de jugement sont autorisées à apprécier comme preuves ces déclarations, à la condition que d'autres éléments en confirment la plausibilité. *Last but not least*, cette condition n'est non plus nécessaire si les déclarations rendues par le témoin à l'audience résultent d'une violence ou d'une menace exercée sur lui ou de faits analogues (art. 500 c. pr. pén. modifié par le décret-loi 306-92 et par la loi 356-92).

11. *Renforcement des pouvoirs d'intégration de la preuve par le juge...* – D'autres modifications ont limité le « droit à la preuve », c'est-à-dire le droit – que le code avait reconnu aux parties au procès – de ne pas voir écartés des témoignages ou d'autres moyens de preuve légalement produits sinon en cas de « manifeste » non-pertinence ou superfluité.

A ce propos, je ne veux pas contester la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle ayant étendu le pouvoir intégratif du juge dans le domaine de l'administration de la preuve à l'audience (art. 507 c. pr. pén.) : tous les deux admettent que ce pouvoir sera valablement exercé aussi lorsque les parties au procès ont omis d'exercer elles-mêmes le rôle actif et primaire que la loi leur confère ou bien lorsqu'elles n'ont pas observé les délais fixés par la loi quant à la présentation préalable des listes des témoins. Il s'agit d'aspects délicats de l'équilibre entre les pouvoirs du juge et les pouvoirs des parties au procès, mais en tout cas la physionomie essentielle du « droit à la preuve » n'est pas mise en cause.

12. *... et assouplissement du « droit à la preuve » reconnu aux parties au procès.* – Une limitation réelle et remarquable paraît plutôt découler (entre autres) d'un texte excluant l'examen d'un témoin – à moins que le juge ne l'estime « absolument nécessaire » – lorsqu'il a déjà fait sa déposition devant une autre

juridiction (art. 190 *bis* c. pr. pén., introduit par le décret-loi 306-92). Ce texte – qui semblerait se heurter à l'article 6-3-*d* de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le droit de l'accusé à interroger ou faire interroger les témoins à charge – ne s'applique que dans les procès pour des faits de criminalité organisée et en effet il vise à protéger les « collaborateurs de la justice » (indéniablement exposés à des dangers au fur et à mesure qu'ils sont appelés à répéter leurs témoignages dans une dizaine de procès semblables) : c'est pourquoi on avait proposé de faire appel à l'article 15 de la Convention en admettant qu'il s'agissait d'une dérogation à l'engagement pris au niveau international mais qu'elle pouvait se justifier eu égard aux exigences spécifiques de la lutte contre la mafia.

Pour des raisons de politique intérieure – pas entièrement à mépriser mais assez faibles quant à l'« orthodoxie » générale vis-à-vis des institutions européennes –, le gouvernement italien a choisi la stratégie différente du silence.

13. *Protection des « collaborateurs de justice » et examen des témoins « à distance ».* – Moins critiquée et moins critiquable une autre innovation, elle aussi visant à la protection des « collaborateurs de justice ». Il s'agit (art. 147 *bis* disp. att. c. pr. pén.) d'une sorte d'examen « à distance » dont la possibilité est prévue dans un contexte de précautions contre le risque d'attentats directs sur la personne du témoin, mais aussi contre l'éventualité d'une identification de sa physiologie, évidemment destinée à être altérée dans le cadre de certains « programmes de sauvegarde » mis en œuvre par les institutions elles-mêmes.

Une communication audiovisuelle entre la salle d'audience et le lieu secret où le témoin se trouve est assurée lorsque la présence du témoin dans cette salle d'audience pourrait l'exposer à des dangers. Le visage de la personne protégée reste masqué, mais les modalités techniques du filmage doivent assurer la visibilité contextuelle des personnes présentes sur le lieu où le témoin se trouve : ce pour empêcher les influences ou toute autre entrave à la sincérité des réponses. Par ailleurs, l'examen se déroule normalement suivant les règles essentielles de la procédure *adversary*, c'est-à-dire contradictoire conduite en premier lieu par les parties au procès.

14. *Diffusions audiovisuelles et « procès en images ».* – On peut ajouter que la présence des moyens audiovisuels sur la scène des audiences pénales se révèle de plus en plus importante – pas moins que problématique – à un niveau bien plus général.

Désormais, le procès « par t.v. » est devenu habituel : non seulement en tant qu'il est devenu d'habitude que le petit écran donne de grands espaces aux commentaires ainsi qu'aux « tables rondes » ayant pour objet des affaires judiciaires mais aussi dans un sens plus spécifique, c'est-à-dire dans le sens d'une présence de la télévision dans les salles d'audience.

Le législateur italien n'a pas évité le problème : la législation complémentaire au code (*norme d'attuazione*) donne des règles qui voudraient là aussi viser à l'équilibre entre les différentes exigences (art. 147 disp. att. c. pr. pén.). Avec l'accord des parties au procès, la juridiction de jugement peut autoriser (elle n'est pas obligée à le faire) l'enregistrement audiovisuel de l'audience publique, pourvu que cela n'entraîne aucun danger ni pour le déroulement régulier et détendu de l'audience, ni pour la décision. Le consentement des parties n'est pourtant pas nécessaire si la juridiction estime qu'il y a un intérêt social particulièrement important à la connaissance des débats. En tout cas, l'enregis-

trement des images des personnes qui ne donnent pas leur consentement est interdit.

15. *L'« opération mains propres »...* – Le « procès en images » est donc en train de devenir une réalité de plus en plus caractéristique de la vie sociale de l'Italie d'aujourd'hui.

Ses mérites et ses dangers viennent d'être soulignés d'une façon tout à fait particulière par rapport aux affaires se ralliant à l'opération que la presse et l'opinion publique ont bientôt nommée *mani pulite* (« mains propres »), c'est-à-dire comme conséquence indirecte des développements d'une longue série d'enquêtes conduites à propos de ces réseaux de corruption et de relations illicites entre le monde politique et le monde économique découverts d'abord à Milan, à propos desquels on a forgé le néologisme *tangentopoli* (ville des commissions secrètes).

On ne saurait aucunement contester le succès de cette opération : grâce au travail scrupuleux des magistrats chargés des enquêtes, de nombreux délits graves contre l'administration publique (et contre la confiance des citoyens dans leurs représentants et gouvernants) ont été mis en lumière. Et un grand nombre des protagonistes ont même reconnu l'existence de ces réseaux.

Cependant, beaucoup de problèmes subsistent, de nature procédurale et de nature plus large.

Nous ferons ici abstraction des questions qu'on se pose au sujet des délicates interrelations avec la vie politique que ce type de présence judiciaire met à l'évidence. De même, nous ferons abstraction des réactions de l'opinion publique à propos des projets visant à donner à l'ensemble une solution « politique ».

Ce sont aussi certains aspects de la procédure pénale qui ont été parfois exaltés et parfois mis en cause.

16. *... et ses répercussions sur le « vécu » de la procédure d'audience.* – Il faut d'abord constater que, deux ans après le commencement de l'opération, seulement un très petit nombre d'affaires est parvenu à la phase des audiences (toutefois, il faut ajouter que beaucoup d'entre elles avaient été réglées par un *patteggiamento*).

D'ailleurs, quelques remarques sont déjà possibles à propos du déroulement des audiences en ce qui concerne celle qu'on peut considérer comme l'affaire-pilote des ressources de la justice italienne vis-à-vis de ces réalités criminelles, audiences dont la plupart sont suivies – parfois « en direct » – par quelques millions de téléspectateurs.

L'impression n'est pas globalement négative. Certaines exigences essentielles d'un procès « contradictoire » sont respectées, en même temps que le but de la recherche d'une vérité la plus « vraie » possible n'est pas oublié.

Toutefois, les témoins parlent le plus souvent de faits et de circonstances n'ayant que des rapports indirects avec l'accusation pesant sur la personne qui passe en jugement, tandis qu'ils mettent en cause la responsabilité d'autres personnes : cela, sans que le droit des preuves et ses *exclusionary rules* soient toujours suffisants pour empêcher un mélange gênant du point de vue des droits de la défense et de la présomption d'innocence. D'ailleurs, les témoins sont le plus souvent – en même temps des accusés ou des prévenus dans des

affaires « connexes », situation prévue et réglée par le code en vigueur mais non dépourvue d'une ambiguïté structurelle.

17. *Des problèmes et des défauts aggravés mais pas sans espoir.* – L'émergence mafieuse et la découverte de vastes réseaux de corruption ont sans doute aggravé les problèmes et les défauts de la justice pénale italienne. De leur côté, les réponses législatives elles-mêmes ont le plus souvent contribué à créer de nouveaux déséquilibres plutôt qu'à résoudre vraiment les difficultés.

Cependant, quelques résultats ont été obtenus. De plus, il n'est pas faux de dire que certaines confrontations de mentalités et d'attitudes sont en train de devenir plus réalistes et plus fécondes au fur et à mesure que certains dualismes traditionnels mais stériles – telle l'antithèse abstraite entre « garantistes » et « efficientistes » – perdent du crédit.

Des réalités plus dangereuses et plus complexes qu'on ne l'imaginait obligent à se poser de nouvelles questions et à adopter de nouveaux points de vue. Et souvent il s'agit aussi de faire une sorte de sélection parmi les garanties pour sauvegarder celles qui sont vraiment essentielles. Mais en même temps il s'agit de se questionner continuellement sur l'« efficacité » de la justice : en vue de quoi ? à quel prix ?

On a essayé ci-dessus de donner des exemples de différentes approches à des problèmes nouveaux et formidables.

En général, on ne saurait oublier les risques d'« abus des garanties ». Surtout, il faut tenir compte d'une réalité caractérisée par la mise en œuvre de certaines stratégies de la part de la criminalité organisée : c'est pourquoi il serait d'une abstraction fâcheuse d'affirmer d'une façon absolue la primauté des règles de l'oralité, de la publicité et de la contradiction en ce qui concerne la formation des preuves au regard des capacités d'intimidation des organisations criminelles n'ayant pas de difficultés et de scrupules lorsqu'il s'agit de menacer et d'éliminer les témoins... Cependant les garanties fondamentales sont là pour être sauvegardées notamment dans les situations « difficiles ».

La recherche de nouveaux points d'équilibre à ce sujet est un des problèmes les plus brûlants de l'« aujourd'hui de la justice » en Italie ; d'une justice qui se débat d'ailleurs contre les difficultés de tout temps, toujours incapable de rendre des jugements « dans un délai raisonnable ».

Entre la « défense coûte que coûte » des principes (au risque de caricatures) et les nostalgies pour une « justice » sourde aux exigences de sauvegarde des droits de la personne, on a de la peine à mettre en œuvre les instruments concrets d'un équilibre raisonnable.

Personne (ni individu, ni législateur, ni organisation judiciaire) n'a la clé magique dans ses poches... et les expériences les plus riches de difficultés peuvent parfois offrir quelques indications et quelques suggestions précieuses pour tous.



Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale

Jean Hervé SYR

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

L'individualisation de la peine, expression consacrée depuis Saleilles¹ de l'adaptation à chaque délinquant de la sanction, est incontestablement devenue un principe « cardinal »² de notre système pénal. Dans le mouvement de réforme auquel ce système donne lieu depuis une vingtaine d'années, il n'est donc pas étonnant que la question des limites qu'il conviendrait de tracer en ce domaine se soit posée³. En effet, on touche là un des points fondamentaux du droit pénal : la sanction. Celle-ci « est l'essence du droit pénal puisqu'elle en exprime la fonction. C'est elle qui protège les interdits sociaux, c'est elle qui en rappelle la force. Elle est le châtiment de ceux qui les ont enfreints et elle est encore le moyen de tenter d'assurer leur réinsertion dans le groupe social »⁴. L'importance de la sanction est d'ailleurs telle que les dispositions générales du nouveau code pénal contiennent autant d'articles relatifs aux peines qu'à la loi et à la responsabilité pénales réunies. La théorie de la sanction, fondement du droit de la peine, comprend ainsi un certain nombre de principes bien connus. En premier lieu, le principe de la légalité (*nulla poena sine lege*), corollaire de celui du délit. En second lieu, le principe d'égalité, exprimé comme le précédent dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789⁵, au même titre que le principe de proportionnalité formelle utilitariste entre la peine et le délit. Il en va de même pour le principe de personnalité, selon lequel seul le coupable doit supporter le poids de la peine. Enfin, il s'est rajouté un principe d'individualisation, que l'on ne saurait trouver dans le droit pénal classique utilitariste issu de la Révolution, soucieuse au contraire de protéger les individus contre l'arbitraire pratiqué par le juge dans l'Ancien Droit.

Pourtant, l'individualisation constitue un principe directeur du droit pénal moderne, dont la nécessité a été soulignée à deux égards⁶. D'abord parce que la réadaptation du délinquant à la société rend indispensable la diversification du traitement pénal. Ensuite, parce qu'il semble moralement nécessaire de tenir compte des différences entre les individus si l'on ne veut pas commettre d'injustice. Infliger la même peine à tous les auteurs du même délit porterait

1. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 3^e éd., 1927, p. 12.

2. Cf. J. Pradel, *Droit pénal général*, 8^e éd., 1992, n° 583.

3. J. Pradel, L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal, cette *Revue*, p. 724.

4. W. Jeandidier, *Droit pénal général*, Paris, Montchrétien, 2^e éd., 1991, p. 408.

5. Cf. M. Delmas-marty, La déclaration de 1789 et le droit pénal, in *Quelques aspects des sciences criminelles*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1990-10, éd. Cujas, 1990.

6. J. Pradel, L'individualisation de la sanction..., *op. cit.*, p. 723-724.

finalement atteinte au principe d'égalité, puisqu'ils ne la ressentiraient pas tous de la même façon. Saleilles le soulignait déjà dans sa critique du système classique ⁷, mais cela pose aussi un premier problème : l'individualisation de la peine en général est-elle vraiment conforme à l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789, qui proclame l'égalité de tous les citoyens devant la loi ? La question a été tranchée affirmativement par le Conseil constitutionnel ⁸ à propos de la loi du 28 juillet 1978, en ce qu'elle modifiait les pouvoirs du juge de l'application des peines et confirmait l'abolition du régime progressif traditionnel. L'argumentation des juges constitutionnels n'a pas paru indiscutable à tous les commentateurs ⁹ et de fait une décision ultérieure de la juridiction constitutionnelle ¹⁰ n'a pas reconnu le caractère de principe fondamental à l'individualisation.

En pareil domaine, la difficulté provient du fait que l'on pourrait évidemment relever une opposition d'intérêts entre le délinquant et la société. Le délinquant aurait ainsi tout intérêt à « bénéficier » de la peine qui lui « convient » le mieux, alors que la société aurait au contraire tout intérêt à voir appliquer la sanction qui la « protège » le mieux. Cependant, ces deux catégories d'intérêts ne sont pas nécessairement en conflit. La peine qui convient le mieux au délinquant est d'abord celle qui assure sa réinsertion dans la société et préserve ainsi efficacement celle-ci en prévenant la récidive. Le problème est donc en réalité celui du contenu que l'on donne au principe de l'individualisation, car il en existe une multitude de conceptions et donc finalement de conséquences.

Si l'on essaie de schématiser les diverses conceptions de l'individualisation à l'heure actuelle, il semble possible de dégager deux grandes directions, selon que l'on reste ou non à l'intérieur du système pénal classique pour résoudre le problème fondamental de la prison. Une première conception, que l'on ne peut qualifier ni de classique ni de traditionnelle mais simplement de pragmatique, pose le principe d'une adaptation de la sanction à la personnalité du délinquant. C'est la conception développée par Saleilles, transformant ainsi le principe de la proportionnalité individualisée du rétributivisme classique ¹¹, à la lumière de l'apport scientifique positiviste. Les modalités d'une telle individualisation peuvent être très diverses et aller jusqu'à la sentence indéterminée qui eut son heure de gloire dans la « nouvelle pénologie » américaine ¹². Cette conception a été adoptée par la défense sociale nouvelle sous une forme encore plus élaborée : « la personnalisation de la mesure » ¹³. Il s'agit alors de repenser l'individualisation, de considérer les peines dans leur réalité effective et leur impact humain, de rechercher des modalités diversifiées d'actions réactionnelles en face de la délinquance ¹⁴.

Cependant, la défense sociale nouvelle, au travers de son éthique humaniste, peut également être envisagée sous l'angle de la dépenalisation et poussée jusqu'à l'abolitionnisme, plus particulièrement en ce qui concerne la prison. Cette conception, que l'on pourrait qualifier de radicale à l'image des thèses

7. *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 56.

8. 27 juillet 1978, *JO* 29 juill., p. 2949.

9. Cf. Decocq, chronique législative, cette *Revue*, 1979, p. 122.

10. 19-20 janv. 1981, *JO* 22 janv., p. 308.

11. Cf. Kant, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*.

12. Cf. D. Fogel, Le débat américain sur la politique de sentencing : dix années de combat, *Archives de politique criminelle*, 5, 1982, p. 8.

13. Cf. R. Vienne, De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pedone, 1975, t. II, p. 177.

14. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^e éd., 1981, p. 298.

de Gramatica¹⁵ qui ont finalement pris le dessus, envisage une individualisation extrême posant le problème de l'avenir de la peine dans un Etat de droit¹⁶. Il existe un fort courant abolitionniste du droit pénal et (surtout) de la peine de prison, bien représenté par des personnalités telles que L. Hulsman¹⁷. Par-delà les multiples diversités formelles de ce courant, on retrouve une constante qui est celle de « l'éthique compréhensive », tournée vers une intervention juridique adéquate et minimale, impliquant une relation d'aide et d'émancipation du sujet¹⁸. C'est une véritable « civilisation » de la sanction que propose ce mouvement, dont l'objectif premier est la décarcération la plus large possible au profit des sanctions non carcérales, qualifiées de communautaires. On retrouve là une illustration de l'aphorisme (trop) connu de Ihering sur l'évolution de la peine dans le sens de l'abolition.

Saleilles, dans son analyse de l'histoire de la peine¹⁹, souligne bien le fait que l'idée d'individualisation peut prendre des formes multiples. Dans le chapitre qu'il consacre à cette question, il montre comment l'idée de responsabilité s'est peu à peu introduite dans un système d'abord objectif, entraînant du même coup l'idée d'individualisation²⁰. Notre ancien droit avait ainsi admis et réalisé une individualisation fondée sur les circonstances du crime. Le juge pouvait alors arbitrer la peine d'après chaque fait et en proportion de la gravité de chaque crime pris en particulier. Ce système des peines arbitraires laissait donc l'individualisation à l'office du juge, préposé à la défense sociale bien avant les théories positivistes. Malheureusement, le juge de l'Ancien Régime avait la main lourde et la Révolution ne pouvait que consacrer un système purement objectif et utilitariste, dans lequel il n'était guère fait confiance au magistrat préposé au rôle de distributeur automatique de peine. Depuis le système des peines fixes du droit révolutionnaire, l'évolution n'a cessé de se faire dans le sens d'une reconquête par le juge de ses pouvoirs d'individualisation et même d'un élargissement de leur domaine. En effet, comme l'observe Saleilles²¹, l'individualisation peut avoir trois sources : la loi qui établit la peine, le juge qui la prononce et l'administration qui l'applique, activité essentielle pour l'emprisonnement. Dès la première moitié du XIX^e siècle, la généralisation législative des circonstances atténuantes a permis l'apparition d'une première forme d'individualisation judiciaire, fondée sur le degré de responsabilité morale du coupable. Il faut voir là probablement, outre les nécessités de la pratique, l'influence des conceptions rétributives exprimées par Kant, opposée à l'utilitarisme purement dissuasif du code pénal de 1810 tout autant qu'à l'arbitraire de l'Ancien Droit. A la place de cette individualisation « très mal faite, et purement empirique, quelquefois un peu passionnelle... »²², les positivistes vont proposer une individualisation scientifique fondée sur la témébilité, l'état dangereux²³. Les délinquants doivent alors faire l'objet d'une classification, à laquelle doit correspondre une mesure de défense sociale adaptée. La mesure, qui a pour objet de traiter l'état dangereux du délinquant, doit être révisable en fonction de l'évolution de cet état tout au long du traitement, lequel ne

15. F. Gramatica, *Principes de défense sociale*, éd. franç., Paris, Cujas, 1963.

16. Cf. colloque de l'Institut de criminologie de Paris, cette *Revue*, 1992, p. 119.

17. L. Hulsman et J. Bernat de Celis, *Peines perdues, le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

18. Cf. A.P. Pires, *Ethiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine*, *Ethica*, 3 (2), p. 47.

19. *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 22 et s.

20. Cf. P. Fauconnet, *La responsabilité, Etude de sociologie*, Paris, Alcan, 1920.

21. *L'individualisation*, *op. cit.*, p. 14.

22. *Ibid.*, p. 13.

23. Cf. J. Pinatel, *Traité élémentaire de science pénitentiaire*, Paris, Sirey 1950, introduction, p. XXXIV.

prendra fin qu'à la disparition de la dangerosité du sujet. Cela souligne donc toute l'importance de la phase d'exécution de la sanction, puisque celle-ci s'inscrit dans la durée et nécessite une organisation institutionnelle à l'image de la prison. Saleilles va proposer une synthèse du droit pénal classique et du positivisme, fondant l'individualisation sur la personnalité du délinquant, tant au niveau du prononcé que de l'exécution de la peine qui subsiste, une fois appliquées les règles de responsabilité du droit pénal classique.

Dans cette perspective d'individualisation de l'emprisonnement, la libération conditionnelle ou le sursis constituent des instruments indispensables. Le rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice a également été relié aux idées nouvelles sur l'individualisation de la peine²⁴. Ces idées vont trouver leur expression la plus élaborée dans la défense sociale nouvelle. Le chef de file de ce courant doctrinal a affirmé que le principe de l'individualisation « est au cœur de la défense sociale »²⁵, ce qui a amené la Société internationale de défense sociale à lui consacrer plusieurs congrès. Ce courant d'idées s'est traduit dans l'organisation d'un nouveau régime pénitentiaire élaboré par la Commission Amor en 1944, dans laquelle on a senti la nécessité d'introduire le juge au cours de l'exécution de la peine comme garantie d'équité. Un certain nombre de réformes législatives ont été portées au crédit des idées soutenues par Marc Ancel, dont l'ouvrage de référence a été publié pour la première fois en 1956²⁶. Cependant, c'est dans l'organisation du système des mineurs que la prise en considération de la personnalité du délinquant en tant que critère de l'individualisation semble avoir été la plus poussée, au point que ce système a été donné comme exemple d'application des théories criminologiques et comme modèle d'évolution du système pénal dans son ensemble en dehors duquel il s'est développé.

Sans aller jusque-là, le régime des peines actuellement applicables aux majeurs est l'aboutissement d'un processus par lequel les limites des textes de qualification se sont trouvées élargies. Au fur et à mesure que l'on a pris davantage de confiance dans la compétence et l'objectivité du juge pour résoudre le problème social et humain posé par l'infraction, les pouvoirs du magistrat ont été se développant. En dépit de la lettre du code pénal de 1810 et de son système des peines variables entre des limites fixes, le principe de la légalité de la peine a fini par être interprété comme la seule obligation pour le juge de ne pas dépasser le maximum prévu par le texte servant de base au prononcé de la sanction²⁷. Tout le monde s'accorde pour dire que les circonstances atténuantes sont devenues le plus grand moyen que possède le juge afin d'individualiser la répression pénale²⁸. C'est la raison pour laquelle le nouveau code pénal, qui ne prévoit plus de minimum pour les peines, ne mentionne pas les circonstances atténuantes, lesquelles se trouvent en quelque sorte absorbées dans les règles générales de prononcé et de personnalisation de la peine. « Il s'agit d'individualiser toujours plus et jusqu'au bout, en accroissant les pouvoirs du juge à qui l'on fait totale confiance et en donnant de plus

24. *Ibid.*, p. 117.

25. M. Ancel, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, VIII^e congrès international de défense sociale, préface, p. VI.

26. Cf. R. Gassin, L'influence de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, op. cit.*, p. 3.

27. Cf. M. Delmas-Marty, La durée de la sentence : structures et stratégies du système français, Deuxième Journées franco-américaines, Journées de la Société internationale de législation comparée, *RID comp.*, n° spécial, vol. 5, 1993, p. 165.

28. R. Schmelck et G. Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris, Cujas, 1967, n° 44.

en plus d'importance à la phase d'exécution ?²⁹. Pourtant l'individualisation à ce niveau, bien qu'elle se trouve consacrée formellement par la loi³⁰, semble marquer le pas à la suite des échecs de la réhabilitation par la voie pénitentiaire et des problèmes de sécurité qui se posent dans les établissements. Le développement des droits de l'homme dans leur conception contemporaine n'est pas non plus étranger à une telle évolution, avec la consécration du modèle de justice application de la théorie du juste dû forme contemporaine de la rétribution.

De toute façon, il convient d'observer que le principe de la légalité a malgré tout pour conséquence ce fait que l'individualisation paraît possible seulement dans le sens de l'indulgence. L'individualisation comporterait ainsi en filigrane un principe de modération, qui paraît d'ailleurs commun à des théories aussi opposées que celles de la réadaptation, du juste dû et de la dépénalisation, toutes également soucieuses du respect des droits de l'homme bien qu'à des degrés divers. On peut rappeler à cet égard le tollé soulevé par la loi du 2 février 1981, dite « Sécurité-Liberté », qui avait précisément limité les pouvoirs d'atténuation du juge dans certains cas. Il semblerait donc raisonnable de considérer qu'élargissement des pouvoirs du juge est synonyme d'accroissement des possibilités d'indulgence, ne serait-ce que pour limiter le recours à l'emprisonnement seule peine véritable aux yeux de l'opinion publique après la disparition de la peine capitale.

Pourtant, l'époque actuelle avec le développement d'un sentiment d'insécurité agit sur la punitivité subjective et se caractérise par le souhait des individus vivant dans la société de voir les peines devenir plus sévères, plus intimidantes. La punitivité subjective rétroagit sur la punitivité objective du système de justice criminelle, amenant une accentuation de la sévérité chez les magistrats, donc la recherche de l'intimidation. Cela se manifeste par un allongement de la durée moyenne de détention, passée de 4,6 mois en 1980 à 6,5 mois en 1991. La conséquence est une hausse du nombre de détenus présents à un instant donné, alors que le nombre d'entrées annuelles de 97 000 en 1980 est tombé à 83 000 en moyenne depuis 1981, avec une certaine tendance à remonter aux alentours de 90 000 depuis quelque temps. Si elle se confirmait, cette tendance à la remontée du flux des incarcérations risquerait d'entraîner un accroissement du stock de détenus, aggravant encore la pression sur le système pénitentiaire et soulignant la nécessité de trouver des solutions de remplacement. En effet, les études statistiques montrent que l'allongement du temps de détention, sensible surtout pour les courtes et les longues peines, est dû principalement à une aggravation des peines d'emprisonnement prononcées, liée à l'évolution du contentieux soumis aux juridictions répressives. Cela se traduit par une exigence accrue de sécurité dans la mise en œuvre du régime pénitentiaire, à contre-courant de l'évolution théorique apparente de celui-ci. En matière pénale, peut-être davantage qu'en toute autre, les lois étant toujours la synthèse, ou souvent un (mauvais) compromis entre des conceptions divergentes, la réforme pénale en chantier a bien des chances de refléter des tendances aussi opposées que celles relevées.

En effet, l'individualisation envisagée sous sa forme contemporaine la plus radicale a pour objectif premier une réduction significative du recours à l'emprisonnement, encore appelée décarcération. La privation de liberté étant la clé de voûte du système pénal classique, il paraît logique de rechercher

29. Jeandidier, *op. cit.*, n° 414-415.

30. Cf. art 1^{er} de la loi du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire.

d'autres types de sanctions en dehors de ce système, remettant du même coup en question la conception même de celui-ci. La réalisation d'une véritable individualisation, entendue dans ce sens de la modération et surtout de la décarcération, s'avère indispensable pour réduire la pression sur un système carcéral au bord de l'explosion, mais cela nécessiterait une large dépénalisation de la sanction. Finalement, c'est une « civilisation » de la réaction sociale qui paraît être le fondement de ce processus en même temps que son objectif final. Seule, une telle démarche permettrait le recours à d'autres mesures que la privation de liberté, afin de limiter le recours à l'emprisonnement sans accroître en contrepartie la sévérité des peines privatives de liberté effectivement prononcées. En outre, une véritable refonte du système répressif devrait prendre en considération l'impérieuse nécessité de faire justice à chacun en lui attribuant son juste dû. Malheureusement, le résultat des travaux législatifs paraît relever davantage du syncrétisme que d'une doctrine cohérente. C'est pourquoi, il n'est pas étonnant que le système mis en place par la réforme pénale française soit loin de satisfaire les attentes, car sa punitivité objective paraît aller plutôt dans le sens d'un accroissement de la sévérité, obstacle à une individualisation moderne et « civilisée », une véritable personnalisation de la peine. La réforme actuellement en chantier se caractérise en fait par une dépénalisation incertaine de la sanction (I), qui se traduit seulement par une personnalisation floue de la peine (II).

I. - UNE DÉPÉNALISATION INCERTAINE DE LA SANCTION

Le principe de modération constitue l'un des éléments fondamentaux du mouvement contemporain de dépénalisation. Celui-ci vise à l'élaboration d'un droit pénal minimum par la recherche d'une « civilisation » de la réaction sociale, en vue de limiter le plus possible le recours aux sanctions carcérales tout particulièrement grâce à la multiplication des sanctions dites « communautaires ». En effet, le moyen proposé pour chercher à déconstruire un système pénal qui n'arrive pas à résoudre le problème de l'inflation carcérale est le recours au droit civil. On trouve dans la réforme pénale française des traces malheureusement trop légères de cette approche, qui consiste en quelque sorte à essayer de décloisonner le droit pénal, afin de recourir aux solutions civiles pour nombre de problèmes. Si le nouveau code n'a finalement pas consacré la responsabilité pénale du fait d'autrui, l'introduction de la faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ou encore celle de la responsabilité pénale des personnes morales indiquent bien un effort de décloisonnement du droit pénal. Dans cette dernière hypothèse, il a fallu naturellement prévoir d'autres peines que la privation de liberté, peines privatives ou restrictives de droit pouvant aller jusqu'à la mort du groupement, à la frontière du pénal et du civil. En effet, l'un des moyens le plus fréquemment utilisé pour chercher à limiter le recours à l'emprisonnement est constitué par un ensemble de sanctions qui s'exécutent dans la communauté. Ce type de sanctions rencontre beaucoup d'obstacles pour s'appliquer effectivement de façon significative et efficace en raison de son absence de statut dans le cadre des théories traditionnelles de la peine. Le nouveau code pénal sur ce point ne semble pas apporter de solution de fond au problème et risque plutôt de l'aggraver. En effet, la codification nouvelle a prévu largement le recours à ces formes de sanctions non privatives de liberté, mais en même temps elle accentue la sévérité des sanctions traditionnelles. Cela souligne bien les

incertitudes théoriques de la réforme entreprise et rend toute relative cette multiplication apparente de sanctions nouvelles.

A. — *Les incertitudes théoriques des sanctions communautaires*

Les problèmes théoriques que posent ces sanctions sont déjà soulignés par la difficulté que l'on éprouve pour leur donner un nom. Cela n'est pas propre à la France mais se retrouve également dans d'autres pays où les effets attendus de l'application de ces formes nouvelles de pénalités ne correspondent pas toujours à ce que l'on avait projeté.

1° Depuis longtemps la doctrine a mis en lumière les inconvénients de la privation de liberté, en particulier les courtes peines. Pour cette raison, de nombreuses solutions de remplacement, qualifiées à ce titre de substituts aux courtes peines d'emprisonnement, ont été préconisées³¹. Les ouvrages consacrés à la pénologie recensent dans cette catégorie : l'emprisonnement discontinu sous ses diverses formes, l'amende, la prestation pénale, les interdictions légales, la probation. Cela explique pourquoi, lorsque le législateur a introduit de nouvelles pénalités dans notre système de sanctions en 1975, elles ont été qualifiées de mesures « substitutives » ou encore « peines de substitution » à l'emprisonnement. En prononçant à titre principal l'une des peines prévues par les articles 43-1 et suivants du code pénal, les juges auraient donc exclu la possibilité de recourir à l'emprisonnement, pratiquant ainsi une substitution³². Cependant, le législateur n'avait en aucune façon supprimé ou limité la possibilité de recourir à l'emprisonnement, se contentant d'inviter le juge à utiliser les mesures nouvelles sans même lui fournir le moindre critère pour cela. Le qualificatif de substitution appliqué à pour cette raison paru inadéquat et certains auteurs ont proposé le concept d'alternative, celle-ci consistant à choisir entre deux mesures qui se juxtaposent l'une à l'autre. C'est pourquoi, lorsque le législateur a introduit en 1983 le travail d'intérêt général, les jours-amende et l'immobilisation du véhicule, ces mesures nouvelles ont été qualifiées « d'alternatives à l'emprisonnement »³³. Le défaut principal de cette nouvelle expression comme de celle qu'elle remplace, c'est de prendre comme base de référence l'emprisonnement, clé de voûte d'un système immuable de sanctions nécessairement pénales. On pourrait penser se référer à une autre dénomination, telle que « peine non privative de liberté » proposée par certains. Cependant, il n'est pas sûr que cela s'avère plus adéquat car, même si le mot prison n'est pas cité, le vocable suggéré l'évoque de manière irrésistible. Comment alors pourrait-on dénommer ces sanctions de façon à ne pas faire appel à un concept se référant à une image péjorative ou simplement minoritaire ? Un changement de vocabulaire suffirait-il pour faire évoluer les conceptions collectives, souvent inconscientes, attachées à ces diverses peines ?

Cette question de vocabulaire paraît s'être posée dans de nombreux pays. Le droit allemand réserve le qualificatif d'alternatives aux mesures de caractère thérapeutique (hospitalisation, cure antialcoolique) que les magistrats sont habilités à prononcer directement. En Amérique du Nord, c'est le qualificatif d'intermédiaire qui s'est imposé, une sanction telle que les travaux communautaires se situant, dans la gamme des atteintes à la liberté, entre la prison et la

31. Schmelck et Picca, *op. cit.*, n° 223-233.

32. J. Pinatel, Peines de substitution et criminologie, *RI crim. et pol. techn.*, 1984, p. 464.

33. Cf. J. Pradel, Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi du 10 juin 1983, *D. 1984.Chron.*, p. 111.

probation simple au sens anglo-saxon du terme. Une solution à cette question de vocabulaire a été proposée en 1987 par la Commission canadienne sur la détermination de la peine qui a divisé les sanctions légales en deux grandes catégories, d'une part les sanctions carcérales et d'autre part les sanctions communautaires. Les sanctions communautaires se subdivisent elles-mêmes en deux catégories : les sanctions compensatoires (ordonnance de dédommagement, programmes de réconciliation avec dédommagement, ordonnance de travaux communautaires, amendes) et les sanctions non compensatoires (libération conditionnelle, ordonnance de prohibition, avertissement, probation et programmes de réconciliation sans dédommagement)³⁴. Trois de ces sanctions seulement ont fait l'objet d'une attention particulière de la part des théories de la peine : l'amende, la probation et les travaux communautaires. Cela pourrait constituer une indication des multiples problèmes que pose cette catégorie de peines ne serait-ce qu'au point de vue pratique.

2° Il semblerait, en effet, que l'application concrète de ces mesures ait entraîné des effets non prévus par le législateur. Contrairement à l'objectif poursuivi, ce type de sanctions ne serait pas prononcé à la place de l'emprisonnement mais le plus souvent au détriment d'une relaxe, d'un sursis ou d'une amende. On a dénoncé cet effet pervers par lequel certaines personnes, qui n'auraient pas en d'autres temps été condamnées à l'emprisonnement mais à une sanction non privative de liberté, se voient finalement infliger une « mesure alternative » plus sévère. Si des prévenus, qui auparavant étaient laissés en liberté, font actuellement l'objet de ces mesures, cela pourrait signifier qu'ils comblent un vide non rempli par ceux auxquels elles auraient dû s'appliquer. Le problème posé est celui du risque d'escalade dans le contrôle pénal, les sanctions théoriquement destinées à être prononcées à la place de l'emprisonnement seraient finalement utilisées pour des personnes qui n'auraient pas été incarcérées de toute façon. Ces formes nouvelles de pénalités serviraient donc en réalité à encadrer un nombre toujours accru de personnes, à côté des individus qui le sont déjà du fait de leur emprisonnement. Dans de nombreux pays, l'extension du contrôle social, cet élargissement du filet que jette l'Etat sur la vie privée, a été relevée et critiquée³⁵. L'innovation se révélerait finalement plutôt cumulative qu'alternative et cela d'autant plus que la violation de la mesure imposée est le plus souvent sanctionnée par un emprisonnement que l'on voulait précisément éviter. La critique ainsi formulée, si elle n'est pas dénuée de fondement, est peut-être un peu forcée. En effet, lorsque l'on agit le spectre d'une extension « orwellienne » du contrôle social dans notre société contemporaine, on semble oublier les nombreux aspects informels aujourd'hui disparus du contrôle social dans les sociétés traditionnelles ; les nouvelles formes contemporaines de contrôle social apparent sont bien loin d'avoir encore rempli les vides ainsi laissés dans le fameux filet agité par la doctrine radicale.

En revanche, plus sérieuses semblent les conclusions tirées des études statistiques montrant que l'utilisation de ces sanctions communautaires dans les systèmes répressifs traditionnels pourrait avoir le même effet que l'accroissement de la sévérité des sanctions. En effet, les juges auraient tendance à punir plus sévèrement les délinquants qu'ils ne feraient pas bénéficier de ces mesures nouvelles, en raison notamment du fait que ceux auxquels ils les appliqueraient

34. Cf. A.P. Pires, *Le devoir de punir : le rétributivisme face aux sanctions communautaires*, *Rev. can. crim.*, 1990, p. 441.

35. Cf. M. van de Kerchove, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Fac. univ. Saint-Louis, 1987.

n'auraient pas de toute façon été condamnés à un emprisonnement. La simple introduction d'alternatives à l'emprisonnement risquerait donc ainsi d'avoir un effet pervers sur la punitivité objective d'un système de justice criminelle en accroissant la sévérité des peines privatives de liberté effectivement prononcées³⁶. En termes de statistiques pénitentiaires, on pourrait donc considérer que la diminution du flux des incarcérations, résultant de l'utilisation de nouvelles sanctions non carcérales, serait annulée par l'augmentation du stock de détenus séjournant plus longtemps en prison, comme cela s'est produit en France depuis une décennie. Il est d'ailleurs significatif de relever que souvent les magistrats prononcent une sanction alternative, alors qu'une peine de prison ne s'imposait pas, parce qu'ils espèrent que cela constituera une amorce à la réinsertion sociale. En effet, ces sanctions sont apparues surtout à la suite des critiques adressées à la prison avec le discours sur la réadaptation et elles ont donc subi les mêmes attaques que celui-ci. Et l'on touche ici la faiblesse essentielle de ces mesures communautaires : elles n'ont pas de fondement théorique propre, ce qui les rend fragiles. Le discours pragmatique sur la réforme pénale ne suffit pas à leur conférer un statut théorique, ce qui se révèle source de difficulté au niveau juridique pratique.

En effet, aucune des théories de la peine ne semblerait pouvoir fournir un support théorique et éthique adéquat aux sanctions communautaires. De même, aucune des théories de la peine dans leur formulation actuelle, qu'il s'agisse de la punition, de la dissuasion, de la réadaptation, de la neutralisation ou du juste dû, ne permettrait de justifier les sanctions communautaires au point de vue éthique et juridique. C'est probablement la raison profonde pour laquelle les diverses mesures nouvelles introduites dans les systèmes répressifs classiques rencontrent autant d'obstacles à leur application. Dans une perspective de dépassement des théories de la peine, les partisans de la dépenalisation proposent de rechercher une justification aux sanctions communautaires dans le cadre d'une théorie générale de l'intervention juridique ou tout au moins de l'intervention en droit criminel. Ils rejettent donc la recherche d'une théorie de la sentence indépendante des théories de la peine afin d'éviter que celles-ci ne « récupèrent » ces sanctions nouvelles, même au prix d'une évolution³⁷. C'est apparemment dans une perspective de dépenalisation, même implicite, qu'il conviendrait de replacer le développement des sanctions communautaires dans le nouveau code pénal. Cependant, les craintes formulées par les partisans de la dépenalisation quant à la récupération de ces sanctions par le système répressif classique paraissent se justifier. En effet, l'analyse de l'ensemble des sanctions prévues par la nouvelle codification, loin de révéler une tendance à la dépenalisation, laisse apparaître au contraire une accentuation de la répression rendant très relative la multiplication par le législateur des sanctions communautaires.

B. - *Le développement aléatoire des sanctions communautaires*

La multiplication légale des sanctions communautaires doit être replacée dans le cadre de l'importance quantitative de la partie consacrée aux peines par les dispositions générales du nouveau code pénal. Cela témoigne de la prise de conscience de l'ampleur du problème que pose la sanction en général et

36. Cf. A. Kuhn, *Punitivité, Politique criminelle et surpeuplement carcéral ou comment réduire la population carcérale*, Berne, Verlag Haupt, 1993.

37. Fiers, *Le devoir de punir...*, *op. cit.*, p. 442-443.

l'emprisonnement en particulier, mais en même temps souligne l'effort fait en vue de proposer des solutions nouvelles. La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales imposait déjà le recours à des sanctions autres que carcérales. Cependant, à l'égard des personnes physiques, la volonté de décarcération se manifeste aussi, bien que d'une manière plus ou moins nette qui témoigne d'un manque de réflexion théorique et de ce syncrétisme déjà relevé. Selon les domaines, en effet, on voit nettement apparaître une punitivité objective qui privilégie le recours à la menace de la peine, contrebalançant ainsi et contredisant même la tendance relevée à la dépénalisation et à l'élargissement de l'individualisation. Cela se révèle de manière particulièrement claire en matière correctionnelle.

1° En effet, la liste des peines contraventionnelles est désormais exclusive de toute privation de liberté, marquant ainsi le large consensus en faveur d'une dépénalisation de cette catégorie, même si elle ne présente plus l'unité sociologique qu'elle possédait à l'origine. Cela est si vrai que la loi du 19 juillet 1993³⁸, reportant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, prévoit la suppression de l'emprisonnement en matière de contravention dès la date de sa publication. En revanche, pour ce qui concerne les peines criminelles, l'échelle nouvelle ne comporte que des peines privatives de liberté, accompagnées éventuellement d'une amende ainsi que d'une ou de plusieurs peines complémentaires, soulignant également l'existence d'un consensus, mais cette fois sécuritaire, sur ce point. Dans ce domaine le nouveau code adopte incontestablement une perspective de dissuasion plutôt que de rétribution, de juste dû et donc finalement de modération de l'intervention. L'analyse de ces dispositions laisse au contraire entrevoir un renforcement de la répression, qui satisfait largement la punitivité subjective de l'opinion publique. Depuis 1981, la double échelle des peines criminelles du code pénal ne comportait que deux degrés : la réclusion ou détention à perpétuité et à temps de cinq à vingt ans. L'article 131-1 du nouveau code pénal prévoit pour les personnes physiques une double échelle à quatre degrés comportant : la réclusion ou détention à perpétuité, de trente ans au plus, de vingt ans au plus et de quinze ans au plus. L'objectif poursuivi est parfaitement clair : il s'agit de rendre toute sa signification à l'échelle des peines criminelles et aux circonstances aggravantes devenues sans intérêt depuis l'abolition de la peine de mort. Depuis celle-ci, en effet, le meurtre simple comme les diverses formes de meurtres aggravés étaient passibles objectivement de la même peine, la réclusion à perpétuité. Afin de différencier la répression applicable aux auteurs des formes différentes d'homicides volontaires, le nouveau code prévoit de punir le meurtre simple de la réclusion de trente ans au plus, réservant aux seuls meurtres aggravés la réclusion à perpétuité. On entrevoit ainsi clairement le risque d'accroissement de la sévérité qui résulte de ces dispositions. Les cours d'assises, en effet, ont toujours su faire la différence entre les meurtriers traduits devant elles en n'appliquant pas systématiquement la réclusion à perpétuité dans tous les cas, lui préférant la réclusion d'un maximum de vingt ans au plus. Le fait d'avoir introduit un nouvel échelon avec la réclusion de trente ans au plus, applicable à des accusés auparavant condamnés à vingt ans au plus, laisse entrevoir le risque d'allongement de la durée des peines prononcées. De même, si d'un autre côté la période de sûreté la plus longue a été limitée à vingt-deux ans, cette période peut dans certains cas être portée à trente ans lorsque la victime est un mineur. Il ne faut pas oublier, non plus, l'introduction circonstancielle

38. *JO* du 20 juill. 1993, p. 10199.

plus récente de ce que l'on a appelé la perpétuité réelle dans les mêmes hypothèses³⁹. Tout comme le législateur, les juridictions criminelles ont ainsi la possibilité de satisfaire largement la punitivité subjective de la majorité silencieuse.

La punitivité objective de l'échelle des peines criminelles apparaît tout aussi clairement avec le minimum légal fixé pour la durée de la privation de liberté. En effet, contrairement aux autres dispositions relatives au quantum des peines, le texte fixe en outre un minimum puisque la durée de la privation de liberté de nature criminelle ne peut être inférieure à dix ans. Il convient de rappeler que les articles 18 et 19 du code pénal, résultant de la loi du 2 février 1981, fixait à cinq ans le minimum de la réclusion ou détention criminelle. Cette durée constituait, en effet, le maximum théorique prévu par l'article 40 pour l'emprisonnement correctionnel. De nombreuses dispositions législatives avaient évidemment outrepassé cette limite dans un souci de renforcement de la répression, c'est pourquoi le nouveau code pénal consacrant cette pratique punitive a fixé à dix ans la limite supérieure de l'emprisonnement correctionnel et tient compte de celle-ci pour les cas de récidive les plus graves.

2° C'est en matière correctionnelle que le système de sanctions paraît le plus complexe, reflétant l'absence d'unité sociologique de la catégorie des délits ainsi qu'un certain manque de réflexion sur la théorie de la peine et une tendance au syncrétisme dans un domaine où l'on trouve le plus grand nombre de délinquants. On voit clairement à la lecture des textes législatifs que l'introduction d'un large éventail de sanctions communautaires se fait de façon cumulative et non pas alternative par rapport à l'emprisonnement. En effet, la liste des peines correctionnelles données par l'article 131-3 du nouveau code pénal est beaucoup plus longue que celle de l'article 9 du code dit de 1810. Celle-ci ne comportait que l'emprisonnement, l'interdiction de certains droits civiques, civils et de famille et l'amende. La liste de l'article 131-3 comporte elle six peines correctionnelles encourues par les personnes physiques : l'emprisonnement, l'amende, le jour-amende, le travail d'intérêt général, les peines privatives ou restrictives de droit et les peines complémentaires. L'emprisonnement reste la peine de référence dans les textes d'incrimination et l'article 131-4, contrairement à l'article 40 du code pénal, en donne une échelle comportant sept degrés, dont deux dépassent les cinq ans traditionnels en matière correctionnelle. Le nouveau code consacre donc cette catégorie des délits criminels, entresol situé entre le rez-de-chaussée des délits et l'étage des crimes, dont l'existence a depuis longtemps été relevée et critiquée par la doctrine. Certes, cela ne modifie pas la punitivité objective réelle du droit positif mais en confirme la sévérité, tout comme la criminalisation du trafic organisé de stupéfiants dont la répression se trouve confiée à une cour d'assises spéciale. L'observation est d'autant plus vraie que nombre de délits ont vu leur répression aggravée, par un allongement de la privation de liberté encourue, sans parler de l'alourdissement systématique des amendes sur la base de 100 000 F par année d'emprisonnement encourue. On ne paraît donc pas aller dans le sens d'une diminution du nombre de personnes incarcérées, puisque toutes les études statistiques montrent qu'il est nécessaire pour cela non seulement de recourir à des sanctions autres que l'emprisonnement, mais aussi à une réduction légale de la durée des emprisonnements que les tribunaux ont le pouvoir de prononcer. Finalement, le législateur n'a fait qu'adopter la

39. Loi n° 94-89 du 1^{er} février instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 2 févr. 1994, p. 1803.

perspective dissuasive du code de 1810 en conservant une limite légale élevée⁴⁰.

En fait, le nouveau code établit un système de sanctions correctionnelles à double voie, d'un côté la privation de liberté et de l'autre un certain nombre de sanctions de nature communautaire. On retrouve en réalité parmi ces dernières les diverses mesures alternatives à l'emprisonnement déjà introduites progressivement dans notre système répressif et qui figuraient jusqu'alors essentiellement dans les articles 43-1 et suivant du code pénal. On peut rappeler qu'il s'agit du jour-amende, du travail d'intérêt général, de la suspension ou de l'annulation du permis de conduire, de l'interdiction de conduire un véhicule ou encore de sa confiscation ou de son immobilisation, de l'interdiction du port ou de la détention d'une arme ou de sa confiscation, de la confiscation spéciale, de l'interdiction d'exercer une activité de nature professionnelle ou sociale, sous le couvert de laquelle l'infraction a été commise. Le nouveau code a rajouté à la liste l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement. L'interdiction des droits civiques, civils et de famille de l'article 42 du code pénal est reprise dans l'article 132-26 du nouveau code à titre de peine complémentaire applicable en matière criminelle comme en matière correctionnelle. L'article 131-10 définit l'ensemble de ces peines complémentaires applicables aux personnes physiques comme emportant interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, immobilisation ou confiscation d'un objet, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle. En outre, ces sanctions complémentaires lorsqu'elles sont encourues en matière correctionnelle peuvent être prononcées à titre de peine principale, au risque de faire double emploi avec les autres alternatives à l'emprisonnement. Ainsi que dans le système régi par le code pénal de 1810 sous sa forme la plus récente, il convient d'ajouter à cette liste déjà longue un certain nombre de sanctions communautaires prenant la forme de modalités des autres sanctions. Il s'agit du sursis simple, du sursis avec mise à l'épreuve, du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, de la dispense de peine et de l'ajournement simple, avec mise à l'épreuve ou avec injonction.

Le dédommagement de la victime ne figure pas en tant que tel dans cette énumération. Cependant, on le retrouve comme élément d'autres sanctions, qu'il s'agisse du sursis avec mise à l'épreuve, de la dispense de peine ou encore de l'ajournement, sans oublier la médiation-réparation susceptible d'intervenir en amont du jugement comme mode de « déjudiciarisation » pour les majeurs et à tous les stades de la procédure pour les mineurs. En effet, un cadre général a été donné par la loi du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale, à toutes les expériences de médiation conduites depuis des années, notamment dans « les maisons et antennes de justice et de droit ». L'article 41 du code pénal a été complété pour permettre au parquet de recourir à une médiation, s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. L'article 12-1 nouveau de l'ordonnance du 2 février 1945 a également prévu la possibilité d'utilisation de la médiation-réparation à l'égard des mineurs, dans l'intérêt de la victime comme dans celui de la collectivité, à tous les stades de la procédure. Il y a là incontestablement l'amorce d'une justice négociée

40. Cf. M. Delmas-Marty, *Les chemins de la répression : lecture du code pénal*, Paris, PUF, 1980.

que beaucoup appellent de leurs vœux pour faire « diversion » à la voie judiciaire traditionnelle, pour « déjudiciariser », bien que l'on puisse se demander si les affaires ainsi réglées auraient de toute façon été portées devant les juridictions répressives. On peut y voir un certain retour au modèle du juge pacificateur, rendant la justice du cadî propre aux sociétés rurales, l'essor d'une justice de proximité, tout autant qu'un corollaire au développement des sanctions communautaires telles que les consacre le nouveau code pénal.

En revanche, on ne trouve pas dans cette longue liste de sanctions non carcérales les arrêts à domicile assortis d'une surveillance électronique, expérimentés avec un certain succès au Canada ou aux États-Unis et qui correspondent plutôt à une perspective de neutralisation. Il faut bien reconnaître malgré tout qu'un effort certain pour offrir au juge un choix aussi large que possible de sanctions a été fait. Ce choix cependant risque de s'avérer un leurre pour le tribunal quand on compare la simplicité de l'échelle des peines privatives de liberté correctionnelles avec la complexité de ce qui n'est pas une échelle des sanctions communautaires, mais une simple juxtaposition. Comment établir une gradation entre la sévérité de ces diverses sanctions les unes par rapport aux autres ? Aucun critère légal comparable à la durée de l'emprisonnement ou au montant de l'amende n'est utilisable en ce domaine tant que l'on reste dans la logique d'un système fondé sur l'intimidation, quand bien même serait-elle mieux individualisée. La multiplication légale des sanctions communautaires doit être relativisée et ne pas être considérée à tort comme une véritable dépénalisation. Bien au contraire, l'effet pervers de leur existence sur les sentences effectivement prononcées risque de se cumuler avec l'effet logique de l'aggravation du barème légal des peines privatives de liberté. Certes, le juge correctionnel aura désormais l'obligation de motiver les peines d'emprisonnement fermes qu'il prononce, mais la portée de cette obligation ne doit pas être surestimée si l'on se réfère à l'exemple de la détention provisoire.

La meilleure preuve de la réticence manifestée par le législateur à l'encontre d'un décloisonnement du droit pénal ne réside-t-elle pas dans le fait que ces diverses sanctions non carcérales se trouvent qualifiées de peines, alors qu'elles n'en sont pas vraiment et que dans l'avant-projet définitif de 1978 ce vocable avait disparu au profit de celui plus général et plus justifié de sanctions ? Il faut y voir une prégnance de l'idée de peine qu'il a paru impossible de rayer du vocabulaire. Dans le même temps, l'utilisation du vocable pour désigner toutes les espèces de sanctions ne peut que se traduire par une dilution de l'idée de peine apportant de l'eau au moulin de la dépénalisation. On retrouve bien là l'ambiguïté du nouveau code quant à la conception théorique qu'il consacre, son syncrétisme. La multiplication des sanctions communautaires va évidemment dans le sens de la dépénalisation puisque l'on cherche à éviter les sanctions carcérales qui constituent les seules peines véritables à l'heure actuelle. En outre, l'application de ces sanctions implique une bonne connaissance du délinquant à partir de l'enquête sociale rapide, dont l'organisation a déjà été prévue dans notre système répressif par les réformes antérieures de la procédure pénale. Il s'agit en effet de répondre à l'objectif de personnalisation de la peine fixé au système répressif par le nouveau code. Malheureusement, le caractère insuffisant du mouvement de « civilisation » de la réaction sociale, qui se traduit déjà dans cette dépénalisation incertaine de la sanction, risque *a fortiori* d'avoir comme conséquence une personnalisation de la peine plutôt floue.

II. - UNE PERSONNALISATION FLOUE DE LA PEINE

La notion de personnalisation a été introduite dans le nouveau code pénal sans faire l'objet d'une définition précise, alors qu'elle est susceptible de donner lieu à des conceptions différentes. Il s'agit, en effet, d'une notion qui a été dégagée dans le prolongement de la théorie de l'individualisation émise par Saleilles, par des auteurs tels que R. Vienne⁴¹, M. Ancel⁴² ou encore E. Rotman⁴³. L'approche clinique envisagée par ces auteurs s'est vue complétée par l'approche juridique résultant de la seconde révolution des droits de l'homme, marque de notre époque⁴⁴. Désormais, la notion de personnalisation des sanctions tend à devenir un principe protecteur des droits individuels et des particularités de la personne. En quelque sorte, le système juridique ne peut plus ignorer la notion psychologique de personnalité sous-jacente à la personnalisation, mais il la « normalise » en la décomposant en une multitude de droits. Ici encore, l'idée de dépenalisation et de civilisation de la répression réapparaît. L'importance accordée aux droits de l'homme explique également la résurgence de la théorie rétributive, sous la forme nouvelle du juste dû, par réaction au système arbitraire de la sentence indéterminée. On admet désormais qu'il convient de gérer la prison en respectant les droits fondamentaux des détenus, la condamnation ne doit plus entraîner une quasi-mort civile. Cette approche nouvelle de la personnalisation s'intègre parfaitement aux conceptions de la défense sociale nouvelle. En outre, l'accent mis sur la protection des droits individuels à tous les stades du processus de sanction nécessite l'intervention du juge, garant naturel de ces droits. C'est pourquoi, cette forme de la personnalisation de la peine ne peut être qu'essentiellement judiciaire. Il n'est donc pas étonnant que le nouveau code pénal, dont les inspirateurs se réclament de la défense sociale nouvelle, prévoit des modes de personnalisation de la peine par le juge, mais s'agit-il vraiment de cette nouvelle conception de l'individualisation ?

La personnalisation judiciaire de la peine semble, en effet, constituer un principe de sentencing consacré par la codification nouvelle. A vrai dire cependant, celle-ci utilise le vocable personnalisation uniquement dans un titre de section du chapitre relatif au régime des peines, section dans laquelle il est traité de diverses modalités des peines telles que la semi-liberté, le fractionnement, les sursis, la dispense et les ajournements. Un seul texte de portée générale figurant en tête de cette section, l'article 132-24, indique les principes de base pour le prononcé des peines et la fixation de leur régime. Ces dispositions ne semblent marquer aucune rupture avec le système antérieur. Le code pénal avait permis le développement d'un système d'individualisation judiciaire de la peine. Le nouveau code reprend ces dispositions, en les complétant pour en faire un système de personnalisation élargie, applicable aux personnes morales comme aux personnes physiques.

41. Art. préc. in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*.

42. L'examen de conscience de la défense sociale sur le problème du traitement des délinquants, cette *Revue*, 1978, p. 945.

43. Le sens de l'individualisation judiciaire, cette *Revue*, 1977, p. 440.

44. Cf. Th. Papatheodorou, *De l'individualisation des peines à la personnalisation des sanctions*, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 107.

A. — *L'individualisation dans le code pénal*

Le code pénal comportait peu de dispositions relatives à la détermination de la peine par le juge. S'appuyant strictement sur le principe de la légalité, le législateur révolutionnaire n'avait prévu que des peines fixes sans que le magistrat ait le moindre pouvoir de mesure. Le code pénal de 1810 n'avait pas modifié fondamentalement les principes révolutionnaires essentiels. Le système des peines variables entre des limites fixes permettait de tenir compte des circonstances matérielles du délit qui pouvaient varier. La généralisation des circonstances atténuantes à partir de 1832 allait permettre une première forme d'individualisation fondée sur le degré de responsabilité morale de l'agent, faisant ainsi application de la théorie rétributive classique. La remise en question de ce système sous l'influence du positivisme et des apports de la criminologie ne devait cependant pas se traduire par un bouleversement des règles légales. Tout au contraire, celles-ci ont permis à la longue une nouvelle interprétation du principe de la légalité de la peine, considéré désormais comme la seule obligation pour le juge de ne pas dépasser le maximum prévu par le texte servant de base au prononcé de la sentence. Quant au minimum légal prévu dans chaque particulier, il n'avait plus aucun caractère obligatoire, au point que l'article 463 du code pénal relatif aux dispositions générales en matière de circonstances atténuantes avait fixé des planchers au-dessous desquels le juge ne pouvait pas descendre. Cependant, ces limites inférieures légales infranchissables étaient situées extrêmement bas, notamment deux ans d'emprisonnement pour un crime passible d'une peine perpétuelle ou un an pour les autres crimes. Pour fixer la peine dans chaque cas particulier, le juge pouvait alors tenir compte de l'importance du trouble social causé par l'infraction et de la gravité de la faute commise par le délinquant. Lorsqu'il constatait l'existence de causes légales d'aggravation de la peine, notamment de la récidive, le juge n'était jamais obligé de prononcer la peine encourue dans ce cas, pouvant même au contraire faire application des circonstances atténuantes. En effet, le tribunal avait toujours la possibilité de prendre en considération la personnalité du délinquant, afin que la peine prononcée soit susceptible d'assurer la réadaptation sociale de celui-ci. Pour prononcer une peine d'amende, le juge déterminait le montant de celle-ci dans les limites légales, « en tenant compte des circonstances de l'infraction ainsi que des ressources et des charges du prévenu », selon l'article 41 du code pénal. C'est dans le même esprit que le juge devait apprécier s'il y avait lieu de prononcer les peines complémentaires facultatives, alors qu'en revanche il devait en principe prononcer les peines complémentaires obligatoires. Enfin, quand la loi prévoyait impérativement le prononcé de plusieurs peines principales, généralement l'emprisonnement et l'amende, le juge devait se conformer à la loi en fixant chacune d'elles entre les limites respectivement prévues, réserve faite de l'octroi des circonstances atténuantes. Celles-ci ont donc fini par devenir l'instrument d'une individualisation quasiment automatique mais de portée malgré tout limitée.

En effet, l'individualisation judiciaire résultant du code pénal portait essentiellement sur les modalités de la peine. Il ne faut pas oublier que l'emprisonnement était la clef de la voûte du système pénal classique, l'amende n'étant véritablement une peine principale indépendante qu'en matière de simple police, où les contraventions n'étaient d'ailleurs que de petites infractions comportant seulement trois classes, la création des quatrième et cinquième classes appartenant à une période récente. Les autres sanctions pénales

prévues par le code n'étaient que des peines accessoires ou complémentaires, obligatoires ou facultatives. Le système des peines variables entre des limites fixes du code de 1810, complété par la généralisation des circonstances atténuantes, permettait donc au juge de mieux adapter la peine au délinquant quant à la durée de la privation de liberté qu'il prononçait. La loi Bérenger, du 26 mars 1891, vint apporter un peu plus de souplesse au système par l'introduction du sursis à l'exécution de la peine, destiné à éviter le recours aux courtes peines d'emprisonnement, source de cette récidive correctionnelle contre laquelle le texte se proposait de lutter⁴⁵. La III^e République allait voir l'introduction ou l'aménagement d'autres formes de pardon, faisant obstacle à l'exécution de la peine ou effaçant les effets de celle-ci. Ce fut le cas pour la libération conditionnelle et la réhabilitation entendue au sens juridique, qui constituent autant d'atteintes à l'autorité de la chose jugée de la décision de condamnation devenue définitive. L'élargissement de l'individualisation de la peine ne s'est d'ailleurs pas toujours fait par le recours au juge. Le principe de la séparation des pouvoirs et des fonctions strictement entendu laissait une grande place en ce domaine à l'Administration responsable de l'exécution de la peine. Sans atteindre l'importance qu'elle a pu avoir dans le système américain de la sentence indéterminée, l'individualisation administrative a pris un essor tout particulier avec la consécration des idées sur la réhabilitation et l'uniformisation des diverses formes de la privation de liberté. L'introduction du juge de l'application des peines n'a guère fait progresser la juridictionnalisation, toujours projetée et jamais réalisée, de cette phase de la répression. Au contraire, l'évolution du droit et de la pratique pénitentiaires ont abouti à ce que l'on a appelé l'érosion des peines, le condamné n'effectuant jamais la totalité de la peine prononcée grâce au jeu de modes de pardon tels que la libération conditionnelle et la réduction de peine. Il a fallu attendre la période la plus récente pour voir apparaître un certain développement de l'individualisation au niveau du type et non plus seulement des modalités de la peine. Ce fut le cas tout d'abord avec l'introduction de la probation, sous la forme du sursis avec mise à l'épreuve, dans le code de procédure pénale en 1958. Le mouvement s'est accentué à partir de 1975 avec la consécration des peines de substitution à l'emprisonnement correctionnel, à la suite des critiques adressées à la réhabilitation par la voie pénitentiaire. Le nouveau code pénal ne fait que reprendre ce mouvement en le systématisant et en le complétant.

B. – L'individualisation judiciaire élargie du nouveau code pénal

Le nouveau code pénal s'efforce d'établir un système de personnalisation de la peine prononcée par le juge. L'utilisation même du vocable personnalisation doit déjà être ramenée à ses justes proportions, dans la mesure où la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales semblait interdire selon certains le recours au terme individualisation. La personnalisation judiciaire du nouveau code pénal n'est probablement que l'individualisation développée sous l'empire du code pénal, améliorée et complétée pour les personnes physiques et aménagée pour en permettre l'application aux personnes morales. La règle de base en fonction de laquelle la juridiction doit prononcer la peine et fixer son régime se trouve énoncée dans l'article 132-24 du nouveau code, qui fait référence aux circonstances de l'infraction et à la

45. Cf. J.F. Chassaing, Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain, cette *Revue*, 1993, p. 451-452.

personnalité de son auteur. Ces dispositions rappellent fortement celles du second alinéa de l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, précisant les cas dans lesquels les juridictions pour mineurs pourront prononcer une condamnation pénale. La seconde phrase de l'article 132-24, relative au prononcé d'une peine d'amende, ne fait elle que reprendre les dispositions du premier alinéa de l'article 41 du code pénal, qui se réfère aux ressources et aux charges du prévenu. En revanche, le texte définitif de l'article 132-24 ne comporte plus la référence à la prise en considération du comportement vis-à-vis de la victime, forme du repentir actif que le système des circonstances atténuantes permettait déjà de prendre en considération. Une autre disposition relative à la détermination de la peine, qui figurait dans le projet à l'article 132-24, se trouve finalement au chapitre concernant les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité pénale. Il s'agit de l'atténuation de responsabilité résultant d'une altération des facultés mentales, qui rappelle étrangement le système néoclassique de la circulaire Chaumié.

On peut dire à juste titre que la règle de personnalisation de l'article 132-24 est en réalité sans portée pratique⁴⁶. Cela est vrai tout d'abord en ce qui concerne les modalités de la peine prononcée par le juge. Le nouveau code ne fait que consacrer le système d'individualisation résultant du régime des circonstances atténuantes ; celles-ci ont donc disparu avec la suppression du minimum légal devenu sans objet. Le chapitre relatif au régime des peines comporte des dispositions prévoyant les mêmes planchers que l'ancien article 463 en matière criminelle, mais la suppression de la question des circonstances atténuantes a entraîné un aménagement de l'article 362 du code de procédure pénale relatif aux délibérations de la cour d'assises sur la peine. En revanche, le nouveau code ne prévoit plus de limite inférieure pour l'emprisonnement ou l'amende. En outre, il supprime les peines accessoires et prévoit qu'aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée. Les autres dispositions générales relatives au régime des peines concernent les cas d'aggravation résultant de la récidive ou du concours d'infractions et ne sont que des aménagements apportés au système antérieur. L'absence de portée pratique de la règle de personnalisation de l'article 132-24 est encore plus criante en ce qui concerne le choix de la peine. Pourtant, c'est dans ce domaine que le nouveau texte apporte apparemment le plus d'innovation en élargissant la gamme des sanctions correctionnelles jusqu'à la surabondance. Malheureusement, aucun critère de choix n'est fourni au juge. Il est simplement incité à choisir de préférence une sanction communautaire par l'obligation de motiver spécialement le choix d'une peine d'emprisonnement ferme en matière correctionnelle pour tous les prévenus, ainsi que l'emprisonnement assorti d'un sursis pour les mineurs. L'expérience de dispositions analogues dans le domaine de la détention provisoire ne rend pas très optimiste quant à l'efficacité d'une telle disposition. Il est à craindre que cela n'accentue un peu plus encore l'effet de sélection du système pénal, auquel l'on reproche depuis longtemps de n'amener en prison que des condamnés appartenant à certaines catégories de populations particulièrement surveillées. Si l'on a pu parler à ce propos de droit pénal à la carte, il ne semble pas que cela concerne le client mais plutôt le distributeur, en l'occurrence le juge. En effet, contrairement à ce que l'on a pu voir dans des systèmes étrangers jusque-là axés sur l'indétermination légale de la sentence, aucune directive n'est donnée au juge quant à la détermination de la peine. Cette absence ne doit pas être simplement mise

46. C. Barberger, Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et le code de procédure pénale, cette *Revue*, 1984, p. 26-27.

sur le compte d'un oubli, la partie du nouveau code relative aux dispositions générales du droit pénal a fait l'objet de trop longues discussions pour cela. Il faut, semble-t-il, y voir plutôt un rejet de la théorie du juste dû, ce qui paraît se situer dans la logique d'une certaine évolution des idées en la matière. Le contenu de la réforme pénale française en chantier depuis près d'un quart de siècle doit être rattaché à cette logique.

CONCLUSION

La réforme pénale objet de notre étude se révèle tout autant significative par ce qu'elle contient que par ce qu'elle omet. Incontestablement, le nouveau code pénal vise un renforcement sélectif de la répression. Cela est déjà vrai en matière criminelle, où l'on a choisi l'intimidation pour des délinquants qui se mettent en marge de la société, ainsi qu'en matière contraventionnelle, où l'on a choisi la dépenalisation pour des délinquants parfaitement intégrés dans la société. Cependant, c'est en matière correctionnelle que le système de sanctions est le plus révélateur. Il permet en effet au juge aussi bien de ne pas retirer le délinquant de la société en lui infligeant une sanction communautaire, que de le marginaliser au contraire en l'emprisonnant. La multiplication des sanctions communautaires a évidemment toutes les chances d'avoir un effet significatif sur la réduction du flux des personnes incarcérées, mais il n'en va pas de même pour le stock des détenus. L'effet pervers des alternatives à la prison risque d'autant plus d'alourdir le nombre de personnes présentes en prison un jour donné que le législateur n'a pas cherché à diminuer la longueur des peines que le juge a le pouvoir de prononcer, alors qu'il s'agit là de la seule méthode efficace. Certes, le système n'est pas arbitraire et il convient d'avoir confiance dans la sagesse du juge, mais l'absence de directives légales précises pour guider le choix judiciaire est révélateur du rejet par le législateur de certaines idées qui se sont répandues dans les systèmes répressifs contemporains⁴⁷. L'absence de directives légales au juge pour la détermination de la peine indique le rejet de la théorie du juste dû, apparue à la suite des critiques faites à la théorie de la réhabilitation et à la part d'arbitraire qu'elle implique.

Il convient certainement de relier cette omission à la constatation d'un certain affaiblissement de la fonction rétributive de la peine et donc de l'idée de justice dont elle procède, au profit de la fonction purement dissuasive fondée essentiellement sur des conceptions sécuritaires qui tendent à se banaliser. Ces conceptions n'ont plus véritablement de couleur politique et elles sont sous-jacentes dans la réforme pénale française. Il ne suffit pas d'incriminer les crimes contre l'humanité et de proclamer son adhésion à la religion des droits de l'homme pour construire un système répressif effectivement protecteur de ces droits. Le syncrétisme ne saurait tenir lieu d'une véritable doctrine, alors que celle-ci existe⁴⁸. La meilleure illustration de ces insuffisances se trouve probablement dans la mise aux oubliettes législatives de l'organisation d'une véritable juridiction d'application des peines, pourtant prévue dans plusieurs avant-projets de code pénal et même dans un projet de loi du 22 septembre 1993 abandonné depuis longtemps. La création d'une telle

47. Cf. P. Poncela, Livre I. Dispositions générales, cette *Revue*, 1993, p. 467.

48. Cf. notamment, sous la direction de M. Delmas-Marty, *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Travaux du colloque international organisé par l'Association de recherches pénales européennes (23 et 24 oct. 1992), Paris, Economica, 1993. *Procès pénal et droits de l'homme : vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986.

juridiction paraît pourtant indispensable si l'on veut faire progresser le développement des droits des détenus, avant que cela ne résulte de dispositifs internationaux de protection en cours d'élaboration. L'affaiblissement de la référence à l'idée de justice chez les acteurs du processus de création de la loi pénale est déjà regrettable en soi. Malheureusement, il est permis de se demander quelle peut en être la conséquence chez ceux qui sont chargés d'appliquer la loi et plus encore chez ceux qu'elle est censée dissuader ou protéger.

La règle de l'interdiction d'aggraver le sort de la partie civile et de la partie civilement responsable

Pierre Daniel de BOISVILLIERS

Docteur d'État en droit

1. Dans un article intitulé « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », publié dans cette *Revue*¹, nous avons pris clairement position en faveur de la place qu'occupe cette règle au sein du droit positif, bien que la construction théorique laisse paraître quelques failles et que des critiques lui soient adressées, notamment en raison de la violation des règles d'ordre public (règles de compétence) qu'elle entraîne et des incohérences même que parfois elle consacre².

Nous disions que ces critiques devaient être ramenées à leurs proportions véritables car la jurisprudence avait fait un travail de correction important afin d'arriver à un équilibre et qu'en définitive il était tout à fait justifié que l'intérêt du prévenu, seul appelant, prime sur celui des autres parties³.

2. La règle de l'interdiction d'aggraver le sort de la partie civile et de la partie civilement responsable est un thème de recherche qui vient nécessairement se placer dans le prolongement de celui qui a été précédemment étudié car le même texte du code de procédure pénale, à savoir l'article 515, alinéa 2, est à la base du principe de la *reformatio in pejus*⁴. D'après ce texte en effet, « la cour ne peut sur le seul appel du prévenu – donc – mais aussi sur celui du civilement responsable et celui de la partie civile ou de l'assureur de l'une de ces personnes, aggraver le sort de l'appelant... ».

3. Ainsi, on peut relever qu'à côté du prévenu d'autres parties au procès, essentiellement la partie civile et la partie civilement responsable – même si des tiers peuvent également intervenir – sont directement concernées par la règle étudiée. Ces parties, cependant, à la différence du prévenu qui sans conteste possible est le principal bénéficiaire de la règle puisqu'il peut saisir la cour du

1. La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu, cette *Revue*, 1993, p. 694 et s.

2. *Ibid.*, V. n^o 29 à 37.

3. *Ibid.*, V. n^o 63 et 64.

4. Jadis cette règle était énoncée par l'avis du Conseil d'Etat du 12 nov. 1806 (*S. lois annotées 1789 à 1830*, p. 736) auquel on reconnaissait force législative. Cette règle aujourd'hui, avec la loi du 8 juill. 1983, est consacrée par l'art. 515 c. pr. pén., al. 2. D'après l'avis précité, la règle se justifie par l'idée « qu'un tribunal... d'appel... ne peut adjuger ce qu'on ne lui demande pas... ». Dès lors, en aggravant le sort de l'appelant, les juges d'appel donneraient à son adversaire une satisfaction qu'il ne leur a pas demandée : ils statueraient *ultra petita* et l'arrêt ainsi rendu serait vicieux.

procès entier ou limiter son appel à l'action publique ou l'action civile, ne peuvent saisir la cour, aux termes de l'article 497 du code de procédure pénale, que de « leurs intérêts civils seulement... »⁵.

4. Dès lors notre propos dans le cadre de cette nouvelle étude sera aussi de montrer les « manifestations concrètes » de la règle et en contrepoint de faire ressortir les faiblesses qui la caractérisent. Il s'agira ensuite, compte tenu de l'approche plus globale qui est faite de la matière, de se prononcer de nouveau sur la place qu'elle occupe dans le droit positif. D'autant que les critiques les plus vives qui lui ont été adressées l'ont été justement sur l'appel de la partie civile ou de la partie civilement responsable en raison de la contrariété des décisions pénale et civile qui en résulte⁶.

5. Traditionnellement en effet, la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* se heurte à une certaine défiance de la doctrine. La principale cause en fait se trouve dans « l'inélégance juridique » des solutions parfois créées⁷. Mais le droit pénal n'est pas resté figé. Bien au contraire, il a évolué. Et il faut alors se demander si toute systématisation n'est pas impossible en raison des nouvelles données⁸ afin de mieux intégrer la règle précitée, dont le fondement en réalité ne se discute pas, dans notre système juridique.

6. A cet égard, pour bien cerner l'état de la question et déterminer les différentes solutions applicables, il convient d'examiner successivement – une fois n'est pas coutume – l'interdiction, portée par le présent thème, qui est faite à la cour d'aggraver le sort de la partie civile (I) puis celle d'aggraver le sort de la partie civilement responsable (II).

I. – L'INTERDICTION D'AGGRAVER LE SORT DE LA PARTIE CIVILE

7. Partie à un procès, la partie civile peut interjeter appel d'un jugement qui la touche directement. Le juge d'appel est alors saisi par l'acte d'appel, mais l'effet dévolutif se trouve ici restreint du fait de la qualité de l'appelant. En effet, saisi par la partie civile, il ne peut statuer que sur les intérêts civils et en aucun cas il ne peut prononcer une peine contre le prévenu relaxé en première instance, l'action publique étant considérée comme éteinte⁹. C'est d'ailleurs à la suite de cet appel que le Conseil d'Etat saisi a émis la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus*. Et concrètement, en l'occurrence, elle se manifeste (A) par l'impossibilité pour la cour de modifier, sur le seul appel de la partie civile, directement ou indirectement, le jugement dans un sens défavorable à celle-ci. Bien mieux, en cas de jugement de relaxe, le juge d'appel peut être amené à

5. V. art. 497 c. pr. pén.

6. V. *infra* n° 25, 26, 39 et 40.

7. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, éd. Cujas, 4^e éd., n° 713, p. 824 à 826 ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 2, *Procédure pénale*, par P. Bouzat, 2^e éd., 1970, note 1, p. 1418 ; V. égal. la critique des positivistes : E. Ferri, *La sociologie criminelle*, traduit de l'italien par L. Terrier, 2^e éd., Paris, 1914, p. 496.

8. V. *infra* n° 27 à 34.

9. Crim. 7 août 1951, *D.* 1951.671 ; Crim. 11 mars 1964, *Bull. crim.* 1964, n° 87, p. 198. Mais V. Crim. 12 juill. 1972, *Gaz. Pal.* 1972.2.716, 1^{er} esp., *D.* 1973.65, note Chambon ; Crim. 25 mai 1976, *Bull. crim.* 1976, n° 179, *JCP* 1978.II.18 772, note W. Jeandidier ; Crim. 13 janv. 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 18, p. 43, qui précise que la partie civile peut aussi bien déclencher l'action publique par son appel, lorsque ce dernier a trait à une ordonnance de non-lieu, même s'il n'y a pas eu d'appel du ministère public. Et V. G. Le Poittevin, *Code d'instruction criminelle annoté*, t. 1, art. 1 à 320, Paris, 1911, n° 217, p. 941.

trancher en faveur de la partie civile et lui octroyer des dommages-intérêts, reconnaissant par là même la réalité de l'infraction commise qui ne peut cependant, assez paradoxalement, être sanctionnée à raison du défaut d'appel du ministère public. Et dans bien des cas, cette contradiction a été mise en avant pour combattre la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus*. Mais toute conciliation n'est pas impossible entre la décision de relaxe du prévenu et son obligation aux réparations civiles à l'égard de la partie civile (B).

A. – La manifestation de la règle

8. Sur le seul appel de la partie civile, la cour ne peut diminuer les réparations qui lui ont été allouées par les premiers juges (1). Et en présence d'un jugement de relaxe, elle va devoir à nouveau apprécier et qualifier les faits (2) pour vérifier leur compétence et en déduire peut-être l'existence d'une faute de nature à justifier l'octroi de dommages-intérêts.

1. L'interdiction de diminuer les réparations civiles

9. Deux hypothèses doivent être envisagées dans ce cadre. Tout d'abord, la première, l'application de l'interdiction de la *reformatio in pejus* lorsque l'appel est interjeté, certes par la partie civile, mais aussi par le ministère public (a). Puis, la seconde, l'application de la règle sur l'appel des intervenants ou subrogés (b).

a) L'interdiction sur l'appel de la partie civile et du ministère public

10. La manifestation la plus nette de l'interdiction de la *reformatio in pejus* se traduit ici par le fait que « ni l'appel du ministère public, ni l'appel de la partie civile n'autorisent les juges du second degré à réduire les dommages et intérêts mis à la charge du prévenu lorsque celui-ci n'a pas interjeté appel du jugement prononçant contre lui cette condamnation... »¹⁰. L'action civile, en effet, est indépendante de l'action publique et la cour d'appel, « n'étant saisie des intérêts civils que par l'appel de la partie civile, ne peut réformer à cet égard la décision des premiers juges que dans un sens favorable à cette dernière... »¹¹.

11. Néanmoins, lorsque la partie civile limite expressément son appel incident à un prévenu qui doit supporter, du fait de l'appel, une condamnation d'un montant supérieur à celle prononcée en première instance, elle ne peut reprocher au juge du second degré, tenu de statuer dans la limite de sa saisine, de ne pas étendre cette aggravation aux autres coprévenus¹².

De même, l'article 515, alinéa 2, du code de procédure pénale fait certes interdiction à la cour d'aggraver le sort de la partie civile sur son appel exclusif, mais cet article ne peut être compris comme interdisant au juge du second degré de dire l'appel de la partie civile, déjà déboutée en première instance car n'ayant aucune qualité pour agir, irrecevable¹³.

12. Quoi qu'il en soit, la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* fait avant tout interdiction aux juges d'appel « de rendre la situation de la partie civile

10. Crim. 10 janv. 1956, *D.* 1956 *Somm.*125 ; Crim. 17 janv. 1967, *Bull. crim.* 1967, n° 23, p. 57.

11. Crim. 3 oct. 1957, *Rec. dr. pén.* 1958.206.

12. Crim. 19 nov. 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 349, p. 918.

13. Crim. 30 janv. 1963, *JCP* 1963.II.13 343, obs. A.-P., cette *Revue* 1963.571, obs. Robert.

pire ». Et les exemples tirés de la jurisprudence montrent que cette règle a une portée large.

Ainsi, a été considéré comme une aggravation le fait pour une cour d'appel de décider, lors d'un second jugement ayant trait à la même affaire mais portant sur « l'invalidité permanente », que de la somme allouée par le jugement entrepris sera déduite la somme accordée antérieurement par le premier jugement, pourtant non frappé d'appel. Ce faisant, la cour non seulement méconnaît l'autorité de la chose jugée qui était acquise au premier jugement, mais en outre viole la règle précitée¹⁴.

De même il a été jugé qu'encourt la cassation l'arrêt attaqué qui, « sur le seul appel de la partie civile contre un jugement de relaxe, accorde des dommages-intérêts pour abus de constitution de partie civile au prévenu intimé, dont la demande a été rejetée par les premiers juges... »¹⁵. Et, toujours dans le même ordre d'idée, on constate à travers d'autres solutions dégagées que le juge du second degré, dont le pouvoir se trouve fortement limité, ne pourrait pas non plus réformer le jugement qui avait ordonné la saisie et la confiscation des moyens de transport¹⁶, ou remettre en cause la décision des premiers juges qui assortit une condamnation d'intérêts légaux à compter du jugement¹⁷, ou mieux encore condamner la partie civile aux dépens que le jugement avait mis à la charge du prévenu condamné en première instance et relaxé en appel¹⁸.

13. A côté de cette aggravation que l'on pourrait qualifier de directe¹⁹, interdiction est faite également à la cour d'appel d'aggraver indirectement le sort de la partie civile en se déclarant par exemple incompétente du fait de l'inexistence d'un lien direct entre l'infraction et le dommage dont se plaint la victime²⁰. Bien mieux, le juge du second degré ne pourrait pas non plus sur un appel de la partie civile refuser d'examiner l'excuse de provocation reconnue en première instance qui a entraîné un partage de responsabilité, alors qu'au regard des intérêts civils il lui incombait d'examiner quelle était la responsabilité du prévenu. « A l'égard de la partie civile appelante sans restriction, l'autorité de la chose jugée ne s'attache – en effet – à aucune des dispositions tant pénales que civiles du jugement... »²¹.

14. De la même manière, on peut relever qu'un prévenu ne saurait tirer profit de l'appel interjeté par un coprévenu qui obtient une relaxe ou un partage de responsabilité pour adoucir son sort à l'égard de la partie civile. En effet, la règle étudiée fait interdiction au juge du second degré de modifier le jugement dans un sens défavorable à la victime. Dès lors, l'appel de la partie civile ne peut pas autoriser la cour à réviser dans un sens contraire aux intérêts de cette partie une condamnation à laquelle le coprévenu non appelant a acquiescé

14. Crim. 18 nov. 1932, *Gaz. Pal.* 1932-2.146.

15. Crim. 19 juin 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 260, p. 645.

16. Crim. 22 nov. 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 480, p. 919.

17. Crim. 4 juin 1980, *Bull. crim.* 1980, n° 173, p. 438.

18. Crim. 24 févr. 1934 *Gaz. Pal.* 1934-1.684.

19. V. Crim. 27 oct. 1950, *Rec. dr. pén.* 1950.507 qui précise que le juge du second degré ne peut annuler la condamnation civile prononcée en première instance au motif que la peine a été amnistiée.

20. Crim. 15 févr. 1966, *Bull. crim.* 1966, n° 43, p. 87, cette *Revue* 1966.628, obs. J. Robert ; Crim. 21 nov. 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 347, p. 886. Et lorsque l'action publique n'est plus en cause, la cour ne peut, bien qu'elle soit saisie par la partie civile, se déclarer incompétente par le motif que les faits seraient de la compétence de la juridiction criminelle. V. Crim. 4 mars 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 80, p. 217.

21. Crim. 6 janv. 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 1, p. 1.

implicitement²² et ce sans qu'il puisse faire ressortir « l'inconciliabilité » des décisions pénales et civiles²³. En statuant différemment, notamment en réduisant²⁴ voire en supprimant²⁵ totalement la condamnation prononcée en première instance, du fait de la voie de recours utilisée, la cour d'appel commettrait un excès de pouvoir²⁶ et sa décision ne pourrait être que censurée par la Cour de cassation. Elle le serait pareillement si le sort de la partie civile était aggravée lors de l'appel exclusif de certains intervenants ou subrogés.

b) *La règle applicable lors de l'appel des intervenants ou subrogés*

15. Si la condamnation civile prononcée par les juges touche certes le prévenu, le civilement responsable et la partie civile, il faut reconnaître qu'elle affecte aussi certains organismes, notamment le fonds de garantie ou l'assureur, qui en définitive vont supporter le coût de la réparation. A ce titre, ils vont donc pouvoir intervenir au procès afin de combattre le principe même de la responsabilité ou son étendue.

Différentes solutions peuvent ainsi être dégagées et, en raison des mêmes effets qu'elles impliquent pour la partie civile dans ses rapports avec le prévenu et la partie civilement responsable, celles qui seront ci-après exposées concerneront également la partie civilement responsable.

16. Relativement au fonds de garantie, c'est en vertu de l'article 15 de la loi du 31 décembre 1951, complétée par l'ordonnance du 23 décembre 1958, et en vertu de l'article L. 420-5 du code des assurances qu'il pourra intervenir à l'instance et ainsi tenter de limiter la demande de la partie civile. En effet, aux termes des articles précités (art. 15 not.) : « Le fonds de garantie peut intervenir, même devant la juridiction répressive et même pour la première fois en cause d'appel, en vue notamment de contester le principe ou le montant de l'indemnité réclamée, dans toutes les instances engagées entre les victimes d'accidents corporels ou leurs ayants droit d'une part, les responsables ou leurs assureurs d'autre part. Il intervient à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi... ».

17. Le fonds de garantie dispose donc d'une marge de manœuvre importante pour défendre ses droits. Et une cour d'appel ne saurait tirer argument de l'absence d'appel du prévenu²⁷ ou de l'autorité de la chose jugée du jugement et par là même de l'absence de la qualité du fonds de garantie, pour juger la demande de cet organisme irrecevable²⁸. En effet, malgré une résistance certaine des juges du second degré, la Cour de cassation précise constamment

22. Crim. 10 juin 1959, cette *Revue* 1959.860, note J. Robert, *Bull. crim.* 1959, n° 304, p. 616.

23. Crim. 19 mars 1982, *Bull. crim.* 1982, n° 81, p. 217.

24. Crim. 10 juin 1959, préc. ; Crim. 30 oct. 1968, *Bull. crim.* 1968, n° 276, p. 661 ; Crim. 24 juin 1971 ; *Bull. crim.* 1971, n° 208, p. 512 ; Crim. 13 févr. 1974, *Bull. crim.* 1974, n° 63, p. 153.

25. Crim. 8 nov. 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 327, p. 842 ; Crim. 16 juin 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 275, p. 736.

26. Crim. 30 oct. 1968, préc. ; Crim. 8 nov. 1972, préc. ; Crim. 13 févr. 1974, préc.

27. Crim. 17 janv. 1973, *Bull. crim.* 1973, n° 19, p. 52 ; Crim. 6 nov. 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 333, p. 880, *D.* 1985.IR.158.

28. Crim. 15 oct. 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 216, p. 576. De même, V. Crim. 24 oct. 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 301, p. 782 (la décision de la cour d'appel a été censurée parce qu'elle avait jugé que l'appel du fonds de garantie ne saurait avoir pour effet de modifier le jugement dans un sens défavorable aux parties civiles) ; Crim. 8 oct. 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 210, p. 562 (à défaut d'appel du prévenu, l'appel du fonds de garantie ne saurait avoir pour effet de modifier le jugement dans un sens défavorable audit prévenu et défavorable à la partie civile...).

que l'appel du fonds de garantie lui permet de remettre en cause ses propres rapports avec les parties civiles²⁹. Et elle ajoute qu'il doit être statué sur cet appel même si la condamnation prononcée contre le prévenu par un jugement de défaut signifié au parquet reste susceptible d'opposition, dès lors que le jugement a été rendu contradictoirement entre la partie civile et le fonds de garantie³⁰.

18. Néanmoins, si cet organisme peut ainsi bénéficier d'une diminution, voire d'une totale exonération de sa dette dans le cas où il parvient à prouver, par exemple, un défaut d'assurance³¹ ou la conduite sous l'empire d'un état alcoolique³², en aucun cas l'appel interjeté ne pourra préjudicier à la partie civile. Car les dispositions qui servent de fondement à l'action du fonds de garantie, c'est-à-dire les articles 15 de la loi du 31 décembre 1951 et L. 420-5 du code des assurances, doivent se combiner avec celles de l'article 515 du code de procédure pénale qui interdit à la cour, à défaut d'appel du prévenu ou de la partie civilement responsable, de modifier le jugement entrepris dans un sens défavorable à la partie civile. Dès lors, une cour d'appel ne peut réduire au profit du prévenu (ou de la partie civilement responsable) non appelant le montant des réparations civiles mises à sa charge par le jugement au bénéfice de la partie civile³³. La règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* joue donc en premier lieu au profit du fonds de garantie mais, par contrecoup, elle semble protéger également la partie civile puisque le prévenu et la partie civilement responsable ne pourront profiter de l'appel de cet organisme et ainsi obtenir la suppression ou la réduction de leur dette. Mais cette protection est en réalité plus apparente que réelle du fait de l'action directe accordée au fonds de garantie et des cas d'intervention qui sous-tendent cette action : « auteur de l'accident inconnu ou insolvable et, depuis la loi du 5 juillet 1985, auteur de l'accident inconnu et non assuré... »³⁴.

19. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que dans ce cadre le procès pénal ne forme plus un tout et qu'il est davantage éclaté. Mais, face à l'appel de l'assureur, une certaine unité semble se retrouver. Puisque, aux termes de l'article 509, alinéa 2, du code de procédure pénale, « l'appel de l'assureur produit effet à l'égard de l'assuré en ce qui concerne l'action civile... ». Et cette unité est d'autant plus grande que la solution prévue expressément pour l'appel a été étendue au pourvoi de cassation. En effet, dans un arrêt du 5 juin 1984, la Chambre criminelle a décidé qu'« en raison du principe de l'indivisibilité des voies de recours institué par les articles 388-3 et 509 du code de procédure pénale la cassation doit produire effet dans les rapports tant entre l'assureur demandeur au pourvoi et la victime qu'entre l'assuré et cette victime... »³⁵.

29. Crim. 24 oct. 1972, préc. ; Crim. 17 janv. 1973, préc. ; Crim. 8 oct. 1975, préc. ; Crim. 15 oct. 1975, préc. ; Crim. 6 nov. 1984, préc.

30. Crim. 22 févr. 1973, *Bull. crim.* 1973, n° 94, p. 223.

31. Crim. 17 janv. 1973, préc.

32. Crim. 6 nov. 1984, préc.

33. Crim. 8 déc. 1960, *JCP* 1961.II.12 133, obs. R. Meurisse ; Crim. 28 avr. 1970, *D.* 1970, p. 589 ; *Bull. crim.* 1970, n° 146, cette *Revue* 1971.141, obs. Robert ; Crim. 1^{er} févr. 1982, *Bull. crim.* 1982, n° 33, p. 79.

34. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 713, p. 824 ; W. Jeandidier et J. Belot, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale*, 1^{re} éd., 1986, p. 198.

35. Crim. 5 juin 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 206, p. 543. Par ailleurs, sur les problèmes liés à l'intervention de l'assureur dans le procès pénal avant la loi du 8 juill. 1983, V. J. Bancal, *De l'automatisme des appels a minima consécutifs à des appels limités aux intérêts civils*, *JCP* 1965.I.1983. Et pour de plus amples renseignements, V. J. Pradel, *Un nouveau stade dans la protection des victimes*

Autrement dit, la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne ferait pas obstacle à ce que le sort de la partie civile soit aggravé sur l'appel de l'assureur. Mais sur le seul appel de la partie civile, elle fait interdiction au juge de second degré de modifier le jugement dans un sens défavorable à cette partie³⁶, et cette interdiction a une portée large puisqu'en cas de relaxe du prévenu en première instance le juge sera amené, sur appel de la victime, à apprécier et à qualifier de nouveau les faits.

2. L'obligation pour le juge d'appel d'apprécier et de qualifier les faits en cas de relaxe du prévenu en première instance

20. Saisie de l'action civile dans l'intérêt de la partie civile, la cour est obligée « d'examiner toute la cause au point de vue des dommages-intérêts... » et parfois de reconnaître la réalité de l'infraction (a), entraînant par là même la contrariété des décisions pénales et civiles (b).

a) La reconnaissance de l'infraction

21. Tout d'abord, rappelons qu'en l'absence d'appel du ministère public la cour ne peut sur le seul appel de la partie civile aggraver la situation pénale du prévenu³⁷. Autrement dit, en cas de relaxe du prévenu en première instance, elle ne pourrait prononcer une peine à son encontre. Mais, assez paradoxalement, si la cour ne rejette pas comme mal fondé l'appel de la partie civile, elle va devoir se prononcer sur les intérêts civils qui lui sont soumis en constatant l'existence et la qualification de l'infraction dont est résulté le dommage. Cette orientation de la jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas faite sans une certaine contradiction avec l'avis du Conseil d'État du 12 novembre 1806. Car, selon cet avis, « la cour doit tenir pour constants les faits et les motifs qui ont déterminé le chef du jugement relatif au délit parce que, ce jugement ayant passé en force de chose jugée, il a tous les droits d'une vérité incontestable »³⁸. Mais il faut dire que le président Barris faisait déjà valoir que « le Conseil d'État ne se réfère qu'à la peine qui aurait pu être prononcée et qui ne l'a pas été... » et il ajoutait que « des expressions – précitées – il ne résulte nullement que le tribunal (d'appel) ne puisse et ne doive, dans l'intérêt de la partie civile, examiner de nouveau les faits, les apprécier et les qualifier d'après sa conscience ; autrement le droit d'appel qui est accordé à la partie civile, d'une manière indépendante de celui qui appartient au ministère public, serait illusoire... »³⁹.

d'infractions, commentaire de la loi du 83-608 du 8 juillet 1983, *D.* 1983. *Chron.* 241 ; A. d'Hauteville, L'intervention des assureurs au procès pénal en application de la loi du 8 juill. 1983, *JCP* 1984. *éd. G.I.* 3139 ; P. Bufquin, L'intervention de l'assureur au procès pénal, *Jurisprudence actuelle*, *Gaz. Pal.* 1985. 2. *Doctr.* 539.

36. *Crim.* 29 janv. 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 48, p. 120 (L'arrêt qui, sur le seul appel de la partie civile, réduit l'indemnité soumise au recours d'un tiers payeur – caisse primaire d'assurance maladie – encourt la cassation). Par ailleurs, concernant la caisse de sécurité sociale, il faut préciser que « dès qu'elle intervient régulièrement en première instance, celle-ci possède la qualité de partie à la procédure et exerce librement les voies de recours, notamment en interjetant appel malgré l'acquiescement de l'assuré social partie civile... au jugement qui est devenu définitif à son égard... ».

37. V. *supra*, n° 7 ; pour un autre exemple, V. *Crim.* 11 mars 1964, *Bull. crim.* 1964, n° 87, p. 198. *Crim.* 15 juin 1976, *Bull. crim.* 1976, n° 213, *D.* 1976. *IR.* 213 ; *Crim.* 23 janv. 1974, *Bull. crim.* 1974, n° 38. Par ailleurs, en cas d'appel du ministère public et du prévenu limité aux intérêts civils, la Cour se trouve saisie de la cause entière, aussi bien quant à l'action publique que quant aux intérêts civils. Dès lors, si elle relaxe le prévenu, elle ne peut que débouter la partie civile de sa demande. V. *Crim.* 29 nov. 1978, *Bull. crim.* 1978, n° 337, p. 879.

38. V. avis du Cons. d'Et. du 12 nov. 1806, préc.

39. Président Barris, note 231, cité par Berriat-Saint-Prix, *Procédure des tribunaux criminels*, 2^e partie, Trib. correctionnels, Paris, 1854-1857, p. 480.

22. On comprend dès lors qu'interdiction est faite au juge du second degré de conditionner la recevabilité de l'appel de la partie civile à celui formé par le ministère public⁴⁰. « L'action publique et l'action civile – comme le souligne la Cour de cassation – sont distinctes l'une de l'autre ; l'une peut être définitivement réglée par l'autorité de la chose jugée, tandis que l'autre peut encore se débattre... »⁴¹. En conséquence, « saisis par le seul appel de la partie civile, après une décision de relaxe intervenue en faveur de l'auteur de l'infraction, les juges d'appel peuvent substituer leur appréciation souveraine des faits à celle des premiers juges, dès l'instant qu'ils ne portent pas atteinte à la décision intervenue sur l'action publique... et ainsi ils peuvent accorder des réparations à la partie civile dans la mesure où ils reconnaissent l'existence matérielle des faits qui constituaient l'infraction écartée par les premiers juges... »⁴².

Il incombe donc au juge d'appel d'apprécier à nouveau les faits et de les qualifier. Il peut même envisager une qualification différente de celle donnée aux faits de la prévention en première instance car « l'intérêt de la partie civile exige qu'elle puisse discuter librement devant la juridiction supérieure la question de l'existence du délit, et provoquer sur ce point une décision souveraine... »⁴³. Néanmoins, si un large pouvoir lui est ainsi accordé, « c'est à la condition qu'il ne soit rien changé aux faits et qu'ils restent tels qu'ils ont été dénoncés dans les actes de procédure... »⁴⁴.

23. La règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* fait donc obligation au juge d'appel d'examiner les faits, de les apprécier, de les qualifier, mais elle lui fait par là même obligation de vérifier sa compétence afin de condamner s'il y a lieu le prévenu à des dommages-intérêts envers la partie civile⁴⁵. Et s'il lui apparaît alors que l'infraction requalifiée se trouve placée en dehors de ses attributions, il est « dans l'obligation de réparer, dans la mesure où il peut le faire, l'erreur commise par les premiers juges, et de renvoyer la partie civile à se pourvoir devant le juge compétent, qui ne peut être que le juge civil, pour être statué sur sa demande de dommages-intérêts »⁴⁶. En tout état de cause, la cour d'appel ne peut se déclarer incompétente, après avoir relaxé un prévenu condamné en première instance, pour connaître l'action civile. Ce faisant, en effet, elle contreviendrait à la règle que la cour ne peut, sur le seul appel de la partie civile, modifier le jugement dans un sens qui lui est défavorable⁴⁷.

40. Crim. 6 févr. 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 77, p. 160.

41. Crim. 9 nov. 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 512, p. 1006 ; Crim. 13 avr. 1992, *Bull. Crim.* 1992, n° 158, p. 410.

42. Crim. 1^{er} juill. 1953, *Bull. crim.* 1953, n° 225, p. 387 ; Crim. 7 févr. 1956, *Bull. crim.* 1956, n° 132, p. 236 ; Crim. 9 nov. 1960, préc. ; Crim. 6 févr. 1962, préc. ; Crim. 14 sept. 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 284, p. 734 ; Crim. 10 févr. 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 61, p. 147.

43. Crim. 30 janv. 1909, S. 1912.I.233, note J.-A. Roux ; Crim. 16 déc. 1948, cette *Revue* 1949.371 ; *JCP* 1949.IV.13 (dans cette espèce, le prévenu n'avait pas été relaxé en première instance, mais la qualification ayant changé devant la cour, des dommages-intérêts supplémentaires ont été octroyés à la partie civile).

44. Crim. 1^{er} mars 1960, *D.* 1961.74, note R. Meurisse.

45. Crim. 7 févr. 1956, préc. ; Crim. 14 sept. 1985, préc. ; V. égal. Crim. 5 juin 1937, *DH* 1937.622 (arr. de renvoi).

46. Crim. 20 déc. 1956, *D.* 1957.97, note, *Bull. crim.* 1956, n° 864 ; Crim. 17 févr. 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 92, p. 186 ; Paris, 23 juin 1967, *JCP* 1968.II.15 413, obs. R. Meurisse.

47. Crim. 21 nov. 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 347, p. 886. Par ailleurs, il faut rappeler que la relaxe d'un prévenu intervenue en cause d'appel, sur son appel, limité aux dispositions pénales, est sans influence sur les réparations civiles lorsque le principe a été retenu par les premiers juges, puisque à défaut d'appel du prévenu elles ont acquis l'autorité de la chose jugée à son égard... Crim. 15 oct. 1980, *Bull. crim.* 1980,

24. Mais face au prévenu relaxé en première instance, il appartient toujours à la partie civile, seule appelante, d'établir la réalité de l'infraction et le préjudice direct qu'elle a pu subir⁴⁸. Néanmoins, la cour dispose dans ce cadre d'un large pouvoir d'appréciation. Et ce pouvoir, elle le retrouve à la suite d'un pourvoi en cassation, devant la cour de renvoi. En effet, selon des expressions empruntées à la jurisprudence, « lorsqu'une décision de relaxe est annulée sur le seul pourvoi d'une partie civile, les juges qui ne peuvent prononcer une peine, la décision ayant acquis au regard de l'action publique force de chose jugée, n'en sont pas moins tenus d'apprécier les faits et de les qualifier pénalement pour décider du bien-fondé de l'action civile... »⁴⁹.

Ainsi, la cour peut être amenée à relever la contrariété des décisions pénale et civile, en constatant que le prévenu a bien commis une faute pénale et qu'à ce titre il doit indemniser la partie civile, mais qu'à l'inverse il ne peut être puni à raison du défaut d'appel du ministère public.

b) La contrariété des décisions pénale et civile

25. Cette contrariété, telle qu'elle se présente actuellement au sein du droit positif, trouve d'abord sa source dans « l'indépendance des actions civile et publique... ». En effet, en cette matière « l'action civile est indépendante de l'action publique... et le sort de l'une n'est pas subordonné au sort de l'autre pourvu que le fait qui leur sert de base ait le caractère de délit... »⁵⁰. Par suite, le juge d'appel doit logiquement reconnaître la réalité ou la fausseté du délit dont est résultée la réalité du dommage allégué, quitte à faire naître des contradictions du fait de l'extinction de l'action publique à raison du défaut d'appel, essentiellement ici du ministère public, le prévenu par hypothèse étant relaxé en première instance.

26. Mais un autre argument, celui tiré de l'absence d'autorité de la chose jugée à l'égard de la partie civile quant à ses intérêts civils, a également été mis en avant pour justifier la contrariété créée⁵¹. La règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* se trouve par là même respectée, mais du même coup des « inélégances juridiques » entachent le droit positif. C'est la raison pour laquelle on a souhaité que la jurisprudence de la Cour de cassation ne soit admise qu'avec réserve⁵².

Certes, on peut faire valoir que l'autorité de la chose jugée porte dans ce cadre avant tout sur la culpabilité du prévenu et sur l'application de la peine, mais qu'elle laisse intact le pouvoir d'appréciation et de qualification du juge

n° 263, p. 673. Enfin, il faut citer un arrêt qui a décidé que ne constitue pas une aggravation le fait pour une cour d'appel de revenir sur le principe de la responsabilité entière mise à la charge du prévenu en première instance et d'opérer un partage de cette responsabilité en défaveur de la partie civile dès lors qu'elle augmente corrélativement les dommages-intérêts et que la somme octroyée à la partie par les premiers juges n'a pas diminué. V. Crim. 12 févr. 1959, S. 1959.123, note critique de R. Meurisse. « Modifier dans un sens défavorable à la partie civile le partage de responsabilité, c'est en réalité lui porter préjudice, c'est violer la règle que la partie civile ne fait appel que dans son propre intérêt... ».

48. P. Malaval, Le sort de l'action civile en cas de relaxe du prévenu. *Gaz. Pal.* 1977.1. *Doctr.* 2, qui montre, par ailleurs, l'embarras de la jurisprudence quant à la motivation des décisions de rejet de la demande de la partie civile...

49. Crim. 10 mai 1984, *JCP* 1985.II.20 413, obs. M.-C. Roca, *Bull. crim.* 1984, n° 165, p. 429. V.-R. Houin, Les pouvoirs de la juridiction de renvoi après cassation en matière criminelle, cette *Revue* 1943.120.

50. Crim. 15 juin 1844, *Bull. crim.* 1844, n° 217, p. 309 ; Crim. 30 janv. 1909, préc.

51. Crim. 24 juin 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 35, p. 107 ; Crim. 6 janv. 1981, préc. (excuse de provocation, V. *supra*, n° 66) ; Crim. 18 avr. 1983, *Bull. crim.* n° 105, p. 238.

52. Berriat-Saint-Prix, *op. cit.*, n° 1132 bis, p. 481 à 483.

d'appel sur les faits accomplis. D'autant que – comme l'a maintes fois souligné la jurisprudence – l'action civile, par nature, est différente de l'action publique. Dès lors, aucune contradiction profonde ne peut véritablement caractériser le droit positif.

Néanmoins, comme le soulignent des auteurs, ce raisonnement « ne convainc guère. Le dogme de l'autorité de la chose jugée ne sort pas grandi... »⁵³. Mais au total on constatera que les réserves ainsi développées ne constituent pas un obstacle dirimant à la recherche d'une conciliation entre la décision de relaxe du prévenu et son obligation aux réparations civiles.

B. – La conciliation possible entre la décision de relaxe du prévenu et son obligation aux réparations civiles

27. Tout d'abord, il faut relever que le prévenu sur appel de la partie civile, bien que relaxé en première instance, a la possibilité de faire appel incident, et a même tout intérêt à le faire, afin de contrecarrer les arguments développés par cette partie civile à l'appui de sa demande.

En effet, suivant l'article 500 du code de procédure pénale, « en cas d'appel d'une des parties pendant les délais ci-dessus – c'est-à-dire pendant le délai de dix jours visé aux articles 498 et 499 – les autres parties ont un délai de cinq jours pour interjeter appel... » et ainsi le prévenu, s'il le désirait, pourrait largement paralyser la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus*⁵⁴.

Mais, pour aller au-delà de cette idée, il semble que la contradiction existant entre la décision pénale et la décision civile au cas de condamnation du prévenu à des réparations civiles, pourrait être atténuée voire supprimée si une plus grande autonomie caractérisait les règles du droit pénal et celle du droit civil (1). Et au reste il faut reconnaître que la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est en parfaite concordance avec la règle *ne peiorare* qui est bien implantée dans la jurisprudence pénale et qui gagne du terrain dans la législation (2).

1. L'exigence d'une autonomie plus marquée entre les règles du droit pénal et celles du droit civil

28. Du fait des règles qui constituent aujourd'hui le droit positif, souvent élaborées par la jurisprudence, le procès pénal et le procès civil sont dans bien des cas liés⁵⁵. Et, concrètement pour notre matière, cela s'est traduit par l'affirmation de l'identité entre faute pénale et faute civile.

En effet, dès 1912⁵⁶, la Cour de cassation par un arrêt du 18 décembre a affirmé que « la faute pénale d'imprudence est identique à la faute civile... ». Il en résulte donc que l'auteur d'une faute pénale d'imprudence peut certes être condamné à une peine, mais qu'il peut être tenu en outre à des réparations civiles envers la victime, notamment la partie civile.

53. W. Jeandier et J. Belot, *op. cit.*, p. 199.

54. Sur la notion d'appel incident et son évolution, V. La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu, art. préc., n° 49 et 50.

55. Ainsi, le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil n'a aucun support textuel. Il a été dégagé par la seule jurisprudence au XIX^e siècle. V. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 14^e éd., 1990, n° 805, p. 1020 ; de même on sait que traditionnellement en droit français « le criminel a primauté sur le civil... », *ibid.*, n° 105, p. 117, n° 239 et s., p. 295 et s., n° 805 et s., p. 1020 et s.

56. Civil 18 déc. 1912, S. 1914.1.249, note R.-L. Morel.

que l'arrêt de 1912 a déclarée "identique" à l'infraction des articles 319 et 320 du code pénal est... celle que désignent les articles 1382 et 1383 du code civil... »⁵⁷. A l'inverse donc, si aucune faute n'est retenue à la charge de « l'auteur de l'infraction », aucune peine ni aucuns dommages-intérêts ne peuvent être prononcés à son encontre par la juridiction de première instance. On voit mieux alors la contradiction que fait naître la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* sur l'appel de la partie civile lorsque le juge du second degré, en raison de l'obligation qui lui est faite d'apprécier à nouveau les faits et de les qualifier pénalement en présence de la relaxe du prévenu, constate l'existence d'une faute à la charge de ce dernier, pourtant à l'abri de toute poursuite du fait de l'absence d'appel du ministère public, et le condamne à verser des dommages-intérêts à la partie civile.

L'application stricte de la règle conduit donc *a priori* à « des violations ouvertes de la loi pénale » et l'on n'a pas manqué d'ailleurs de dénoncer les « inconvénients » qu'elle entraîne⁵⁸.

29. Mais ces inconvénients doivent être tempérés en raison notamment de l'évolution de la matière qui paraît donner une plus grande autonomie au juge pénal. En effet, relevons tout d'abord avec un auteur qu'« il est frappant de constater combien les tribunaux se sont montrés prudents dans la détermination du domaine et des effets du principe d'identité qu'ils ont posé en 1912. A tel point que l'on peut, à bon droit, se demander si cette circonspection ne cache pas, en réalité, un regret inavoué... »⁵⁹. Car la règle de l'identité des fautes pénale et civile est une règle jurisprudentielle élaborée avant tout par les juridictions civiles. Si une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur de « l'unité de la faute pénale d'imprudence et de la faute civile », cette thèse a fait par ailleurs l'objet de vives controverses⁶⁰. Mais sans vouloir séparer complètement le civil du pénal⁶¹, puisque les deux matières sont avant tout complémentaires, on peut dire que la faute civile est plus large que la faute pénale d'imprudence et que l'orientation de la législation dans ce sens, loin d'être une « monstruosité juridique », pourrait au contraire mieux cadrer avec la tendance nouvelle axée sur une plus grande autonomie⁶² et ainsi atténuer certaines contradictions, notamment en permettant au juge d'appel saisi par la partie civile de se prononcer sur la faute civile du prévenu lorsqu'il a été pénalement relaxé en première instance. D'autant qu'un pas a déjà été fait par le législateur de 1983. Il a en effet introduit dans le code de procédure pénale l'article 470-1 qui donne compétence aux juridictions répressives, en matière d'homicide ou de blessures involontaires, pour statuer sur la réparation des dommages de la victime, après relaxe du prévenu et ce en application des règles de droit civil. Par conséquent – comme le souligne un auteur –, « la juridiction pénale peut

57. G. Viney, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, Les obligations. La responsabilité : conditions, n° 156, p. 189.

58. F. Ehrhard, L'interdiction de la *reformatio in pejus*, cette *Revue* 1939.439, V. n° 25.

59. G. Viney, *op. cit.*, n° 154, p. 188.

60. V. J. Deprez, Faute pénale et faute civile, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p. 157, particulièrement V. n° 22, p. 179.

61. Par ex. V. G. Durry, note sur crim., 3 oct. 1967, *JCP* 1968.II.15 554. A. Chavanne, Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, cette *Revue* 1954.239.

62. Les conséquences que la Cour de cassation tiraient de la théorie de « l'unité de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence » se rapportaient notamment à la solidarité des prescriptions ». Or la loi n° 80-1042 du 23 déc. 1980 a porté réforme du délai de prescription pour l'action civile en réduisant le principe de solidarité. V. M. Roger, La réforme du délai de prescription de l'action civile, *D.* 1981.Chron.75.

— certes — après avoir relaxé le prévenu, le déclarer responsable envers la victime sur le fondement des articles 1384 alinéa I, 1385, 1386, 1147 du code civil, 1 à 6 de la loi du 5 juillet 1985... mais si l'on prend à la lettre l'expression "règles de droit civil", elle pourrait — également — fonder la réparation sur les articles 1382 et 1383 du code civil... »⁶³. Mais le principe de l'unité des fautes civile et pénale d'imprudence y fait obstacle et la Chambre criminelle dans un arrêt du 18 novembre 1986 n'a pas franchi le pas supplémentaire en réaffirmant la doctrine de l'unité des fautes. Elle a en effet précisé que « les règles de droit civil » dont fait mention l'article 470-1 sont les règles « autres que celles qui gouvernent la réparation des dommages causés par une infraction pénale... »⁶⁴. Et ceci est réellement regrettable. Car une bonne administration de la justice et les intérêts mêmes de la victime exigent que les litiges soient tranchés le plus rapidement possible. Le juge pénal devrait pouvoir disposer d'une marge de manœuvre plus grande sans pouvoir se heurter au principe de l'unité des fautes civile et pénale d'imprudence.

30. En effet, en raison de ce manque d'autonomie entre les deux matières « fréquemment... les tribunaux correctionnels sont amenés à prononcer, en matière de délits d'imprudence, des condamnations qui ne leurs paraissent pas s'imposer, uniquement pour permettre les réparations qu'ils estiment nécessaire d'accorder... »⁶⁵. Alors que s'ils avaient la possibilité d'apprécier la faute du prévenu au regard de sa responsabilité civile, « les inélégances juridiques » décriées auraient tendance à s'estomper.

D'ailleurs, sans revenir sur le principe même de l'unité, très rapidement la jurisprudence en a limité la portée car toute faute pénale d'imprudence n'est pas assimilée à la faute civile. L'arrêt du 18 décembre 1912 qui a fixé le principe a trait essentiellement « aux infractions d'homicide et de blessures involontaires... ». Ce qui fait que pour les délits d'imprudence relatifs au dommage matériel, la faute doit être appréciée dans son cadre, c'est-à-dire civil, et elle se dissocie de la faute pénale⁶⁶.

En outre, par application de l'article 372 du code de procédure pénale, il est constant maintenant qu'« un verdict négatif ne fait pas obstacle à ce que la cour d'assises examine si le même fait, dépouillé des circonstances qui lui imprimaient le caractère d'un crime, ne constitue pas néanmoins un fait dommageable de nature à engager, en cas de faute constatée à la charge de l'accusé, la responsabilité civile de celui-ci... »⁶⁷.

31. Pourquoi refuser alors au juge d'appel pénal ce que l'on accorde à la cour d'assises ? L'appréciation de la faute pénale, même d'imprudence, et l'appréciation de la faute civile — quoi qu'on en dise — obéissent davantage à des règles

63. V. O. de Bouillane de Lacoste, L'application des règles du droit civil en cas de relaxe du prévenu (jurisprudence de la Chambre criminelle sur l'article 470-1 du code de procédure pénale), *Gaz. Pal.* 1987, 2^o Doctr. 397. V. par ailleurs les autres conditions d'application de l'article 470-1 (introduit par la loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 dans le code de procédure pénale) ; Crim. 3 mars 1993, *Bull. inf. Cass.* 1^{er} juin 1993, n° 368, p. 8, n° 659 « par application de l'article 470-1 du code de procédure pénale, la juridiction répressive peut, après relaxe d'un prévenu du chef de blessures involontaires, retenir à la charge de ce prévenu une faute contractuelle en relation de cause à effet avec le dommage consécutif aux dites blessures ».

64. Crim. 18 nov. 1986, *Bull. crim.* 1986, n° 343, p. 890.

65. V. J. Derupé, La notion particulière de décision définitive en procédure pénale, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p. 253.

66. V. G. Viney, *op. cit.*, n° 155, p. 188, note 187.

67. Crim. 11 janv. 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 17, p. 44.

qui leur sont propres⁶⁸, du fait de la nature respective du droit pénal et du droit civil.

Dès lors, on peut très bien admettre que la juridiction pénale du second degré saisie de l'appel de la partie civile, en raison de la relaxe du prévenu, puisse faire droit à sa demande et lui accorder réparation d'après la faute civile de ce dernier constatée.

L'évolution législative plaide en faveur de cette orientation⁶⁹ et l'octroi de pouvoirs accrus au juge pénal. Par ailleurs, dès l'origine on a fait ressortir que l'avis donné par le Conseil d'Etat le 12 novembre 1806 et repris par l'article 515, alinéa 2, du code de procédure pénale exprimait la règle *ne peiorare*⁷⁰.

2. La règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* et la règle *ne peiorare*

32. Le développement toujours croissant du domaine de la règle *ne peiorare* montre bien que la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est conforme à l'orientation de la jurisprudence et à celle de la législation en matière pénale.

Ainsi, la règle de la non-rétroactivité des lois a été considérée par le Conseil d'Etat comme étant un principe général du droit. Cette règle vaut certes pour le droit civil mais elle régit également le droit pénal, notamment les lois de fond⁷¹. Dès lors, comme le précise l'article 4 du code pénal : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis... »⁷².

33. Néanmoins, une exception est apportée à cette règle lorsque la loi pénale de fond nouvelle est plus douce : c'est ce que l'on appelle le principe de la rétroactivité *in mitius*. L'intérêt de la société, mais avant tout la protection de l'individu, justifient alors la rétroactivité d'une telle loi. Et nombreux sont les arrêts censurés par la Cour suprême pour avoir porté atteinte à ce principe⁷³. D'autant plus que le Conseil constitutionnel conscient de l'importance que revêt une telle règle pour le droit pénal lui avait conféré valeur constitutionnelle⁷⁴. Mais toujours par contre avaient été exclus de son domaine les textes économiques plus doux. Or la Cour de cassation par sa Chambre criminelle

68. A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du code civil et la faute des articles 319-320 du code pénal*, thèse, Nice, LGDJ, 1966. Par ailleurs, V. J.-H. Robert, *L'histoire des éléments de l'infraction*, cette *Revue* 1977.269 et s., qui montre la méticulosité avec laquelle le juge doit examiner la situation que la partie poursuivante prétend infractionnelle... Enfin, l'assimilation des fautes conduit parfois le juge pénal à rejeter l'action civile à l'égard de celui qui s'abstient : « La structure même de l'infraction d'omission exclut l'imputation pénale d'un résultat dommageable quelconque à l'abstentionniste... alors que le droit civil reconnaît depuis longtemps, et de plus en plus largement, la responsabilité de l'abstentionniste à condition que celui-ci ait eu le devoir d'agir... ». R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 457, p. 586.

69. V. M.-C. Roca, obs. sur Crim., 10 mai 1984, arrêt préc. ; v. *infra* note 78.

70. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 713, p. 824.

71. « Les lois pénales de fond sont celles qui affectent ou bien l'incrimination ou bien la répression... », V. J.-Cl. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 9^e éd., 1992, LGDJ n° 97, p. 68. Par contre, les lois pénales de forme sont d'application immédiate. Ainsi, celle concernant l'exécution des peines s'applique immédiatement aux situations en cours lors de son entrée en vigueur. V. Crim. 21 nov. 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 364, p. 963.

72. Pour un exemple, V. Crim. 8 août 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 241, p. 638 (une loi - 23 déc. 1980 - instituant une circonstance aggravante nouvelle, viol sous la menace d'une arme, ne peut s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur).

73. V. Crim. 22 janv. 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 34, p. 101 ; Crim. 4 févr. 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 48, p. 137 ; Crim. 10 mars 1986, *Bull. crim.* 1986, n° 97, p. 245 ; Crim. 4 janv. 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 4, p. 10.

74. Déc. des 19 et 20 janv. 1981, *D.* 1982.441, note A. Dekeuwer ; *JCP* 1981.II.19 701 ; obs. Franck.

est revenue sur cette exclusion par une série d'arrêts rendus à propos de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de son décret d'application du 29 décembre 1986, en précisant que les lois économiques rétroagissent, qu'elles prévoient des peines plus douces ou qu'elle abrogent des incriminations⁷⁵. Autrement dit, la tendance est donc au développement de la règle *ne peiorare*⁷⁶ qui sert de support à la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus*. Et de surcroît on peut ajouter que le législateur de 1985, « par une indulgence supplémentaire », dans le cadre d'un jugement d'itératif défaut permet au tribunal, qui en principe doit restaurer la décision attaquée sans y rien changer, « par décision spécialement motivée, de modifier le jugement frappé d'opposition, sans possibilité – ajoute l'article 494-1 du code de procédure pénale – d'aggravation de la peine... »⁷⁷. La même indulgence d'ailleurs se retrouve dans de nombreuses dispositions du nouveau code pénal promulgué par quatre lois du 22 juillet 1992⁷⁸.

34. Que l'on se place donc dans le cadre de la jurisprudence ou dans le cadre de la législation, on constate que la règle *ne peiorare* est omniprésente au sein du droit positif pénal français. Elle est encore clairement énoncée par l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dès lors, toutes ces raisons nous poussent à croire que la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus*, conforme avant tout à l'intérêt de l'appelant, mérite d'être défendue. Cet appelant, on vient de le voir, pouvait être la partie civile. Mais il peut être également le civilement responsable.

II. – L'INTERDICTION D'AGGRAVER LE SORT DE LA PARTIE CIVILEMENT RESPONSABLE

35. Tout comme la partie civile, la partie civilement responsable ne peut voir sa responsabilité aggravée sur son seul appel. On sait en effet que l'article 497 du code de procédure pénale lui accorde « la faculté d'appeler » et que l'article 515, alinéa 2, du même code la désigne clairement parmi les personnes qui ne peuvent voir leur sort aggravé sur leur seul appel. Alors principalement, pour cette partie, l'application de la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* se traduit par l'impossibilité pour le juge du second degré de mettre des dommages-intérêts supplémentaires à sa charge (A). Mais cette application, là également, ne se fait pas sans soulever parfois une contradiction entre la décision pénale et la décision civile (B), même si la contrariété créée est de loin moins marquée que celle qui se fait jour sur l'appel de la partie civile à l'encontre d'un jugement de relaxe du prévenu.

75. Crim. 16 févr. et 16 mars 1987, *D.* 1988.39, note A. Dekeuwer, mais V. la restriction apportée par l'arrêt du 12 nov. 1986, *D.* 1988.39 (la rétroactivité *in mitius* est admise de façon limitée en matière de règlements. V. A. Dekeuwer, préc.).

76. W. Jeandier et J. Belot, *op. cit.*, p. 199.

77. La loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 est entrée en vigueur le 1^{er} février 1986.

78. *J.O.* du 23 juillet 1992 P. 9864, 9875, 9887, 9893. Il ne s'agit pas ici de détailler les mesures plus douces qui ont été adoptées par le législateur, la doctrine ayant largement commenté les nouvelles dispositions du code pénal. Il convient davantage de relever le rôle essentiel que l'on attribue au juge notamment à travers le principe de la personnalisation des peines qui est affirmé, la suppression de la mention du minimum des peines, la motivation des décisions rendue obligatoire lorsqu'une peine de prison ferme est prononcée... etc. Cette orientation vient donc *a fortiori* conforter la thèse sus-développée en faveur de pouvoirs accrus au juge pénal.

A. – L'interdiction d'augmenter les dommages-intérêts

36. Au préalable, précisons que la limitation de la règle aux seuls intérêts civils est somme toute normale puisque la responsabilité pénale est une responsabilité essentiellement personnelle⁷⁹. Or dans le cas présent celle qui est mise en cause est celle du tiers civilement responsable du fait du prévenu. En matière civile, en effet, la responsabilité peut très bien peser sur une autre personne que celle qui a causé le dommage⁸⁰. Et l'on comprend dès lors que le législateur dans l'article 497 du code de procédure pénale ait précisé que la faculté d'appeler appartient à la personne civilement responsable « quant aux intérêts civils seulement ». Mais cette faculté lui est accordée d'une manière large. En effet, « le droit qui appartient au civilement responsable d'appeler de la décision du tribunal correctionnel qui l'a condamné est absolu et s'exerce indépendamment de tout autre appel, sous la seule restriction – cependant – qu'il ne peut produire effet que relativement à la responsabilité civile de l'appelant... »⁸¹.

37. Autrement dit, la personne civilement responsable peut user de son droit d'appel sans avoir égard au parti que prend le prévenu, notamment de son acquiescement. Et non seulement elle pourra contester le quantum des dommages-intérêts mis à sa charge par le jugement, mais aussi le principe même de la condamnation qui a été prononcée à l'encontre du prévenu. Car « à son égard, même dans ses dispositions définitives, la décision de première instance n'emporte pas l'autorité de la chose jugée »⁸². Le civilement responsable pourra, par exemple, essayer de démontrer que la victime a commis une faute afin d'obtenir un partage de responsabilité et par voie de conséquence un allègement de sa condamnation⁸³. Mais bien mieux, les juges du second degré, saisis de son appel, ont également le devoir d'apprécier et de caractériser les faits qui sont à la base du dommage allégué par la partie civile⁸⁴. Dès lors, en l'absence d'appel de la partie civile, le juge d'appel pourra certes supprimer, diminuer ou maintenir la condamnation prononcée à l'encontre de la personne civilement responsable, mais il ne pourra par contre en vertu de la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* augmenter cette condamnation⁸⁵.

79. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 14^e éd. 1992, n° 281, p. 244. V. art. 132-24 et 1-1 du nouveau code pénal.

80. V. art. 1384 du code civil qui détermine des personnes civilement responsables. Suivant son alinéa 1^{er}, « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre... ». Les alinéas 4 et suivants indiquent ensuite dans quels cas il en est ainsi ; V. également Ass. plén., 29 mars 1991, *JCP* II.21 673, conclusions de M. D.-H. Dontenwille, obs. J. Ghestin, qui élargit la portée du principe prévu par l'al. 1 de l'art. 1384 du code civil.

81. Crim. 14 juin 1928, S. 1929.1.280 ; Lyon, 6 fév. 1936, S. 1936.2.215 ; *DH* 1936.228, cette *Revue* 1936.510, obs. E.-F. Carrive ; Crim. 31 oct. 1956, *D.* 1957.Somm.39 ; Bordeaux, 30 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1980.2.Somm.595.

82. Crim. 18 juill. 1930, *Bull. crim.* 1930, n° 206, p. 413 ; Crim. 13 janv. 1938, *Gaz. Pal.* 1938.1.928 ; Crim. 6 nov. 1956, *D.* 1957.Somm.55 ; *Bull. crim.* 1956, n° 706, p. 1246 ; Crim. 15 mai 1968, *JCP* 1968.II.15 671, obs. R. Meurisse ; Crim. 28 oct. 1969, n° 268, p. 640.

83. Crim. 6 nov. 1956, *Bull. crim.* 1956, n° 706, p. 1246 ; Crim. 15 mai 1968, préc.

84. Crim. 13 janv. 1938, *Gaz. Pal.* 1938.1.927 (2^e esp.) ; Crim. 30 oct. 1963, *D.* 1964.678, note A. Françon (vérification de la qualification donnée aux faits...). Cependant V. Paris, 13 mars 1928, S. 1929.2.174 qui précise que « l'appel du civilement responsable ne peut avoir d'effet que relativement aux intérêts privés de l'employeur, et se trouve strictement limité dans son objet à ce qui peut être également débattu devant la cour au sujet de la responsabilité civile de l'employeur, c'est-à-dire les rapports d'employé à employeur, l'exercice ou l'abus de fonctions et le chiffre des dommages-intérêts... ». V. le commentaire critique sous l'arrêt.

85. Crim. 14 juin 1928, préc.

La notion « de condamnation civile » doit d'ailleurs recevoir une acception large puisqu'il a été notamment jugé que le juge d'appel peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, modérer l'amende prononcée par le premier juge lorsque la loi étend la responsabilité civile au paiement de l'amende⁸⁶.

Mais encore faut-il alors pour que la personne civilement responsable bénéficie d'un adoucissement de sa condamnation que son appel soit recevable. En effet, « à défaut d'appel régulier de cette partie dans le délai légal, le jugement qui la déclare responsable en ce qui concerne les dépens et dommages-intérêts acquiert autorité de la chose jugée... »⁸⁷. De plus, la personne civilement responsable ne saurait profiter de l'appel du prévenu ou, on le sait, du fonds de garantie, pour se relever de la tardivité de son appel. Car « toutes les personnes tenues avec d'autres ou pour d'autres usent séparément des voies de recours et par conséquent doivent accomplir, chacune pour son compte, les actes de procédure que ces recours nécessitent... »⁸⁸.

38. Par ailleurs, on comprend également que le civilement responsable qui n'a aucunement fait appel du jugement reconnaissant l'entière responsabilité du prévenu, son préposé, avec lequel il a été condamné *in solidum*, « ne puisse invoquer le bénéfice du partage de responsabilité décidé par la cour saisie... des seuls appels du prévenu et du ministère public... »⁸⁹. Mais à l'inverse, cette fois, c'est en raison même du principe de solidarité des condamnations existant en matière pénale qu'il ne pourra soutenir que l'acquiescement d'un coprévenu, qui laisse à la charge du prévenu dont il est civilement responsable la totalité des dommages-intérêts, aggrave sa situation⁹⁰. Et cette situation ne sera pas non plus considérée comme aggravée lorsque l'augmentation de la condamnation par le juge du second degré trouve sa source dans « un préjudice nouveau qui se rattache directement aux faits mêmes dont ils ont été la conséquence et le développement... »⁹¹ ou encore « dans les nouveaux débours occasionnés à la partie civile depuis le jugement... »⁹².

Mais si l'on excepte ces situations, il faut reconnaître que dans bien des cas la règle de l'interdiction de la *reformatio in pejus* trouvera application. Et elle entraîne parfois, dans ce cadre également, des solutions contradictoires.

B. – La contrariété possible des décisions pénale et civile

39. Cette contrariété en réalité est directement liée à l'indépendance réciproque des appels du prévenu et du civilement responsable. Et en cela elle ne peut être comparée à celle qui se manifeste lors de l'appel de la partie civile à

86. Crim. 1^{er} août 1931, *S.* 1933.1.77 ; V. art. L.21 C. code de la route. Par ailleurs, V. Crim. 8 déc. 1965, n° 266, p. 602 ; Crim. 31 oct. 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 426, p. 819, qui portent que l'article 546 du code de procédure pénale vise toutes les réparations civiles, quelle qu'en soit la nature...

87. Limoges, 26 oct. 1989, *D.* 1902.2.217, obs. G. Le Poittevin.

88. A. Laborde, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., 1898, Paris, n° 1139, p. 130 ; L'appel de l'assureur par contre, comme on l'a vu, profitera à la personne civilement responsable, V. *supra* n° 19.

89. Crim. 28 juin 1939, *Bull. crim.* 1939, n° 144, p. 261 ; Crim. 9 juin 1966, *JCP* 1967.II.14 955, rapport de M. le conseiller Rolland ; Crim. 26 oct. 1971, *Bull. crim.* 1971, n° 283, p. 697. V. en outre Crim. 26 avr. 1978, *Gaz. Pal.* 1972.2.510, note qui précise que c'est à bon droit qu'une cour d'appel a écarté la prétention de la personne civilement responsable qui se borne devant les juges du second degré à solliciter la suppression d'une mesure d'affichage susceptible de porter atteinte à sa réputation commerciale, sans contester la réalité des infractions retenues à la charge des prévenus, ni le principe de sa responsabilité civile.

90. Lyon, 16 déc. 1931, *DH* 1932.93.

91. Crim. 30 nov. 1934, *DH* 1935.39.

92. Crim. 14 nov. 1930, *DH* 1930.590.

l'encontre d'un jugement de relaxe du prévenu⁹³. En effet, le civilement responsable jouit d'un droit d'appel autonome, indépendant notamment de celui du prévenu⁹⁴. Dès lors, face à un prévenu qui acquiesce au jugement, aucun obstacle ne pourrait empêcher la personne civilement responsable d'interjeter appel.

40. La cour doit par conséquent de nouveau apprécier les faits⁹⁵ et dans le cas présent examiner si « le préposé-prévenu » a bien commis le délit qui lui est reproché. Par suite, si la cour constate qu'aucun délit ne peut lui être reproché, elle va supprimer les condamnations civiles dont la responsabilité a été mise à la charge de la personne civilement responsable, mais faute d'appel de ce « prévenu-préposé » elle maintiendra à son égard les dispositions du jugement tant sur l'application de la peine que sur les conclusions de la partie civile⁹⁶. D'ailleurs, plus marquée encore sera la contradiction lorsque le ministère public parallèlement à l'appel interjeté par le civilement responsable utilise également cette voie de recours. Car, dans ce cas, la cour peut être amenée non seulement à relaxer le prévenu des fins de la poursuite, mais assez paradoxalement à maintenir sa condamnation à des dommages-intérêts du fait du caractère définitif du jugement de ce chef à son égard⁹⁷. Quoi qu'il en soit, le fondement de la règle étudiée est à rechercher ici dans l'acquiescement même du prévenu qui en ne relevant pas appel semble approuver la décision rendue⁹⁸. Par là même les contradictions suscitées se trouvent atténuées et l'interdiction de la *reformatio in pejus* justifiée.

*

**

41. Au total donc, à l'issue de cette étude, deux séries d'observations sont à faire. D'abord la règle de l'interdiction d'aggraver le sort de la partie civile et celui de la partie civilement responsable « doit être analysée comme librement consentie par l'adversaire... »⁹⁹. Et c'est à juste titre qu'elle n'a pas été remise en cause par le législateur lors de la réforme du code de procédure pénale. Ensuite les inélégances juridiques dénoncées consécutives à la contrariété des décisions pénale et civile vont en s'estompant avec l'évolution du droit pénal. Les prémices de cette évolution peuvent être perçues à travers les pouvoirs accrus accordés au juge pénal en matière d'homicide et de blessures involontaires. Mais un pas supplémentaire pourrait être fait si ce même juge pouvait se démarquer de manière plus nette du principe de l'unité de la faute pénale et civile inscrit dans notre droit positif et juger les intérêts civils d'après la faute commise dans le cadre de la responsabilité civile.

93. V. *supra*, n° 25.

94. Crim. 14 juin 1928, préc. ; Crim. 19 juill. 1930, *DH* 1930.525 ; Lyon, 6 févr. 1936, préc. ; Crim. 31 oct. 1956, préc. ; Bordeaux, 30 juin 1980, préc.

95. Crim. 13 janv. 1938 (décès du prévenu pendant la procédure d'appel), préc.

96. Lyon, 6 févr. 1936, préc. ; Crim. 31 oct. 1956, préc.

97. Crim. 26 avr. 1972, *Gaz. Pal.* 1972.2.Somm.78.

98. Comme la partie civile, la partie civilement responsable bénéficie du droit de faire appel incident. V. *supra* n° 27.

99. W. Jeandidier et J. Belot, *op. cit.*, p. 199.

Les principes de droit international et leur contribution à l'harmonisation des systèmes punitifs nationaux *

Alessandro BERNARDI

Chercheur à l'Université de Ferrare

Titulaire de bourse post-doctorale à l'Institut de droit comparé de Paris

I. - LES PRINCIPES PRÉVUS PAR LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LEUR CAPACITÉ THÉORIQUE À L'HARMONISATION DES SYSTÈMES PUNITIFS NATIONAUX

La première partie de cette étude portait sur les principes de droit national, sur leur développement dans les systèmes pénaux français et italien ainsi que sur leur contribution à une harmonisation infra-étatique et, dans une mesure plus restreinte, également interétatique.

Cette deuxième partie traite quant à elle des principes de droit international (c'est-à-dire des principes qui trouvent leur source dans des textes de droit international et qui sont interprétés et développés par des organismes internationaux) ainsi que de leur contribution à l'harmonisation des systèmes pénaux nationaux. Dans le cadre de ce travail, étant donné le grand nombre de principes (et de leurs sources) de droit international, je serai évidemment obligé de passer une grande partie d'entre eux sous silence. Ainsi, par exemple, je ne parlerai pas des « principes généraux reconnus par les nations civiles » prévus par l'article 38 paragraphe 3 du statut de la Cour permanente de justice internationale et par l'article 38 paragraphe IC du statut de la Cour permanente de justice. Je ne traiterai pas non plus des nombreux principes de droit issus du Conseil de l'Europe en matière pénale, à l'exception des principes prévus par la Convention la plus importante que celui-ci ait créée jusqu'à présent (CESDH). En définitive, je ne considérerai que celles qui, à l'heure actuelle, peuvent se définir comme les deux catégories fondamentales des « principes de droit international », à savoir celle qui traite des principes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme (principes CESDH) et celle qui traite des principes prévus par les Traités communautaires, ou élaborés par la jurisprudence de la Cour de justice européenne dans le cadre du processus de construction d'un système efficace de protection des « droits fondamentaux » (principes communautaires).

En ce qui concerne la première de ces deux catégories, il faut tout d'abord souligner que la Convention européenne des droits de l'homme prévoit un

* Ce texte est la deuxième partie d'une conférence faite à l'Université de Poitiers le 7 avril 1992. La première partie a été publiée dans le numéro 1.1994 de cette *Revue*, p. 11 et s.

grand nombre de principes qui concernent, directement ou indirectement, le droit pénal et la procédure pénale¹. Il s'agit de principes explicites, qui ont un caractère essentiellement directif² et dont le contenu, à l'évidence, n'est pas seulement « technique »³ mais renvoie également à des « valeurs ». Ceci ressort de la lecture du préambule de la Convention qui affirme que les principes en question trouvent leur origine dans « le patrimoine commun d'idéaux et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » propres aux Etats européens. Il est donc clair que, en ce qui concerne les fonctions de ces principes, la fonction « positiviste » de rationalisation du système juridique⁴ tend inévitablement à se développer dans une perspective qui est bien plus qu'une perspective « technique ». En d'autres termes, le but visé par la Convention est la sauvegarde et le développement des systèmes juridiques nationaux non seulement du point de vue de leur cohérence interne, mais aussi et surtout du point de vue axiologique, c'est-à-dire d'un point de vue *lato sensu* « éthique ».

Cette sauvegarde et ce développement des valeurs, réalisés par la Convention européenne, s'avèrent d'autant plus efficaces du fait que :

a) Bien qu'ils reflètent souvent des principes déjà reconnus au niveau constitutionnel ou législatif, les principes CESDH offrent parfois un niveau de protection en matière des droits de l'homme plus élevé que celui prévu dans certaines Constitutions. En effet, les principes CESDH sont souvent – par rapport aux principes constitutionnels – plus détaillés et donc (tout au moins sur le plan théorique) plus contraignants pour le législateur et l'interprète (juge et doctrine).

b) Le système de contrôle prévu par la Convention, pour le respect des principes qu'elle établit, concerne non seulement la législation des pays membres du Conseil de l'Europe, mais aussi, et avant tout, les comportements effectifs des pouvoirs publics dans ces Etats, indépendamment du fait que ces comportements soient ou non conformes au droit national.

c) Des organes supranationaux spéciaux (Commission et Cour européennes) assurent le développement des principes CESDH : et si d'un côté ces organes sont capables de s'adapter aux exigences propres à chaque pays grâce à la « marge d'appréciation » laissée à l'Etat en ce qui concerne l'adéquation de la législation nationale à certains des principes CESDH (art. 8 à 11, art. 1 prot. n° 1 et art. 1 prot. n° 4)⁵, d'un autre côté ils tendent de toute façon à interpréter les principes CESDH d'une façon évolutive et cohérente⁶, grâce à un critère de jugement « européen » suffisamment homogène quoique flexible⁷. On évite ainsi les phénomènes de développements discordants, voire

1. Cf. les articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18 CESDH.

2. Cf. toutefois, sur les limites du caractère directif des principes prévus par la CESDH, Palazzo et Bernardi, « Italie », in *Raisonnement la raison d'Etat*, sous la direction de M. Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 233 et s.

3. Cf. l'introduction de la première partie de ce travail, lettre B, in cette *Revue*, 1994, p. 13.

4. Cf. l'introduction de la première partie de ce travail, lettre C, *al*, in cette *Revue*, 1994, p. 13 et s.

5. Cf. M. Delmas-Marty, Fécondité des logiques sous-jacentes, in *Raisonnement la raison d'Etat*, précité, p. 465 et s. ; Id., *Légalité pénale et prééminence du droit*, in *Mélanges en l'honneur d'André Vieu*, Paris, 1989, p. 165 et s. ; Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 187 et s.

6. Cf. Sorensen, I diritti iscritti nella Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950 hanno lo stesso significato nel 1975 ?, in *Riv. dir. europeo*, 1975, p. 267 et s. ; Pasini, *I diritti dell'uomo*, Naples, 1979, p. 198 ; Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p. 194 et s. A propos des limites de l'interprétation évolutive, cf. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Raisonnement la raison d'Etat*, précité, p. 443.

7. Cf. M. Delmas-Marty, Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, précité, p. 487 et s.

antithétiques, à partir de ces principes, phénomènes qui sont toujours possibles lorsqu'un tel développement est confié à plusieurs organes, qui sont souvent hétérogènes par nature et/ou par culture. De fait, l'interprétation qui est donnée par la Cour européenne aux principes en matière de droits de l'homme présente des discordances très inférieures à celles que l'on rencontre, par exemple, lors d'un examen comparé de l'interprétation donnée à ces principes mêmes par les différentes cours constitutionnelles européennes et plus généralement par les différents organes législatifs et judiciaires des Etats.

Comme on peut le voir, plusieurs éléments font penser que les principes CESDH peuvent remplir non seulement une fonction d'harmonisation des différents secteurs propres à chaque système pénal national et des pratiques juridiques relatives à ces secteurs ; mais aussi, par contrecoup, une fonction d'harmonisation-rapprochement des différents systèmes punitifs propres aux Etats membres de la Convention européenne. Dans l'interprétation évolutive qui est donnée par les organes de Strasbourg, les principes CESDH représentent donc le plus petit dénominateur commun des traditions juridiques auxquelles tous les systèmes pénaux nationaux doivent se conformer.

Il est vrai qu'un tel processus d'harmonisation intrasystématique et intersystématique a été freiné dans de nombreux pays (dont l'Italie et la France) par la conception autarcique des pouvoirs législatif et exécutif, ainsi que par la tradition conservatrice du pouvoir judiciaire⁸. En particulier, on a cherché dans certains pays à atténuer l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme sur les systèmes juridiques nationaux de diverses manières : soit en reconnaissant à la Convention le rang de loi ordinaire ; soit en considérant certains de ses principes comme *not self-executing* ; soit encore en donnant aux principes en question une interprétation restrictive ; et soit enfin en ne les incorporant pas dans le droit national, comme c'est le cas par exemple du Royaume-Uni et de la Suède⁹. Toutefois, au cours de ces dernières années, la situation semble s'être améliorée¹⁰ à la suite notamment de l'action continue de sensibilisation développée par la doctrine et, surtout, à cause du très remarquable accroissement quantitatif¹¹ ainsi que de l'amélioration qualitative¹² des arrêts de la Cour européenne. Il en résulte une compréhension de plus en plus claire de la « dimension concrète » des principes en matière pénale prévus par la Convention et une conscience de plus en plus aiguë de la nécessité de s'y conformer¹³.

8. Cf., dans une perspective de droit comparé, Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*, Oxford, 1983, p. 62. A propos de l'Italie, cf. Palazzo et Bernardi, « Italie », cit. p. 235 ; Pittaro, Un passo indietro (ed anche due...) in tema di diritti dell'uomo, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2057. A propos de la France, cf. Chambron, Observations sous cour d'appel de Toulouse, 5 janvier 1982, in *JCP* 1982.II.1989 ; *amplius* Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p. 258 et s.

9. Cf. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, précité, p. 243 et s.

10. Cf. Cohen-Jonathan, préc., p. 253 et s.

11. Cf. Enrich Mas et Sansotta, Aperçu statistique de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, 1988, p. 689 et s. ; Madiot, *Droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 201 ; Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 3 et Annexes D, E, F, p. 382. Pourtant, l'accroissement quantitatif des arrêts de la Cour européenne entraîne aussi des risques, qui sont soulignés par la doctrine. Cf. Vier, Les risques de « dévalorisation » de la Convention des droits de l'homme, in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Paris, 1988, p. 59 et s. ; R. De Gouttes, La Convention européenne des droits de l'homme et la justice française en 1992, in *Droit et Société*, 1992, n° 20/21, p. 160.

12. L.E. Pettiti, Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, in cette *Revue* 1987, p. 169.

13. Cf. *amplius*, Ress, Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux, in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1982, p. 340 et s.

En définitive, on peut donc affirmer que la capacité de la Convention européenne des droits de l'homme à harmoniser les systèmes pénaux (et plus généralement les systèmes de sanctions) nationaux n'est plus seulement une donnée théorique. En effet, la Convention acquiert désormais une importance de plus en plus accentuée d'un point de vue pratique. Ceci nous est confirmé par une analyse des décisions des organes de Strasbourg et de leur influence sur les systèmes des pays membres de la Convention.

II. – LE RÔLE EFFECTIF DES PRINCIPES DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE RAPPROCHEMENT DES SYSTÈMES PUNITIFS NATIONAUX

A la lumière de la jurisprudence des organes de Strasbourg, on peut affirmer que les principes CESDH accomplissent leur fonction d'harmonisation – rapprochement pénal *lato sensu* sur trois niveaux différents : celui relatif aux systèmes nationaux de prévention et de contrôle social ; celui relatif aux systèmes punitifs au sens large ; et celui enfin relatif aux systèmes pénaux au sens strict.

a) En ce qui concerne les systèmes nationaux de prévention et de contrôle social, la Commission et la Cour européennes veillent à ce que les pays membres du Conseil de l'Europe n'emploient que des techniques de contrôle social conformes aux principes CESDH, rejetant évidemment les moyens de prévention utilisés par les pays autoritaires ou totalitaires. De ce point de vue, les arrêts concernant les malades mentaux, les étrangers et les individus suspectés d'appartenance à des groupes terroristes ou mafieux, mettent en évidence le fait que l'activité des juridictions de la Convention a pour objectif d'empêcher que les Etats n'utilisent leur propre appareil punitif pour de simples déviances, voire même pour les marginaux¹⁴. Ainsi – malgré l'attention portée aux situations particulières à chaque pays et aux mesures considérées comme nécessaires pour le maintien du système démocratique¹⁵ – la jurisprudence de la Convention européenne vise à freiner les tendances « autoritaires » des États.

b) En ce qui concerne les systèmes punitifs au sens large, le contrôle exercé par les organes de Strasbourg s'adresse aux différents systèmes nationaux de sanctions, qu'ils soient ou non pénaux (systèmes disciplinaires, systèmes administratifs, systèmes de transaction), afin de vérifier leur conformité aux principes CESDH. En prenant comme point de départ l'autonomie du concept de « matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention¹⁶, la Commission et la Cour ramènent aux principes prévus par cet article tous types de sanctions qui – compte tenu de leur régime, de leur niveau de sévérité et du caractère de l'infraction – méritent les garanties imposées par la Convention.

14. Cf. F. Massias, *L'influence des droits de l'homme sur la politique criminelle en Europe*, in *Arch. pol. crim.*, n° 9, 1987, p. 39 ; Douraki, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, Paris, 1986.

15. Cf. Warbrick, *The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism*, in *The International Comparative Law Quarterly*, 1983, p. 82 et en particulier p. 118-119.

16. Cf., La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, *Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques*, sous la direction de M. Delmas-Marty, in cette *Revue*, 1987, p. 519 et s. ; M. Delmas-Marty, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, in *Recueil Dalloz*, 1986, Chronique, p. 27 et s.

A travers cette jurisprudence, les systèmes punitifs nationaux s'harmonisent sur la base d'un paramètre européen commun qui est insensible aux choix contingents et hétérogènes d'« étiquetage » qui caractérisent la politique criminelle de chaque pays¹⁷. Pour ce qui est, en particulier de la tendance actuelle à la dépénalisation, il est désormais évident que les garanties prévues par la Convention peuvent être écartées uniquement lorsque la dépénalisation « formelle » se traduit par une atténuation effective des sanctions et de leur effets.

c) Enfin, en ce qui concerne les systèmes pénaux *stricto sensu*, les principes CESDH – à travers l'interprétation donnée à Strasbourg – ont réalisé une importante fonction d'harmonisation des différents secteurs du système pénal interne ainsi que des différents systèmes pénaux nationaux, en rapprochant les législations et les pratiques nationales dans une perspective de valorisation des droits de l'homme.

Il est naturellement impossible de décrire ici l'impact de la Convention sur les différents systèmes pénaux européens¹⁸. Je me limiterai donc à rappeler que – même si les pouvoirs publics ont tendance à nier ou éventuellement à minimiser les carences de la législation interne par rapport aux principes CESDH – un certain écart entre le système pénal et la Convention européenne existe dans la plupart des Etats membres¹⁹. Je rappellerai également que de nombreux arrêts de la Cour ont stigmatisé cet écart et que ces arrêts ont parfois été déterminants dans le processus de réforme des législations pénales. Par exemple, le principe « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » (art. 3 CESDH) a joué un rôle décisif quant aux réformes de la législation pénale du Royaume-Uni et de l'Île de Man suite à l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*²⁰ et à l'affaire *Tyrer*²¹. Les principes du droit au respect à la vie privée (art. 8 CESDH) et du droit à la liberté d'expression (art. 10 CESDH) ont également déterminé de façon directe d'importantes réformes pénales, comme celle qui, en Irlande, a décriminalisé les actes homosexuels entre citoyens majeurs consentants²² ou comme celle qui en Belgique a conduit à l'abrogation de certaines interdictions professionnelles particulièrement étendues²³.

Bien plus souvent, les principes CESDH et les arrêts de la Cour de Strasbourg – tout en ne constituant pas la raison principale des réformes – ont réellement influencé l'évolution des législations pénales et l'harmonisation des systèmes nationaux. Le nouveau code italien de procédure pénale en est un exemple évident²⁴.

17. Cf. L.E. Pettiti, Les sanctions au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, in *Arch. pol. crim.*, n° 7, 1984, p. 145 et s. ; F. Massias, L'influence, précité, p. 22 et s.

18. Cf. Drzeczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, cit. ; *Raisonner la raison d'Etat*, cit. Cf. aussi, à propos de l'Allemagne, de l'Italie et de la Suisse, les rapports de Kuhl, Riz et Trechsel, Tagung für Rechtsvergleichung in Innsbruck vom 16 bis 19 September 1987, Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung, in *ZStW*, 1988, p. 597 et s.

19. Cf., à propos de l'Italie, Palazzo et Bernardi, Italie, précité, p. 239 et s. ; Pittaro, L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Giur. it.*, 1987, IV, c. 392 et s. A propos de la France, cf. *Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions juridiques françaises*, Strasbourg, 1985 ; R. Koering-Joulin et Wachsmann, « France », in *Raisonner la raison d'Etat*, précité, p. 173 et s. ; R. De Gouttes, La Convention européenne des droits de l'homme et la justice française en 1992, précité, p. 149 et s.

20. Aff. *Irlande c/ Royaume-Uni*, 18 févr. 1978, in *Publication de la Cour européenne des droits de l'homme (Publ. CEDH)*, Série A, n° 25.

21. Aff. *Tyrer c/ Royaume-Uni (Île de Man)*, 25 avr. 1978, in *Publ. CEDH, Série A*, n° 26.

22. Aff. *Dudgeon c/ Irlande du Nord*, 22 oct. 1981, in *Publ. CEDH, Série A*, n° 45.

23. Aff. *De Becker c/ Belgique*, 27 mars 1962, in *Publ. CEDH, Série A*, n° 3.

24. M. Chiavario, Le procès pénal en Italie, in *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, 1992, p. 75 et s. ; Palazzo et Bernardi, Italie, préc., p. 243.

Enfin, nous nous devons de souligner que la Convention comme les organes de Strasbourg exercent également une fonction d'harmonisation des systèmes pénaux, en favorisant dans chaque pays une interprétation des textes de loi dans une perspective de valorisation des droits de l'homme.

Dans certains pays, comme par exemple la Belgique, la tendance à interpréter la loi dans le sens de la Convention a été particulièrement marquée. On a de cette façon suppléé, tout au moins en partie, au manque de réformes de la part du législateur²⁵.

Nous nous devons aussi de souligner que des perspectives ultérieures d'harmonisation et de rapprochement des systèmes pénaux nationaux proviennent de cette tendance nouvelle qui considère la Convention européenne et ses principes comme une source potentielle « d'obligation pour l'Etat à créer des normes d'incrimination ». Selon l'argumentation développée par la Cour dans l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*²⁶, cette obligation existerait dans les cas où seule la législation pénale peut assurer une protection efficace de certains droits fondamentaux prévus par la Convention.

En définitive, compte tenu des caractéristiques propres aux principes CESDH et de l'expérience relative à leur impact toujours grandissant sur les systèmes juridiques des pays européens, on peut raisonnablement prévoir une influence de plus en plus forte de ces principes sur le processus historique d'harmonisation au sein de chaque système pénal ainsi qu'entre les différents systèmes pénaux nationaux.

III. - LES PRINCIPES EXPLICITES ET IMPLICITES DU DROIT COMMUNAUTAIRE. LE CRITÈRE DU « MAXIMUM STANDARD » ET SES CONSÉQUENCES THÉORIQUES SUR L'HARMONISATION DES SYSTÈMES PUNITIFS NATIONAUX

Le thème des principes de droit communautaire et le problème de leur fonction de rationalisation-harmonisation des systèmes pénaux *lato sensu* constituent un chapitre à l'intérieur du thème plus général des rapports entre le droit communautaire et le droit pénal.

Il s'agit de thèmes et de problèmes qui ont été pendant longtemps négligés, bien que de nombreux documents internationaux aient indiqué dans le rapprochement des systèmes pénaux une des conditions indispensables à la poursuite des finalités propres aux traités.

Toutefois, suite à la jurisprudence de la Cour de justice et des incitations de la doctrine²⁷, l'influence polymorphe du droit communautaire sur les systèmes de sanctions nationaux s'est progressivement manifestée.

Durant les dernières années, cette matière a fait l'objet d'études de plus en plus vastes et approfondies²⁸, et nous-même nous sommes intéressé au rôle du

25. Cf. Lambert, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruxelles, 1987.

26. Affaire *X et Y c/ Hollande*, 26 mars 1985, in *Publ. CEDH, Série A*, n° 91.

27. Cf. Biancarelli-Maidani, L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres, in cette *Revue*, 1984, p. 225 et s.; Bianconi, *Legislazione penale e diritto comunitario*, in *Giust. pen.*, 1975, I, c. 1239 et s.; Pedrazzi, Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea, in *Indice pen.*, 1987, p. 325 et s.; Sgubbi, v. *Diritto penale comunitario*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, vol. IV, Turin, 1990, p. 89 et s.

28. Cf. Grasso, *Comunità europee e diritto penale*, Milan, 1989. Cf. aussi, les travaux de Bouloc, Chavanne, Costa-Lascoux, Kessedjian, Lafarge et Gendrel, Oehler, Robert, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, 1992, p. 103 et s.

droit communautaire dans le processus de rapprochement des systèmes pénaux nationaux²⁹.

Etant dans l'impossibilité, dans le cadre de cette étude, de nous étendre sur cette question fascinante et très actuelle, nous nous limiterons ici à un exposé succinct de la problématique relative aux fonctions d'harmonisation pénale développées par les principes du droit communautaire, en distinguant, une fois de plus, entre leur aptitude théorique à l'harmonisation pénale et leur rôle effectif sous cette perspective.

A ce propos, il faut avant tout souligner que le droit communautaire présente essentiellement deux catégories distinctes de principes.

Font partie de la première catégorie les principes prévus explicitement par les traités et plus généralement par la législation communautaire. Il s'agit d'un nombre limité de principes qui concernent en particulier : l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité (art. 7 CEE) ; l'interdiction de restrictions quantitatives à l'importation ainsi que de toute mesure d'effet équivalent (art. 30 CEE) ; la libre circulation des travailleurs et des agents économiques en général (art. 48, 52, 59 CEE) ; la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux (art. 67 CEE) ; l'égalité de rétribution entre hommes et femmes (art. 119 CEE).

Font partie de la seconde catégorie – beaucoup plus dynamique, complexe et problématique – les principes de droit non écrit (principes implicites) créés par la jurisprudence de la Cour de justice et en particulier ceux en matière de droits de l'homme fondamentaux.

Reconnus à présent par tous comme partie intégrante du droit communautaire, les principes en matière de droits fondamentaux – comme l'on sait – ont été introduits par la Cour de justice pour combler une lacune du droit communautaire écrit. L'absence d'une liste de droits fondamentaux à l'intérieur des traités comportait en effet le risque que les organes de la Communauté promulgasent des textes qui étaient en désaccord avec certains droits. Ceci, naturellement, compromettrait la primauté du droit communautaire sur le droit interne ; en effet, aussi longtemps qu'aurait duré une telle situation, les juridictions nationales auraient difficilement renoncé au pouvoir de contrôle sur les normes communautaires, du moins pour ce qui est des droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Grâce aux articles 164, 173 et 215 du Traité CEE qui semblent autoriser le recours aux principes généraux du droit non écrit, la Cour de justice a donc pu suppléer à cette lacune. Et elle l'a fait de belle manière en introduisant dans la liste des principes, en matière de droits fondamentaux implicites garantis par le droit communautaire, tous les droits fondamentaux prévus dans les chartes internationales et/ ou dans les Constitutions des pays de la Communauté européenne. En outre, la Cour européenne a en principe retenu le critère dit du *maximum standard*³⁰ selon lequel en droit communautaire on attribuerait à ces principes (dont il est inutile de souligner le contenu axiologique) le niveau

29. Cf. Bernardi, « Principi di diritto » e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 156-213.

30. Sur le critère du *maximum standard*, cf. Tosato, La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milan, 1984, p. 734 ; Grementieri, Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1979, p. 5 ; Marcoux, Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne, in *RIDC*, 1983, p. 726 et s. ; Dausès, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, in *RTD eur.*, 1984, p. 411 et s.

le plus élevé de développement et de protection qui leur est attribué par les différentes Constitutions, tout au moins dans les cas où cela est permis par la structure et par les objectifs de la Communauté³¹.

Une fois établie l'existence dans le droit communautaire de ces deux catégories de principes de droit, il reste à éclaircir si celles-ci se prêtent à l'harmonisation des systèmes pénaux nationaux. A ce propos, on peut dire que, en vertu de la primauté et de l'effet direct³² du droit communautaire sur le droit interne, il est évident et indiscutable que les principes prévus de façon explicite dans les traités ont l'aptitude abstraite à influencer le droit pénal national, en paralysant l'application des normes d'incrimination qui sont en désaccord avec les principes en question. Quant aux principes implicites en matière de droits fondamentaux, il faut souligner qu'eux aussi apparaissent aptes à influencer, de manière abstraite, les systèmes pénaux nationaux. En effet, il est vrai que cette deuxième catégorie de principes a été introduite essentiellement dans le but de permettre un contrôle juridictionnel sur la législation communautaire et non pas sur la législation nationale. Il est clair, toutefois, que ces principes, une fois qu'ils sont introduits dans le système communautaire, peuvent conditionner le droit pénal interne³³ comme n'importe quelle autre norme communautaire, écrite ou non. Ceci est d'autant plus évident qu'il devient souvent difficile de séparer la fonction de contrôle sur la législation communautaire de celle portant sur la législation interne. Par exemple, dans les cas où les organes de l'Etat reçoivent dans leur ordre interne les textes communautaires, alors ces droits fondamentaux, dont le respect s'impose au niveau communautaire, devront être soigneusement observés par le droit interne lui-même, sous peine de désaccord entre les textes communautaires à exécuter et les textes internes qui les reçoivent³⁴.

Mais alors, si les principes communautaires concernant les droits fondamentaux ont une influence sur le droit pénal interne – même si ce n'est que d'une manière limitée à la matière des traités – leur effet d'harmonisation sur les systèmes pénaux nationaux pourrait être en théorie très remarquable et, de toute façon, beaucoup plus fort que celui que n'autorisent les principes CESDH. En fait, comme nous l'avons déjà vu, la Convention européenne des droits de l'homme ne vise, quant à elle, qu'une harmonisation des systèmes pénaux nationaux limitée au plus petit dénominateur commun de protection d'un nombre réduit de droits de l'homme. Le droit communautaire, au contraire, et ce grâce aux droits fondamentaux et aux critères de « maximum standard », permettrait, lui, une harmonisation des systèmes nationaux sur la base de chaque droit de l'homme prévu par les Constitutions et chartes internationales, harmonisation poursuivie de surcroît sur la base du niveau le plus haut de développement et de protection atteint par chacun de ces droits.

D'ailleurs, le différent niveau d'harmonisation, permis par les principes du droit communautaire par rapport aux principes CESDH apparaît dans la ligne des différents objectifs poursuivis par les organisations internationales respectives et par les organes juridictionnels. Tandis que l'objectif du Conseil de l'Europe et de la Convention européenne est de créer des « liens plus étroits entre les Etats », celui de la Communauté européenne et de la Cour de justice va jusqu'à l'unification des législations nationales pour ce qui touche à la

31. Cf. Grasso, *Comunità europea e diritto penale*, préc., p. 61.

32. Cf. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, 1989, p. 105 et s.

33. Cf. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, 1986, p. 306; Cohen-Jonathan, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, in *Rev. Marché Commun*, 1978, p. 92.

34. Cf. Tosato, *La tutela dei diritti fondamentali*, préc., p. 740.

matière des traités ; cette unification étant réalisée dans un contexte plus général de développement politique d'une Communauté intégrée³⁵

IV. - LE RÔLE EFFECTIF DES PRINCIPES DE DROIT COMMUNAUTAIRE SUR LES RAPPROCHEMENTS DES SYSTÈMES PUNITIFS EUROPÉENS

En vérité, et pour toute une série de raisons diverses³⁶, le rôle joué dans l'harmonisation des systèmes pénaux par les principes communautaires en matière de droits fondamentaux a été jusqu'à aujourd'hui beaucoup moins important que ne le laissait espérer leur potentialité.

En effet, la Cour de justice - tout en réaffirmant à plusieurs reprises la nécessité de protéger les droits fondamentaux, même dans le cadre de la législation nationale³⁷ - s'est limitée, dans la plupart des cas, à utiliser les normes des traités et de la législation CE afin de contrôler la conformité du droit interne au droit communautaire. Il est vrai que, dans le cadre de certaines affaires, même les principes implicites en matière de droits fondamentaux ont été utilisés, mais - sauf dans quelques cas exceptionnels où l'on a donné une importance particulière à ces principes³⁸ - seulement en tant qu'argumentation auxiliaire, afin de confirmer les solutions déjà tirées du droit communautaire écrit.

Les principes explicites, prévus en particulier par les articles 7, 30, 48 du Traité CEE, ont eu, sans aucun doute, par rapport aux principes implicites, un rôle plus significatif dans l'harmonisation des systèmes pénaux.

A travers l'interprétation que la Cour de justice en a donnée, ces principes explicites ont en fait influencé de manière significative les textes pénaux *lato sensu* : en premier lieu, en rendant inapplicable, de façon partielle ou totale, une vaste gamme de normes de droit pénal de fond et de procédure qui, dans les différents Etats, était en contraste avec les principes en question³⁹ ; en second lieu, en sanctionnant l'inadéquation partielle ou totale des mesures punitives prévues pour certaines infractions, et donc, en cas d'inadéquation totale, en sanctionnant l'impossibilité d'appliquer les normes pénales en question⁴⁰.

En ce qui concerne plus particulièrement l'influence des principes communautaires sur les règles pénales, nous tenons à souligner, par exemple, l'importance de la jurisprudence communautaire⁴¹ qui a à plusieurs reprises réaffirmé l'incompatibilité entre le droit communautaire et une législation pénale

35. Cf. Elens, La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l'homme, in *Boletín do Ministerio da Justiça*, 1981, p. 233 ; Hailbronner, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, Berlin, 1983, p. 380 et 383. Cf. aussi les rapports de Golsong, Sasse, Pescatore, Klein, in *Grundrechtsschutz in Europa*, par Mosler, Bernhardt et Hilf, 1977, p. 7 et s., 51 et s., 64 et s., 133 et s.

36. Cf. Bernardi, « Principi di diritto » e diritto penale europeo, préc., p. 188 et s.

37. Aff. 48/75, *Royer*, 8 avr. 1976, in *Recueil des arrêts de la CJCE (Rec.)*, 1976, p. 497 ; aff. 118/75, *Watson et Belmann*, 7 juill. 1976, in *Rec.*, 1976, p. 1185 et s. et surtout p. 1193.

38. Cf. aff. 66/83, *Regina c/ Kent Kirk*, 10 juill. 1984, in *Rec.*, 1984, p. 2689 et s.

39. Cf. B. Boulloc, L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, précité, p. 110 et s. ; Grasso, *Comunità europea e diritto penale*, préc., p. 269 et s.

40. Cf. B. Boulloc, préc., p. 114 et s. ; Grasso, préc., p. 309 et s.

41. Cf. aff. 120/78, *Rewe-Cassis de Dijon*, 20 févr. 1979 in *Rec.*, 1979, p. 649.

nationale qui entraverait la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux ⁴².

En ce qui concerne l'influence des principes communautaires sur les sanctions, la jurisprudence de la Cour de justice démontre que souvent les normes-principes contenues dans les traités peuvent conditionner les choix du législateur national quant au type de peine et quant à la mesure de la sanction. Ceci a lieu principalement lorsque ces principes sont « développés » sur la base du principe de proportionnalité de la peine qui est prévu – sous des noms et des formes différents – par presque toutes les législations nationales ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ⁴³ et qui constitue ainsi un véritable droit fondamental destiné à s'imposer au législateur et au juge.

De fait, l'utilisation combinée des principes communautaires explicites et du principe communautaire implicite de proportionnalité a permis à la Cour de justice d'effectuer un contrôle très efficace sur les niveaux de peine prévus pour certaines infractions dans les pays membres. De toute façon, ce contrôle s'avère plus contraignant que celui exercé par la plupart des cours constitutionnelles et en particulier par celles italienne et française (lesquelles – comme il y a déjà été dit dans la première partie de cette étude, paragraphe II – se montrent très prudentes lorsqu'il s'agit de critiquer les choix du législateur en matière de sanctions).

Une preuve évidente en est donnée par exemple par l'arrêt *Drexel* ⁴⁴, dans lequel la Cour de justice a déclaré qu'il était contraire au droit communautaire d'infliger des peines manifestement disproportionnées entre elles pour deux catégories d'infractions ayant un niveau de gravité *grosso modo* semblable d'un point de vue communautaire.

Enfin, même au niveau communautaire, on envisage la possibilité que l'interprétation à la lumière du principe de proportionnalité de certaines normes communautaires puisse comporter, pour l'Etat, des obligations d'incrimination. Ces dernières lui ont été du reste déjà imposées (comme nous l'avons vu au paragraphe II) par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*. En effet, compte tenu que – selon le célèbre arrêt sur le maïs grec rendu par la Cour de justice ⁴⁵ – la sanction prévue par l'Etat pour les infractions au droit communautaire doit être en tout cas efficace, proportionnée et dissuasive, des obligations d'incrimination pourraient subsister dans les cas où – en paraphrasant la Cour européenne des droits de l'homme – une protection efficace de certaines normes communautaires peut être assurée seulement par des sanctions à caractère pénal.

A la lumière de tout ce qui a été dit précédemment, il semble inutile de

42. M. Delmas-Marty, L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruxelles-Luxembourg, 1990, p. 234 et s.; Boré, *La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire*, in *Mélanges Vitu*, préc., p. 34 et s.; Grasso, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, in *Riv. int. dir. uomo*, p. 629 et s.; Riz, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padoue, 1984, p. 206 et s. et 330 et s.

43. Cf. de Salvia, La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour des droits de l'homme, in *Dir. com. scambi intern.*, 1978, p. 463 et s.

44. Aff. 299/86, *Drexel*, 25 févr. 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1618, n° 1374.

45. Aff. 68/88, *Commission CEE c/ République hellénique*, in *Rec.*, 1989, p. 2965 et s. Cf. J.-Cl. Bonichot, Droit communautaire, in cette *Revue*, 1990, p. 155; Grasso, L'harmonisation et la coordination des dispositions pénales nationales, in *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, préc., p. 269 et 278.

devoir souligner encore une fois le rôle concret d'harmonisation pénale (interne et entre les États) joué par les principes communautaires.

Loin de susciter l'émerveillement, ce qui se vérifie aujourd'hui n'est autre que la concrétisation des potentialités propres de principes communs à plusieurs États, supérieurs au droit interne (même pénal) et développés à travers un paramètre « européen » homogène quoique flexible.

Certes, on peut rester perplexe (surtout du point de vue de la légalité) envers une technique juridique qui, à travers une fréquente utilisation de principes, finit par transformer toute autorité judiciaire, soit nationale soit (comme dans ce cas) supranationale, en source autonome du droit⁴⁶.

Toutefois, c'est aussi et surtout par le biais des principes – instruments privilégiés grâce auxquels des « valeurs », apparues dans d'autres champs sociaux s'imposent dans le monde juridique – que le droit influence de façon active la construction européenne, en transformant sa dépendance traditionnelle à l'égard des phénomènes sociaux et culturels⁴⁷ en facteur de progrès institutionnel. En effet, ce sont surtout les principes communautaires qui permettent une interprétation évolutive et téléologique capable de favoriser la progression de la construction communautaire et de refléter les incitations qui en résultent⁴⁸.

V. – CONCLUSION

Dans cette étude, nous avons essayé de montrer que les principes du droit, en vertu de leurs caractères, de leurs contenus et de leurs fonctions, peuvent jouer un rôle précieux d'harmonisation pénale, sous l'égide de valeurs qui évoluent dans l'histoire.

En particulier, en dépit des problèmes liés à leur activité de développement, les principes de droit interne peuvent remplir une fonction d'harmonisation des différents secteurs du système pénal. Il s'agit, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce travail (cette *Revue*, 1994, p. 32 et s.), d'une harmonisation limitée, en ligne de principe, à l'échelle nationale. Toutefois, compte tenu du processus actuel du rapprochement des modèles sociaux et culturels, qui est en train de se développer au niveau européen, cette harmonisation semble destinée à prendre une envergure internationale.

Quant aux principes de droit international, ils accomplissent une fonction prépondérante d'harmonisation pénale (interne et) entre les États, réalisée dans la perspective des droits fondamentaux qui constituent les bases communes aux démocraties occidentales⁴⁹.

L'étude de la jurisprudence en matière de principes de droit international nous amène à une dernière considération. Comme nous l'avons vu, les critères d'interprétation et de développement de ces principes utilisés par les cours européennes (critère comparatif, critère du *maximum standard*) s'inspirent des

46. Cf. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, p. 52 et s.

47. Cf., en général, Pastore, *Tradizione e diritto*, Turin, 1990.

48. Cf. Jacqué, Le rôle du droit dans l'intégration européenne, in *Revue internationale de philosophie politique*, 1991, p. 125.

49. Cf. Sieber, *Union européenne et droit pénal européen. Propositions pour l'avenir du droit pénal européen et bases de discussion pour le symposium constitutif de la « Vereinigung für Europäisches Strafrecht e.V. » du 22/23 mai 1992 à Würzburg*, p. 8. V. aussi U. Sieber, *Union européenne et droit pénal européen-Proposition pour l'avenir du droit pénal européen*, cette *Revue*, 1993, p. 249 et s.

principes internes des Etats membres. Par conséquent, dans la mesure où ils conditionnent le développement des principes internationaux, les principes internes ne limitent pas leurs effets au système national, mais ils influencent aussi les systèmes des autres Etats membres.

Faut-il en conclure que l'interprétation et le développement actuels des principes de droit international affaiblissent irrémédiablement le principe de territorialité et de souveraineté en matière pénale des Etats ? Il est certain que les frontières deviennent aujourd'hui de moins en moins rigides et surveillées. Comme le voyageur de cette fin de siècle, le droit peut lui aussi franchir soudainement les barrières de son Etat et se fondre dans une réalité plus générale qui s'appelle Europe.

L'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe sur l'instance prud'homale en licenciement disciplinaire

Frédéric STASIAK

Allocataire de recherche MRT

Chargé de travaux dirigés à l'Université de Nancy II

La Chambre sociale de la Cour de cassation par un arrêt du 21 novembre 1990 a reconnu qu'une décision de relaxe possédait autorité de chose jugée à l'égard des juridictions prud'homales. La solution est nouvelle car la jurisprudence antérieure, se fondant principalement sur l'indépendance des poursuites répressive et disciplinaire, avait longtemps dénié toute incidence d'une décision pénale favorable au salarié sur l'instance en licenciement¹.

Il convient toutefois de distinguer selon que les faits sur lesquels s'est prononcée la juridiction répressive se trouvent – ou non – liés à l'exécution du contrat de travail. S'il s'avère que ceux-ci sont totalement étrangers à la prestation de travail et sans aucune répercussion sur celle-ci, il ne saurait être question d'une quelconque sanction disciplinaire à l'encontre du salarié concerné². La question devient plus délicate lorsque les faits débattus sont en relation directe avec l'exécution des obligations contractuelles du salarié. Dans cette hypothèse, le juge prud'homal admettait fréquemment la validité du licenciement, méconnaissant parfois ouvertement la décision de la juridiction répressive et, par voie de conséquence, deux principes fondamentaux de la procédure pénale : la présomption d'innocence³ et l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil⁴, qui sera plus particulièrement envisagée.

1. V. les études de M. Despax, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963.I.1776 ; M. Roger, « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.* 1980, p. 173 et s.

2. V. par ex. : Pau 23 mars 1990, *Rey c/ Sarthe*, CERIT, décidant que si un « classement sans suite ne saurait à lui seul faire présumer de l'inexactitude du grief invoqué », les fait reprochés à la salariée « dans la mesure où ils se seraient déroulés (à son domicile) [...] relevaient de la vie privée de cette dernière et ne pouvaient constituer un motif de rupture dès lors qu'il n'est pas établi qu'ils aient eu une répercussion sur la prestation du travail ».

3. Sur ce point, cf. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, 4^e édit. 1989, n° 124 et s. Ce principe signifie qu'un individu est présumé innocent jusqu'à ce que soit établie la preuve de sa culpabilité. Le doute profitant à la personne poursuivie, il en résulte la plupart du temps que la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante : ministère public et partie civile. Comp. avec le nouvel alinéa 2 de l'article L 122-14-3 c. trav., dû à la loi n° 89-549 du 2 août 1989, « Si un doute subsiste, il profite au salarié ». Ne s'agit-il pas là d'un ersatz de présomption d'innocence en matière de licenciement disciplinaire ?

4. Cf. R. Merle et A. Vitu, t. 2, préc., n° 758 et s.

L'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux décisions définitives et irrévocables émanant des juridictions répressives françaises de jugement. Il faut encore préciser, selon une formule classique, que seul « ce qui a été nécessairement⁵ et certainement⁶ décidé par la juridiction répressive » peut revêtir une telle autorité. Ces dispositions de la décision pénale sont alors considérées comme l'expression de la vérité à raison d'une présomption irréfragable de la loi, l'article 1350-3^e du code civil, et s'impose tout spécialement aux juridictions civiles.

Ces brefs rappels ne concernent cependant pleinement que l'instance civile en indemnisation, or telle n'est pas la nature de l'action en licenciement portée devant le juge prud'homal⁷. Cette différence de nature ne constitue-t-elle pas un obstacle rédhibitoire à l'admission du principe de chose jugée sur l'instance en licenciement ? La Chambre sociale a estimé que non et deux types d'arguments peuvent justifier cette solution. D'abord, il paraît évident, dès lors que l'employeur allègue une infraction pénale comme motif de licenciement, qu'il ne saurait appartenir au juge prud'homal de retenir cette infraction que le juge répressif a écartée en relaxant l'intéressé : éviter une telle contradiction relève de l'essence même du principe de chose jugée. Ensuite, la nature particulière de l'action ne semble pas avoir gêné outre mesure le Conseil d'Etat lorsqu'il a reconnu, après quelques hésitations et de manière limitée, il est vrai, l'autorité de la chose jugée au pénal en matière disciplinaire⁸.

Il existe néanmoins une limite à une totale admission du principe de chose jugée sur l'instance en licenciement : l'autonomie de la faute disciplinaire. Le juge civil, lorsqu'il statue sur une action en indemnisation de la victime d'un préjudice, est souvent lié par le principe, d'ailleurs controversé, de l'unité des fautes civiles et pénales⁹. Telle n'est pas la situation du juge prud'homal auquel il incombe seulement de ne pas contredire la décision pénale relative à la matérialité des faits, la participation du prévenu aux faits et la culpabilité de celui-ci. Les juridictions civiles du travail peuvent donc, selon les cas, requalifier les faits dont l'existence n'a pas été niée par le juge répressif ou encore fonder un licenciement sur des motifs spécifiques tels que la perte de confiance ou la perturbation de la bonne marche de l'entreprise. Aussi la reconnaissance, désormais acquise, par la jurisprudence sociale, du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal

5. Les constatations « nécessaires » s'entendent des seuls motifs qui constituent le soutien indispensable de la décision : existence ou non-existence des faits matériels constitutifs de l'infraction, qualification de ces faits, participation ou non-participation du prévenu aux faits, culpabilité ou non-culpabilité, nature de la faute imputée.

6. L'exigence de certitude permet de ne pas tenir compte des formules vagues ou dubitatives telles que « paraît » ou « semble », mais elle ne saurait en aucun cas dépouiller de l'autorité de chose jugée les relaxes dites « au bénéfice du doute ». Il existe sur ce point une certaine convergence de position tant de la jurisprudence : Civ. 1^{re}, 3 févr. 1976, *Bluteau*, *D.* 1976 *Jurispr.* 441, note M. Contamine-Raynaud ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. 2, 3^e édit. 1992, n° 37 p. 260, obs. J. Pradel ; que de la doctrine : J. Fossereau, *Rép. pén. et proc. pén.* v° chose jugée, n° 110 ; R. Perrot, *Rép. civ.* v° chose jugée, n° 241 ; R. Merle et A. Vitu, t. 2, préc., n° 775 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, 6^e édit. 1992, n° 671 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, précis Dalloz, 14^e édit. 1990, n° 812.

7. Cf. M. Roger, préc., p. 175, n° 10 ; J. Savatier, « Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale », *Dr. soc.* 1991, p. 626 et s., spéc. p. 628.

8. Après avoir ignoré la chose jugée au pénal, le Conseil d'Etat a d'abord considéré qu'une relaxe constituait « un fait nouveau » obligeant à un nouvel examen de la situation du fonctionnaire : CE 13 mai 1963, *Sieur Ahiaux*, *Rec. Lebon*, p. 261, concl. Combarnous, *AJDA* 1963, p. 352, chron. Gentot et Fourre ; CE 13 juillet 1966, *Goudinaux*, *Rec. Lebon*, p. 469. Puis la juridiction administrative a reconnu le principe de chose jugée quant à la matérialité des faits : CE 23 nov. 1966, *Commune de Lamotte-Bewron*, *Rec. Lebon*, p. 614, mais non quant à la qualification : CE 18 oct. 1989, req. n° 96417, S., *JCP* 1991.II.21693, obs. G. Memeteau. La jurisprudence administrative ne reconnaît toujours pas une telle autorité aux relaxes dites « au bénéfice du doute » : CE 25 févr. 1948, *Benoît*, *Rec. Lebon*, p. 93 CE 11 mai 1956, *Chomat*, *D.* 1956 469, concl. Laurent. *Contra* mais en matière administrative, CE 7 juill. 1971, *Ministère de l'Intérieur c/ Gérard*, *Rec. Lebon*, p. 513 ; ainsi qu'aux verdicts d'acquiescement de la cour d'assises en raison de leur absence de motivation : CE 21 juin 1972, *Préfet de police c/ Voitot*, *Rec. Lebon*, p. 464.

9. V. sur ce point, R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, « Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général », 6^e édit. 1988, n° 577.

sur le civil (I) conduit-elle à envisager ses éventuelles incidences sur l'instance prud'homale en licenciement disciplinaire (II).

I. – LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU PÉNAL SUR LE CIVIL PAR LA JURISPRUDENCE SOCIALE

Deux remarques peuvent être faites ici : le caractère progressif de cette reconnaissance (A) et la distinction selon la motivation de la décision pénale (B) à laquelle elle a abouti.

A. – *Le caractère progressif de la reconnaissance du principe de chose jugée*

On peut, schématiquement, distinguer trois étapes dans la jurisprudence sociale ayant permis de passer de l'ignorance à l'admission de ce principe. Quatre arrêts viennent jaloner cette évolution.

1. *L'arrêt Messageries Routières Paris-Lille de la Chambre sociale de la Cour de cassation*¹⁰

Rappelons brièvement les faits : des marchandises dérobées au préjudice d'un client furent retrouvées au domicile de C., chauffeur-livreur de la société Messageries Routières Paris-Lille. Licencié pour vol, C. bénéficie ultérieurement d'une décision de relaxe de la juridiction répressive. Il assigne la société pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et les juges du second degré font droit à sa demande. Dans son pourvoi, la société alléguait, entre autres, une perte de confiance : les poursuites engagées contre le salarié faisaient douter de sa probité. La Cour de cassation rejette cette argumentation et estime que les juges du fond qui écartent la cause réelle et sérieuse motivent suffisamment leur décision en constatant une relaxe au pénal. La Haute Juridiction se retranchait alors derrière sa formule classique du contrôle allégé : « attendu que les juges du fond ont constaté que M. C. avait été relaxé [...] qu'en l'état de ces seules constatations, par une décision motivée, ils n'ont fait qu'user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article L 122-14-3 du code du travail en décidant que le licenciement de C. ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse ».

Nulle part encore ne figure ici l'affirmation selon laquelle l'autorité de chose jugée attachée à la décision pénale s'impose aux juridictions civiles du travail.

2. *Les arrêts Textron et Houssay des 21 juin et 12 juillet 1989*¹¹

Dans la première espèce, un chef comptable est licencié pour faute lourde, mais la plainte déposée par l'employeur pour escroquerie se solde par une relaxe. Le salarié saisit la juridiction prud'homale d'une demande de diverses indemnités et dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. La cour d'appel, relevant que le juge répressif a considéré comme non établie la réalité des détournements, fait droit à la demande du salarié. Sa décision est cassée : « attendu que (le salarié) a été relaxé au seul motif qu'aucun élément de la procédure ne permettait [...] d'établir péremptoirement que le mécanisme financier et comptable [...] avait un caractère frauduleux : qu'une telle décision ne faisait pas obstacle à ce que le juge prud'homal

10. Soc. 16 juin 1988, *S.A. Messageries Routières Paris-Lille c/ Caudron*, D.1990, *Jurispr.* 70, note J. Pralus-Dupuy.

11. Soc. 16 juin 1988, *Textron Atlantic c/ Gonet*; Soc. 12 juill. 1989, *Houssay c/ S.A. Nicoleau*, D.1990, *Jurispr.* 132, note J. Pralus-Dupuy.

recherchât [...] une faute civile de nature à priver (le salarié), en tout ou partie, des indemnités en cause ».

Dans la seconde affaire, un peintre se voit licencié pour faute grave pour avoir détenu, sans autorisation, des marchandises appartenant à l'entreprise. Les juges du fond déboutent le salarié de ses demandes d'indemnités, « peu important qu'il ait été relaxé au bénéfice du doute par les juridictions répressives ». La Cour de cassation estime qu'« en statuant ainsi, alors que la décision pénale a relaxé (le salarié) au motif qu'il avait produit un certain nombre de factures qui étaient de nature à le mettre hors de cause, ce dont il résultait que la matérialité des faits n'était pas établie, la cour d'appel a violé (l'article 1351 du code civil) ».

Il semble donc résulter de ces deux décisions que la Chambre sociale de la Cour de cassation opère une distinction selon la motivation de la décision pénale. Elle n'attacherait un effet radical, invalidant le licenciement prononcé, qu'aux seules relaxes intervenues pour absence de matérialité des faits. Cette distinction ne paraît pas avoir été remise en cause par les décisions postérieures.

3. *L'arrêt Lebeau du 21 novembre 1990*¹²

Cette décision représente certainement l'étape décisive de l'évolution relatée. Engagée en qualité de veilleur de nuit, Mme L. est licenciée pour avoir loué des chambres à des clientes « de passage ». La cour d'appel, considérant les faits établis, retient une faute grave à l'encontre de la salariée. C'est précisément sur la question de l'existence de ces faits que la cassation intervient : la Chambre sociale, en la forme d'un arrêt de principe, affirme en visa et pour la première fois à notre connaissance la primauté de l'autorité de chose jugée d'une décision de relaxe en matière de licenciement : « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'action portée devant les juridictions civiles ; Attendu que les décisions de la juridiction pénale ont au civil l'autorité de chose jugée et qu'il n'est pas permis au juge civil de méconnaître ce qui a été jugé par le tribunal répressif ». La Cour de cassation relève ensuite que la salariée a été relaxée au pénal « au motif que la réalité des faits n'était pas établie » pour en conclure « qu'en décidant néanmoins que la salariée avait commis ces faits, la cour d'appel a violé le principe susvisé ».

À la lecture de cette décision, on pouvait donc se demander si la Cour de cassation ne confirmait pas ici la distinction pressentie quant à la motivation de la décision de relaxe, distinction qu'il convient d'analyser à présent.

B. – *La distinction selon la motivation de la décision de relaxe*

Pourquoi la jurisprudence sociale semble-t-elle opérer une telle distinction ? Deux interprétations sont possibles. La première, selon nous, est à exclure car elle aboutit à ne conférer autorité de chose jugée qu'à certaines décisions de relaxe (1). La seconde consiste à soutenir que par cette distinction la Cour de cassation veille à ce que le juge prud'homal ne contredise pas la décision pénale (2), faisant ainsi une exacte application du principe de chose jugée.

12. Soc. 21 nov. 1990, *Lebeau c/ Soc. Grand Hotel*, Bull. civ., V, n° 573 ; plus récemment, avec un visa identique : Soc. 12 mars 1991, *Bonfils c/ Air France*, Bull. civ., V, n° 122, Dr. Soc. 1991, p. 632 ; Soc. 18 avr. 1991, *Assemat c/ Soc. Berton*, Bull. civ., V, n° 207, Dr. soc. 1991, p. 633 ; soc. 6 novembre 1991, *Amdouni c/ Soc. Boulogne Distribution*, Dr. soc. 1992, p. 79 ; soc. 10 févr. 1993, *Duhamel c/ Delefortrie*, (inédit) ; cf. égal. J. Morville, « Des incidences de l'action publique sur l'action civile intentée en matière prud'homale », CSBP n° 30, p. 149 et s.

1. Une interprétation à exclure : seules certaines décisions de relaxe seraient pourvues de l'autorité de chose jugée

Il a en effet été soutenu¹³ que, pour le juge prud'homal, seules les relaxes pour absence de matérialité des faits et pour non-participation du prévenu aux faits seraient pourvues de l'autorité de chose jugée à l'exclusion de toute autre. Une telle analyse procède certainement d'une confusion car toute décision de relaxe définitive et irrévocable, fût-elle rendue au « bénéfice du doute », possède autorité de chose jugée à l'égard du juge civil¹⁴. Cette solution est acquise depuis l'arrêt *Bluteau*, précité, du 3 février 1976¹⁵ rendu, qui plus est, en matière contractuelle. Difficile donc de prétendre que seules certaines relaxes sont susceptibles de revêtir l'autorité de chose jugée, d'autant que la Chambre sociale elle-même ne le soutient pas. Dans un arrêt du 7 novembre 1991¹⁶, elle reproche aux juges du fond d'avoir retenu la cause réelle et sérieuse alors que la salariée « poursuivie pour les mêmes faits devant la juridiction pénale [...] avait été relaxée faute d'éléments permettant de retenir sa culpabilité ». Or le visa de la décision est strictement identique à celui de l'arrêt précité du 21 novembre 1990. Il est clair désormais que, pour la jurisprudence civile comme pour la jurisprudence sociale, toute décision de relaxe, quelle qu'en soit la motivation, possède autorité de chose jugée.

2. Une interprétation possible : le juge prud'homal doit veiller à ne pas contredire ce qui a été nécessairement et certainement décidé par la juridiction répressive

Cette interprétation résulte du rapprochement de plusieurs arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Il ressort en effet que si le juge prud'homal ne peut retenir « les mêmes faits »¹⁷ que ceux débattus devant le juge répressif, il lui est possible de rechercher « une faute civile »¹⁸ pouvant fonder le licenciement.

L'analogie avec la solution retenue en matière civile à propos de l'action en indemnisation de la victime d'un préjudice est patente : en cas de relaxe, les juridictions civiles peuvent accueillir cette action en se fondant sur un « fait fautif différent »¹⁹ de l'infraction afin de ne pas contredire la décision pénale revêtue de l'autorité de chose jugée. De même, en droit du travail, une relaxe du salarié n'implique pas nécessairement que son licenciement soit impossible, elle oblige simplement le juge prud'homal à retenir une « faute civile » distincte de la faute pénale. Dans cette perspective, la motivation de la décision pénale révèle tout son intérêt. De deux choses l'une, soit le juge répressif nie la matérialité des faits reprochés au salarié²⁰ et plus rien dans l'instance pénale ne vient donner prise à un éventuel congédiement puisque par définition les faits n'existent pas. Seuls des faits matériellement distincts de ceux à l'origine des poursuites pénales

13. J. Pralus-Dupuy, note sous Soc. 21 juin et 12 juill. 1989, préc., p. 134, et « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », cette *Revue*, 1992, p. 229 et s., spéc. p. 236.

14. Cf. R. Merle et A. Vitu, t. 2, préc., n° 775. Admettre le contraire reviendrait, de surcroît, à méconnaître le principe de présomption d'innocence en vertu duquel le doute profite à la personne poursuivie. Un auteur a fort justement estimé que l'autorité d'une décision pénale ne devait pas dépendre des preuves qui l'avaient provoquée : P. Hébraud, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, thèse Toulouse 1929, p. 275. Comp. avec la jurisprudence relative à la faute inexcusable en matière d'accidents du travail : en cas de relaxe de l'employeur, la Cour de cassation fait application du principe de chose jugée, même lorsque la décision est acquise « au bénéfice du doute » ; cf. Y. Saint Jours, « Du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel en matière de faute inexcusable », *D.* 1969. *Chron.* 229 et s.

15. Cf. *supra* note 6.

16. Soc. 7 nov. 1991, *Mme Quittard c/ S.A. Centre de Diététique et de Gériatrie « La Chenaie »*, *RJS* 12/1991, p. 704, n° 1304.

17. Soc. 12 mars 1991 *Bonfils c/ Air France*, préc.

18. Soc. 21 juin 1989, *Textron Atlantic*, préc.

19. R. Merle et A. Vitu, t. 2, préc., n° 776.

20. Soc. 12 juill. 1989, *Houssay*, préc. ; Soc. 10 févr. 1993, *Duhamel c/ Delefortrie*, préc. Il va de soi que viole tout autant le principe de chose jugée la juridiction prud'homale niant l'existence de faits dont la matérialité est établie par une condamnation pénale du salarié : Soc. 10 déc. 1991, *ADAPEI c/ M. X...*, *Bull. civ.*, V, n° 562.

(négligences, absences répétées par exemple) pourraient justifier une sanction disciplinaire. Soit, au contraire, la juridiction répressive ne nie pas l'existence de ces faits et la Chambre sociale autorise alors le juge prud'homal à les requalifier au regard des obligations découlant du contrat de travail²¹. Les juridictions civiles du travail disposent de l'alternative suivante : se fonder comme précédemment sur un fait matériellement différent ou requalifier les faits soumis au juge répressif pour retenir une faute juridique distincte de l'infraction pénale. Il reste à préciser les incidences possibles de cette interprétation sur l'instance en licenciement disciplinaire.

II. – LES INCIDENCES ÉVENTUELLES DU PRINCIPE DE L'AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE SUR L'INSTANCE PRUD'HOMALE EN LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE

Le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil peut perturber l'instance en licenciement du double point de vue de la détermination (A) et de la qualification (B) du motif de congédiement.

A. – La détermination du motif de licenciement en cas de relaxe du salarié

Si la relaxe est prononcée pour absence de matérialité des faits, l'autorité de chose jugée attachée à cette décision restreint la faculté de licencier le salarié concerné à l'allégation, devant le juge prud'homal, de faits matériels nécessairement distincts de ceux soumis à l'examen du juge répressif.

Mais, dès lors que l'existence même des faits n'a pas été niée par la juridiction répressive, le juge du contrat de travail peut s'en saisir à la seule condition de ne pas contredire la décision pénale. Autrement dit, la relaxe invalidera un licenciement fondé sur des faits juridiquement identiques à ceux débattus devant le juge pénal (1), alors que le licenciement devient possible s'il s'appuie sur des faits juridiquement ou *a fortiori* matériellement différents de l'infraction reprochée au salarié (2).

1. Faits juridiquement identiques à l'infraction pénale et licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse

Lorsque le comportement du salarié constitue, *a priori*, une infraction (vol, abus de confiance, etc.), l'employeur, le plus souvent – pour ne pas dire toujours – porte plainte et licencie l'intéressé avant l'issue des poursuites pénales²². Une relaxe ultérieure risque alors de venir nier la réalité du motif de licenciement allégué (a). Du point de vue procédural, on peut se demander si le juge prud'homal ne se trouve pas alors tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction pénale se soit prononcée (b).

a) La négation de la réalité du motif de licenciement

L'objectif principal de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est d'éviter une contrariété de décisions entre les deux ordres de juridictions. Il s'ensuit que le juge prud'homal ne peut fonder un licenciement sur une infraction écartée par le juge répressif. De fait, la jurisprudence sociale semble avoir adopté une telle conception lorsqu'elle invalide un licenciement reposant sur des faits juridiquement identiques à ceux soumis à la juridiction répressive et ce, quelle que soit la motivation de la décision

21. Soc. 27 sept. 1989, *Grazzi c/ Marcosport, Cerit*.

22. Ce faisant l'employeur ne s'érige-t-il pas en « premier juge pénal » puisque, par le licenciement, il sanctionne la commission d'une infraction pénale que la juridiction répressive ignore encore ?

de relaxe : absence de matérialité des faits²³, absence d'éléments permettant d'établir la culpabilité du salarié²⁴ ou encore parce que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis. A cet égard, l'attendu principal d'un arrêt de la cour d'appel de Bourges du 23 novembre 1990²⁵ mérite d'être signalé, « s'il est exact que toute décision de relaxe n'est pas forcément de nature à établir qu'un licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse [...] les faits visés par (l'employeur) dans sa plainte et dans le licenciement sont absolument identiques [...] le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

Seule l'infraction pénale ayant été invoquée, la relaxe du salarié est venue priver le licenciement de tout fondement, en niant la réalité du motif invoqué. On mesure mieux l'importance de la question lorsque l'on sait que la jurisprudence sociale interdit au juge prud'homal de fonder sa décision sur un motif qui ne figurerait pas dans la lettre de licenciement²⁶. L'énonciation des motifs « cristallise » en quelque sorte les termes du litige. C'est dire la nécessité d'attendre l'issue de la procédure pénale, lorsqu'elle existe, pour pouvoir invoquer utilement l'infraction devant le juge du contrat de travail²⁷.

b) Le sursis à statuer

L'allégation d'une infraction pénale comme motif de congédiement impose-t-elle à la juridiction prud'homale de surseoir à statuer lorsque l'instance est pendante devant le juge répressif ? La Chambre sociale de la Cour de cassation semble avoir opté pour l'affirmative dans un arrêt du 12 mars 1991²⁸, cependant le particularisme de l'affaire rend l'analyse incertaine. Une patiente ayant porté plainte pour attentat à la pudeur contre l'employé d'une clinique, ce dernier se constitue partie civile en dénonciation calomnieuse et demande au juge prud'homal de surseoir à statuer jusqu'au prononcé du jugement répressif. La cour d'appel refuse de faire droit à cette demande, motif pris de ce que « l'article 4 alinéa 2 du code de procédure pénale supposait que l'action civile trouve directement sa source dans l'infraction poursuivie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce et qu'une relaxe ne saurait faire obstacle à ce que la juridiction civile apprécie les mêmes faits sous l'angle de la responsabilité contractuelle ». La censure est encourue pour violation de l'article 4 alinéa 2 du code de procédure pénale : « la cour d'appel, dès lors qu'elle se fondait sur des faits dont était saisie la juridiction pénale, devait surseoir à statuer jusqu'à ce que cette juridiction se soit prononcée ».

Tirant argument de l'originalité de l'espèce (plainte du salarié contre une cliente), M. Savatier estime qu'on ne peut en général transposer la règle « le criminel tient le civil en l'état » à l'instance en licenciement puisque « l'article 4 du code de procédure pénale

23. Soc. 21 nov. 1990, *Mme Lebeau c/ Soc. Grand Hotel*, préc.

24. Soc. 7 nov. 1991, *Mme Q. c/ S.A. Centre de diététique et de gériatrie « La Chenaie »*, préc.

25. Bourges 23 nov. 1990, *Moullène c/ Saincantain, Cerit*.

26. Not., Soc. 9 nov. 1989, *Vlahov c/ Me Morel Syndic et S.A. Rigal Supermarché Banco, Cerit* (jurisprudence constante); en matière de licenciement économique, Soc. 20 mars 1990, *Orlik c/ Soc. Automatisation International, Bull. civ., V, n° 124*.

27. Se pose alors la question du maintien du salarié « soupçonné » dans l'entreprise jusqu'à l'issue des poursuites répressives. On peut songer à une mise à pied conservatoire (art. L 122-41 al. 3 c. trav.), mais, outre le problème de sa durée, cette mesure d'attente doit être justifiée par une faute grave à défaut de quoi l'employeur devrait verser les différentes indemnités ainsi que les salaires correspondant à la suspension du contrat de travail. L'employeur ne peut donc y recourir que s'il est persuadé d'obtenir une condamnation au pénal ou s'il dispose d'un manquement professionnel suffisamment grave et distinct de l'infraction. Cf. J.-E. Ray, « La mise à pied conservatoire avant licenciement », *Dr. soc.* 1989, p. 287 et s. Notons avec J. Pelissier, « Le licenciement disciplinaire », *Dr. soc.* 1992, p. 751 et s., spéc. p. 755, que « l'écoulement du délai de deux mois après que l'employeur a eu connaissance des faits fautifs ne fait plus échec à l'engagement des poursuites disciplinaires si des poursuites pénales ont été engagées dans ce délai. Dans ce cas, l'employeur peut attendre que la juridiction répressive ait statué pour engager des poursuites disciplinaires; mais ce n'est pour lui qu'une faculté. Il peut, s'il préfère, engager des poursuites disciplinaires pendant le cours de la procédure pénale et prononcer un licenciement disciplinaire. A la différence d'une juridiction, il n'est pas obligé de surseoir à statuer. Mais le licenciement qu'il prononce dans ces conditions peut être contesté par la suite si le salarié licencié bénéficie d'une décision de relaxe ».

28. Soc. 12 mars 1991, *Sapin c/ Clinique St-Grégoire, Bull. civ., V, n° 127; CSBP n° 30, p. 151*.

concerne [...] l'hypothèse d'action civile au sens de l'article 2 du même code, c'est-à-dire exercée par la victime d'une infraction. L'action portée devant les prud'hommes à la suite d'un licenciement est d'une tout autre nature »²⁹.

Mais, d'une part, la Chambre sociale elle-même dans un arrêt du 9 juillet 1980³⁰ a déjà décidé que « le juge viole l'article 4 du code de procédure pénale en refusant de surseoir à statuer [...] en raison d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par l'entreprise contre l'intéressé ». D'autre part, la jurisprudence pénale comprend largement la notion d'identité de faits et juge que le sursis à statuer s'impose dès lors que « la décision à intervenir sur l'action publique est susceptible d'influer sur celle de la juridiction civile »³¹. Tel est bien le cas lorsque le motif de licenciement allégué n'est autre que l'infraction pénale elle-même. Enfin, l'admission du sursis à statuer se situerait dans la logique de la reconnaissance du principe de l'autorité de chose jugée par la jurisprudence sociale, puisqu'il n'est qu'une modalité procédurale permettant d'assurer le respect dudit principe. Il y aurait incohérence à admettre l'un et rejeter l'autre.

Ainsi, en cas de relaxe du salarié, le principe de l'autorité de chose jugée interdit que le licenciement se fonde sur l'infraction pénale. Mais il permet au juge prud'homal de retenir un fait différent, imputable au salarié, qui justifierait la sanction disciplinaire envisagée.

2. Faits différents de l'infraction pénale et licenciement possible

Si le fait allégué à l'appui de la demande de congédiement est matériellement distinct de l'infraction, il suffit qu'il satisfasse aux règles ordinaires du licenciement. Toutefois, le comportement du salarié peut se trouver susceptible *a priori* de constituer simultanément une infraction pénale et un manquement à ses obligations professionnelles³². En cas de relaxe, le juge prud'homal peut se saisir des faits à l'origine des poursuites pénales et les requalifier à condition, bien évidemment, que la juridiction répressive n'ait pas nié leur existence. Mais le juge du contrat de travail se contente parfois des seules conséquences de l'instance pénale sur la relation de travail. Les notions de « perte de confiance » et de « perturbation de la bonne marche de l'entreprise » permettent de justifier un licenciement en l'absence d'une véritable faute imputable au salarié. La mesure disciplinaire peut donc être motivée par des faits objectivement fautifs (a) ou objectivement non fautifs (b).

29. J. Savatier, « Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale », *Dr. soc.* 1991, p. 626 et s., spéc. p. 628.

30. Soc. 9 juill. 1980, *Les messageries légères c/ Baglan*, *Bull. civ.*, V, n° 633. Plus récemment, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir rejeté la demande de sursis à statuer de l'employeur au motif que la décision pénale n'était pas susceptible d'influer sur celle de la juridiction prud'homale. Mais, en l'espèce, le salarié n'avait pas fait l'objet d'une lettre de licenciement précisant les motifs de celui-ci. Le défaut d'énonciation des motifs suffisait à lui seul à priver le licenciement de tout fondement ; l'attente de la décision pénale devenait dès lors inutile. On peut en déduire *a contrario* que le sursis à statuer s'impose lorsque l'employeur qui allègue l'infraction motive correctement le licenciement. Cf. Soc. 7 nov. 1991, *Pais c/ Schoenner*, *RJS* 12/1991, n° 1307, p. 704.

31. Cf. R. Merle et A. Vitu, t. 2, préc., n° 315. Il semble d'ailleurs que ce soit la conception retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation puisque, dans un arrêt du 8 févr. 1990, *Soc. Montmartroise de Bazar c/ Mme Tebbal* (inédit), elle approuve la cour d'appel d'avoir refusé d'ordonner le sursis à statuer demandé par l'employeur, en relevant « qu'il résulte des termes mêmes de la plainte que les faits visés par celle-ci sont distincts et indépendants de ceux qui ont motivé le licenciement de (la salariée). [...] l'information ouverte au pénal n'était pas de nature à avoir une influence sur la solution du litige prud'homal ». La solution contraire aurait certainement prévalu si les faits avaient été identiques.

32. Il y aurait en quelque sorte un cumul potentiel de qualification. Si le juge répressif prononce une condamnation, le cumul devient effectif et l'employeur peut au choix fonder le licenciement sur l'infraction pénale, la faute professionnelle ou les deux à la fois. Si au contraire il y a relaxe, seule subsiste la faute disciplinaire appréciée librement par la juridiction prud'homale. L'employeur devant se montrer particulièrement circonspect dans l'énonciation des motifs du congédiement, l'allégation systématique d'un manquement professionnel distinct, objectif, exact, et précis, subsidiairement à l'infraction, serait une précaution utile.

a) Faits objectivement fautifs

Dans son arrêt précité du 21 juin 1989, la Cour de cassation reprochait aux juges du fond de ne pas avoir recherché une « faute civile » malgré la relaxe du salarié. La faute pénale étant exclue par la relaxe, il s'agit de rechercher une éventuelle faute professionnelle résiduelle pouvant justifier la sanction envisagée. Si le principe de l'autorité de la chose jugée exige que le fait allégué soit différent de l'infraction, le droit de licenciement impose qu'il soit en outre réel³³, sérieux^{33bis}, objectif³⁴ et précis³⁵. La jurisprudence sociale en fournit de nombreux exemples : altération d'un procès verbal de délibération malgré une relaxe du salarié du chef de complicité de malversation³⁶ ; manquements que le salarié ne peut valablement expliquer bien que le juge pénal ait écarté l'abus de confiance³⁷ ; irrégularités de caisse constatées, les poursuites pénales pour vol s'étant soldées par une relaxe³⁸ ; infraction au règlement intérieur, les détournements reprochés au salarié n'ayant pas été retenus par la juridiction répressive³⁹.

Il faut également noter qu'une relative tolérance de l'employeur à l'égard de certains comportements (emprunt de matériel à domicile par exemple) pourrait supprimer l'intention délictueuse requise pour des infractions telles que l'abus de confiance ou le vol⁴⁰, s'apparentant ainsi à une sorte de fait justificatif. Mais il appartient au salarié de ne pas abuser de cette tolérance⁴¹, ni d'agir en contradiction avec les instructions de son employeur⁴².

L'exclusion de la qualification pénale du comportement du salarié ne permet cependant pas toujours de relever une faute professionnelle à son encontre. Cela n'implique pas pour autant que le licenciement soit devenu impossible.

b) Faits objectivement non fautifs

Pendant longtemps, lorsque le salarié bénéficiait d'une relaxe, l'allégation d'une perte de confiance tenait lieu de clause de style pour l'employeur encouragé en cela par une jurisprudence particulièrement laxiste.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, par deux décisions en date du 29 novembre 1990, a coupé court à cette pratique. Dans l'arrêt *Fertray*⁴³, elle décide « qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ». Il ressort par ailleurs de l'arrêt *Rogie*⁴⁴ que l'absence de motif précis dans la lettre de notification du licenciement équivaut à une absence totale de motif.

La combinaison des deux décisions implique que le licenciement se trouve dépourvu de cause réelle et sérieuse si l'unique motif énoncé est la perte de confiance, alors même

33 et 33 bis. Cf. les travaux préparatoires relatifs à la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, *JO déb. Ass. nat.* du 23 mai 1973, p. 1445, et rapport Ass. nat. n° 352, p. 46.

34. Soc. 29 nov. 1990, *Fertray c/ S.A. Wagner et Cie*, *Bull. civ.*, V, n° 597, *D.1991.Jurispr.* 190, note J. Pelissier.

35. Soc. 29 nov. 1990, *Rogie c/ SARL Sermaize-Distribution*, *Bull. civ.*, V, n° 598, *Dr. soc.* 1991, p. 103, sous art. J. Savatier, L'obligation d'énoncer les motifs de licenciement et sa sanction, p. 99 et s.

36. Soc. 12 déc. 1985, *Grandveau c/ Soc. Courtois et Cie*, *Cerit.*

37. Toulouse, 20 nov. 1986, *Visse c/ Llera*, *Cerit.*

38. Soc. 10 juill. 1986, *Mme Jarnet c/ Echaubard*, *Cerit.*

39. Rennes 12 janv. 1984, *S.A. Vadis c/ Mme Bertho*, *Cerit.* Le règlement intérieur doit cependant être opposable au salarié, ce qui n'est pas le cas lorsque celui-ci, travaillant depuis peu dans l'entreprise, n'a pu en prendre connaissance : Bourges 17 nov. 1989, *Inter Berry Touraine c/ Borget*, *Cerit.*

40. Nancy 12 déc. 1990, *Office d'hygiène sociale de Meurthe-et-Moselle c/ Mme De Matos*, *Cerit.*

41. Metz 18 déc. 1984, *Ierardo c/ SA A.S.T.*, *Cerit.*

42. Soc. 14 nov. 1991, *Mme Bourget c/ Cabinet Deauville*, *Bull. civ.*, V, n° 497, *CSBP*, n° 36, p. 15.

43. Soc. 29 nov. 1990, préc. (1^{er} arr.).

44. Soc. 29 nov. 1990, préc. (2^e arr.).

qu'elle reposerait sur des faits objectifs et précis mais non mentionnés dans la lettre de licenciement⁴⁵. Dans l'hypothèse d'une relaxe, l'absence de faute matériellement ou juridiquement distincte de l'infraction pénale interdit désormais l'allégation d'une perte de confiance⁴⁶.

Parallèlement, le concept tout aussi fuyant de « perturbation de la bonne marche de l'entreprise » trouvait souvent grâce auprès du juge prud'homal. Pour éviter que cette notion ne se substitue à celle de perte de confiance comme motif « passe-partout », la Cour de cassation a dû, ici encore, en fixer les limites par un arrêt remarqué du 12 mars 1991⁴⁷. Malgré une relaxe acquise en appel, les juges du fond avaient relevé qu'« une large publicité avait été donnée dans la presse à une condamnation pénale prononcée pour des infractions concernant un salarié qui occupait des fonctions importantes [...] cette situation était de nature à entraver la bonne marche de l'entreprise ». La Chambre sociale rejette le pourvoi du salarié au motif que la cour d'appel « a ainsi fait ressortir l'existence d'éléments objectifs » justifiant la mesure de licenciement. La solution ne mérite approbation que si elle représente un cas limite : en l'espèce, les juges du fond relevaient effectivement un faisceau d'éléments exacts et précis ayant pu objectivement contribuer à perturber le fonctionnement de l'entreprise (fonctions importantes, publicité, etc.). Tout comme la perte de confiance, l'entrave à la bonne marche de l'entreprise doit reposer sur des éléments objectifs exacts et précis pour pouvoir constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, à défaut de véritable faute imputable au salarié.

Lorsque le fait allégué à l'appui de la demande de licenciement remplit les conditions requises, se pose alors pour le juge du contrat de travail la question de la qualification à retenir parmi la hiérarchie des fautes pouvant légitimer la sanction disciplinaire.

B. – La qualification du motif de licenciement en cas de relaxe du salarié

Si les qualifications de cause réelle et sérieuse et de faute grave (1) ne semblent pas soulever de difficultés particulières, il n'en va pas de même pour la faute lourde (2). Ne devrait-elle pas être exclue dès lors que le salarié se voit relaxé au pénal ?

1. La cause réelle et sérieuse et la faute grave

Lorsque l'employeur argue, dans la lettre de licenciement, d'une perte de confiance ou d'un trouble occasionné à la bonne marche de l'entreprise, seule la cause réelle et sérieuse peut, le cas échéant, être retenue.

En revanche, l'allégation d'une faute professionnelle distincte de l'infraction pénale requiert un examen plus attentif de la situation du salarié. Le juge prud'homal retient les critères classiques de l'examen de la faute « sérieuse » et de la faute grave, qui peuvent d'ailleurs se combiner entre eux, à savoir : l'ancienneté⁴⁸, l'absence d'avertissement antérieur⁴⁹, la fonction occupée par le salarié⁵⁰, qui permettent, selon les cas, de retenir la cause réelle et sérieuse ou la faute grave. Peut-on également admettre la faute lourde ?

45. En ce sens, J. Pelissier, note précitée sous Soc. 29 nov. 1990, *Fertray*, p. 191.

46. Soc. 12 nov. 1991, *Sissoko c/ Société entreprise ferroviaire* (inédit), viole le principe de chose jugée la cour d'appel qui relève « que la décision de relaxe dont a bénéficié le salarié, était tout à fait indépendante de l'appréciation pouvant être portée sur la gravité des faits reprochés au regard de la relation contractuelle de travail [...] au motif de perte de confiance ».

47. Soc. 12 mars 1991, *Picquart c/ Cie La maison du logement*, *Bull. civ.*, V, n° 120, *CSBP*, n° 30, p. 152.

48. L'ancienneté du salarié peut justifier, Rennes 12 janv. 1984, *S.A. Vadis c/ Mme Bertho, Cerit*, ou au contraire invalider le licenciement, Bourges 23 nov. 1990, *Moulène c/ Saincantain, Cerit*.

49. Chambéry, 19 déc. 1985, *SARL Barby Distribution c/ Mme Mathey, Cerit*.

50. Montpellier, 3 oct. 1991, *Benhamed c/ Inno Polygone S.A., Cerit* (cause réelle et sérieuse); Paris 13 févr. 1985, *Mme Knybuhler c/ Soc. Galerie Lafayette, Cerit* (faute grave).

2. L'admission de la faute lourde ?

La raison d'en douter provient essentiellement de la conception restrictive de la faute lourde adoptée par la jurisprudence sociale. Elle a d'abord considéré que des vols répétés ne constituaient qu'une faute grave s'ils étaient animés, non par l'intention de nuire à l'employeur, mais par celle de s'enrichir⁵¹. Ultérieurement, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que la faute lourde se caractérisait par « une volonté de nuire à l'employeur ou à l'entreprise », le seul caractère intentionnel se révélant insuffisant⁵².

Sans se prononcer sur le bien-fondé de cette conception, il apparaît qu'elle risque de compliquer la qualification du manquement professionnel allégué lorsque celui-ci se fonde matériellement sur les mêmes faits que ceux soumis à l'examen du juge répressif. N'y aurait-il pas paradoxe à rejeter la faute lourde pour l'infraction pénale et à l'admettre pour un manquement professionnel résiduel ?

La Cour de cassation semble penser que non. Dans un arrêt du 14 novembre 1991⁵³, elle approuve les juges du fond qui retiennent la faute lourde à l'encontre d'une salariée pourtant relaxée au pénal à la suite d'une plainte pour vol de l'employeur, « la cour d'appel ayant relevé que la relaxe [...] était intervenue en raison de l'absence d'intention frauduleuse, n'a pas violé l'autorité de la chose jugée en retenant qu'il était établi que la salariée avait emporté à son domicile un certain nombre de documents en contradiction avec les instructions de l'employeur ».

A la lecture de cette décision, on peut penser que la Chambre sociale tranche un conflit latent entre deux principes : l'autorité de chose jugée à laquelle il est fait expressément référence et l'autonomie de la faute disciplinaire qui paraît implicitement l'emporter. S'il est de règle en matière civile qu'une relaxe du chef d'une infraction volontaire (vol par exemple) n'autorise qu'une réparation fondée sur une faute civile d'imprudence ou de négligence⁵⁴, en raison du principe d'unité des fautes pénale et civile, l'autonomie de la faute disciplinaire permettrait au contraire au juge prud'homal de ne pas être lié par le caractère intentionnel ou non de la faute pénale. Telle semble être apparemment la solution retenue par la Chambre sociale, car en approuvant la qualification de faute lourde malgré une relaxe du chef de vol fondée sur l'absence d'intention frauduleuse elle admet nécessairement le caractère volontaire du manquement invoqué à l'appui du licenciement. Toutefois, on peut déplorer en l'espèce l'absence de référence expresse à « l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise », caractéristique de la faute lourde⁵⁵. Il était établi que la salariée avait emporté des documents contre la volonté de son employeur et sans doute un tel comportement ne manifeste pas réellement une intention de s'enrichir.

Toujours est-il que cette conception restrictive de la faute lourde conduit à de bien singulières solutions. Une condamnation au pénal pour des vols répétés ne permet au juge prud'homal de ne retenir qu'une faute grave, alors qu'une relaxe du chef de cette même infraction autorise un licenciement pour faute lourde. La cohérence supposerait un choix entre l'une des deux options suivantes : admettre la faute lourde en cas de

51. Soc. 20 nov. 1990, *Jurispr. soc. UIMM*, n° 91 535, p. 46.

52. Soc. 29 nov. 1990, *Laborie c/ Sodiroy*, *Bull. civ.*, V, n° 599, *Dr. soc.* 1991, p. 107.

53. Soc. 14 nov. 1991, *Mme B. c/ Cabinet Deauville*, *préc.*

54. Cf. R. Merle et A. Vitu, t. 2, *préc.*, n° 776.

55. Comp. Soc. 10 févr. 1993, *Consorts Fantaisie c/ Gie Groupement Patrimonial des Acconiers*, (inédit), « Attendu que pour débouter (la veuve du salarié) de l'ensemble de ses demandes, la cour d'appel a énoncé qu'indépendamment du délit de recel [...] dont il avait été relaxé postérieurement au licenciement, il était établi que : en violation d'une consigne [...] le salarié a négligé de procéder à des virements en espèces [...] a enfreint l'ordre donné par son chef de service de procéder au virement précité [...] Qu'en statuant ainsi, alors que [...] elle n'avait ni constaté, pour caractériser la faute lourde, que le salarié avait agi dans l'intention de nuire à l'employeur, ni relevé, pour caractériser la faute grave, que les faits qu'il avait commis rendaient impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis, [...], la cour d'appel n'a pas donné base légale à sa décision ».

condamnation pénale, au risque de se heurter à une allégation systématique de l'intention de s'enrichir, ou exclure une telle faute lorsque le juge répressif prononce une relaxe. La première proposition se situe dans la logique de l'autonomie de la faute disciplinaire, la seconde repose davantage sur un souci d'équité : éviter que le salarié délinquant ne soit mieux considéré, au regard des règles du licenciement, que le salarié pénalement innocent.

*
**

En définitive, le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil permet dans une certaine mesure de rationaliser les solutions susceptibles d'être retenues par le juge du contrat de travail concernant le licenciement disciplinaire d'un salarié relaxé par la juridiction répressive. Mais l'on peut se demander si le principe de la présomption d'innocence n'est pas lui aussi en train de pénétrer progressivement le droit du licenciement à travers le second alinéa de l'article L 122-14-3 du code du travail qui dispose : « Si un doute subsiste, il profite au salarié ».

L'admission d'un tel principe en la matière n'irait pas sans quelques bouleversements. Si l'on assimile le salarié à la « personne poursuivie », ne faudrait-il pas en conclure, dès lors que l'employeur invoque une infraction pénale comme motif de congédiement, que la présomption d'innocence doit faire peser sur lui l'*onus probandi* et non plus la seule charge de l'allégation du motif réel et sérieux ? *Quid* alors du principe de neutralité de la charge de la preuve en matière de cause réelle et sérieuse ?

La présomption d'innocence pourrait également remettre en question une jurisprudence relativement récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation à propos du non-lieu dont peut bénéficier un salarié à l'issue de poursuites pénales engagées contre lui. Elle décide que « les ordonnances de non-lieu, qui sont provisoires et révocables, ne peuvent donc, quels que soient leurs motifs, exercer aucune influence sur l'action portée devant les juridictions civiles »⁵⁶. S'agissant de l'instance en licenciement disciplinaire, l'affirmation apparaît pour le moins péremptoire. La présomption d'innocence couvrant la phase d'instruction du procès pénal, la personne qui bénéficie d'un non-lieu doit être regardée, d'une manière générale, comme innocente de l'infraction reprochée. En conséquence, comment ne pas douter du bien-fondé de l'allégation de l'employeur motivant sa demande en licenciement par une infraction que le magistrat instructeur n'a pu établir, surtout lorsque l'on connaît les moyens d'investigations dont peut disposer ce dernier en vertu de l'article 81 du code de procédure pénale ?

Si l'on estime que l'évolution du droit du licenciement tend à renforcer les garanties des salariés, force est alors de convenir que, parallèlement au principe de chose jugée, la présomption d'innocence peut apporter à l'édifice législatif et jurisprudentiel une contribution non négligeable.

56. Soc. 27 févr. 1991, *Mme Pasquier c/ SARL des encres G. et P. Brancher Frères, Cerit.*

La mise en mouvement de l'action publique en matière fiscale

Rezki AIT.IHADADENE

Docteur en droit.

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche.

Certaines administrations sont investies du droit de mettre en mouvement et d'exercer l'action publique, en vue de la répression des infractions commises au détriment des intérêts qu'elles gèrent¹. Ce droit est distinct de celui par lequel l'Etat assure en justice, par l'intermédiaire de l'agent judiciaire du Trésor, la défense des intérêts patrimoniaux lésés par une infraction.

Le régime de l'action publique et les pouvoirs de ces administrations sont très divers, mais dans tous les cas ces pouvoirs sont plus étendus que ceux du ministère public ; leur action est non seulement répressive, mais aussi réparatrice.

En matière fiscale, le régime répressif est particulièrement complexe et donne lieu, d'une part, à l'action pénale menée en principe par le ministère public et, d'autre part, à l'action fiscale exercée par l'administration, assorties respectivement de sanctions pénales et de sanctions fiscales avec possibilité de transiger pour ces dernières. Néanmoins, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la mise en mouvement de l'action publique. Celle-ci peut être définie comme l'activité procédurale exercée au nom de la société par le ministère public pour faire constater par le juge compétent le fait punissable, établir la culpabilité du délinquant et obtenir le prononcé d'une sanction².

Toute infraction pénale apporte un trouble à l'ordre social. Mais, en outre, elle peut occasionner un dommage à la personne physique ou morale ; tel est l'objet de l'action civile, qui peut être exercée en même temps que l'action publique et devant le même juge.

S'agissant d'infractions lésant les intérêts de certaines administrations, la loi leur donne le droit d'agir, parallèlement au ministère public. Ce caractère qui justifie l'attribution d'un pouvoir de mise en mouvement de l'action publique à diverses administrations telles que l'administration fiscale est à notre avis très révélateur de l'inclusion du ministère public au sein du pouvoir exécutif et de son absence d'appartenance au pouvoir juridictionnel exercé par l'autorité judiciaire.

Ces administrations agissent pour la défense d'intérêts patrimoniaux et répressifs, ce qui confère à leur action un caractère original³. Néanmoins, l'exercice de l'action publique par les agents de certaines administrations est exceptionnel et ne doit pas être

1. V^o J.-Cl. *Procédure pénale*, Action publique, n^o 105.

2. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, p. 38 et s.

3. *Ibid.*

confondu avec la mise en mouvement de l'action publique qui ne comprend que l'acte initial saisissant la juridiction d'instruction ou de jugement⁴.

Selon l'article 1^{er} du code de procédure pénale, l'action publique peut être mise en mouvement par la seule décision du ministère public. Or, la Cour de cassation dans un arrêt du 2 novembre 1948 a estimé « qu'il en va autrement lorsqu'un texte formel assujettit l'exercice de l'action publique à la nécessité d'une plainte préalable... »⁵.

Le caractère exceptionnel de l'action publique exercée par l'administration fiscale lui offre la faculté de disposer de cette action. En d'autres termes, toute initiative du parquet est condamnée et toute possibilité de poursuite est exclue sans l'autorisation préalable de l'administration qui peut décider de la mise en mouvement ou de l'extinction de l'action publique.

En droit français, la mise en mouvement de l'action publique ne relève pas d'un principe de légalité des poursuites, qui imposerait au parquet de poursuivre toute infraction pénale venant à sa connaissance ; c'est au contraire le principe de l'opportunité qui est consacré pour le déclenchement de la répression. Le parquet est alors libre de donner la suite qu'il veut à l'affaire sous réserve de l'obéissance hiérarchique : le procureur peut mettre en mouvement l'action publique ou classer le dossier sans suite⁶.

Le code de procédure pénale dispose que : « le procureur de la République reçoit les plaintes et dénonciations et apprécie la suite à leur donner »⁷, et il faut considérer que son pouvoir n'est pas limité aux plaintes et dénonciations mais s'étend à tout acte qui l'avertit de la commission d'une infraction (exemple : les procès-verbaux établis par l'administration).

Tout le problème est de savoir si dans la poursuite des infractions fiscales, le ministère public garde sa liberté de manœuvre ou au contraire est tenu par la décision de l'administration ?

En matière fiscale, la subordination de l'autorité judiciaire à la partie lésée apparaît incontestablement au plan de l'exercice de l'action publique dont la mise en mouvement est tout entière soumise au dépôt de la plainte de l'administration.

Dans ce domaine, en effet, le déclenchement de l'action publique n'est pas laissé à la libre initiative du parquet. Celui-ci ne peut exercer son pouvoir et décider d'agir avant d'avoir été saisi d'une plainte de l'administration⁸, qui est donc juge de l'opportunité de poursuivre les infractions fiscales sanctionnées pénalement⁹. Il est indéniable par conséquent que le pouvoir du ministère public est tout entier subordonné au pouvoir d'appréciation préalable des services fiscaux¹⁰.

La nécessité d'une plainte préalable constitue sans aucun doute une restriction au principe de l'opportunité des poursuites¹¹, mais il faut rappeler que la plainte de l'administration fiscale ne met pas elle-même l'action publique en mouvement : « elle saisit seulement le parquet de l'ensemble des faits constatés et il appartient au ministère public d'apprécier la suite à leur donner »¹².

Certes, l'administration fiscale y tient un rôle déterminant en intervenant dans l'ensemble du déroulement du procès pour assurer la répression la plus efficace du délit. Mais elle ne dispose pas d'un pouvoir exclusif dans la mise en mouvement de l'action publique puisqu'elle partage celui-ci avec la Commission des infractions fiscales.

4. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation comparée*, Paris, 1947.

5. Crim. 2 nov. 1948, S. 1.80.

6. Merle et Vitu, *op. cit.*, n° 281 et s.

7. Art. 40, al. 1, c. pr. pén.

8. Karnaleguen (F.), Le juge de la fraude fiscale, in *Regards sur la fraude fiscale*, Economica, 1986, p. 173.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. Cf. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, p. 336.

12. Jeandicler (W.), *Droit pénal des affaires*, p. 198, n° 182.

I. - NÉCESSITÉ DE L'AVIS CONFORME DE LA CIF

La Commission des infractions fiscales (CIF) a été instituée par la loi du 29 décembre 1977, accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale. Le législateur a estimé qu'il serait plus conforme à la justice de faire intervenir un organe indépendant dans la mise en œuvre des plaintes tendant à l'application des sanctions pénales en matière d'impôts directs, de taxe sur le chiffre d'affaires, de droits d'enregistrement et d'organisation d'insolvabilité.

En effet, cet organisme a pour objet principal de contrôler le pouvoir discrétionnaire dont disposaient les agents du fisc pour déclencher les poursuites pénales. Désormais celles-ci ne seraient plus de la compétence de la seule administration, mais elles ne seraient déposées qu'après l'avis de la CIF, qui lierait le ministre et ses fonctionnaires. En cas d'avis favorable, le ministre du Budget dépose une plainte auprès du parquet en vertu d'une compétence liée ¹³.

Le procureur de la République ne peut mettre en mouvement l'action publique que dans la mesure où l'administration a préalablement déposé une plainte. Il s'agit d'une formalité substantielle dont le respect est d'ordre public ; il s'ensuit que les juges du fond seraient en droit de déclarer d'office l'irrecevabilité découlant de son inobservation ¹⁴. C'est ce qui ressort de l'article L. 228 alinéa 1 du livre des procédures fiscales qui dispose que : « Sous peine d'irrecevabilité les plaintes tendant à l'application des sanctions pénales en matière d'impôts directs... sont déposées par l'administration sur avis conforme de la Commission des infractions fiscales. »

L'article L. 229 du livre des procédures fiscales énonce que « les plaintes sont déposées par le service chargé de l'assiette ou du recouvrement de l'impôt sans qu'il y ait lieu de mettre au préalable le contribuable en demeure de régulariser sa situation ».

La plainte se présente sous la forme d'une lettre au procureur de la République dans laquelle sont analysés les faits constitutifs du délit pour en établir l'existence tant dans ses éléments matériels que dans son élément intentionnel. Elle précise bien entendu qu'elle est déposée en conformité avec l'avis de la CIF. La date de la saisine et celle de l'avis de la commission y sont mentionnées afin de permettre à l'autorité judiciaire d'apprécier la régularité de la procédure au regard de la prescription de l'action publique ¹⁵.

La plainte vise les personnes désignées à la CIF comme ayant participé à la réalisation de la fraude mais également, d'une façon générale, tous autres dont la culpabilité à titre d'auteurs principaux, de coauteurs ou de complices viendrait à être établie par l'information et que le juge d'instruction pourra inculper par application des dispositions de l'article 80 alinéa 3 du code de procédure pénale.

La mise en œuvre de la procédure juridictionnelle résulte d'une décision que seule l'administration représentée par le directeur des services fiscaux est habilitée à prendre.

A une question demandant selon quels critères l'administration décide de soumettre une affaire à la CIF afin d'engager des poursuites correctionnelles, la Direction générale des impôts a fait la réponse suivante ¹⁶ : « l'administration fiscale attache une importance essentielle aux poursuites pénales à la fois parce que la fraude fiscale constitue une des formes majeures de la délinquance financière et parce qu'il s'attache aux sanctions pénales un très fort effet dissuasif. Dans cette perspective, le choix des affaires susceptibles de donner lieu à l'engagement des poursuites correctionnelles s'effectue essentiellement

13. Cf. art. L 228, al. 3, du *LPF*.

14. Cass. crim. 15 déc. 1987, n° 8783475. *Dr. fisc.* 88, n° 39, Comm. 1780.

15. *BODGI* 13 N. 4214 B.

16. Ces critères ont été notamment exposés dans la circulaire commune Direction générale des impôts du 30 oct. 1981. *Dr. fisc.* 1982, n° 1, ID CA et E 7147 ; *Dr. fisc.* 1988 n° 40, Comm. 1840 lors de la Journée d'études et d'information du 24 nov. 1987 organisée à Strasbourg.

en considération de la nature, de l'importance et de la gravité de la fraude sans qu'il soit fait exception de la qualité sociale ou professionnelle de ses auteurs. Ceci n'exclut pas bien entendu qu'il soit tenu compte le cas échéant des circonstances humaines propres à chaque cas particulier.

« D'une façon générale, l'administration fiscale estime que l'application des pénalités fiscales encourues doit suffire dans la grande majorité des cas à sanctionner par une réparation pécuniaire appropriée les manquements aux obligations prescrites par le code général des impôts et qu'une utilisation sélective des poursuites correctionnelles réservées aux cas les plus répréhensibles est plus conforme à leur finalité propre que la poursuite massive du délit telle que pourrait l'autoriser une stricte application des seuils quantitatifs visés à l'article 1741.

« Dans cette perspective, l'administration considère qu'il faut réserver une suite pénale non seulement à certains types d'agissements particulièrement élaborés destinés à faire échapper leur auteur aux investigations les plus poussées ou qui s'accompagnent de manœuvres ou de procédés ayant pour objet de donner une apparence de régularité à des opérations frauduleuses, mais encore à ceux qui, pour banales qu'en aient été les modalités d'exécution, n'en sont pas moins efficaces et révélateurs de la volonté de leurs auteurs de ne pas se soumettre à l'établissement ou au paiement de l'impôt... »

L'administration, après avis de la commission, apprécie s'il y a lieu ou non d'engager les poursuites sans que la légalité de sa décision puisse être contestée en dépit du risque d'arbitraire¹⁷.

La plainte doit être signée par le directeur départemental des services fiscaux, seul compétent pour prendre la décision et préciser l'objet de la poursuite¹⁸. Elle mentionne que l'administration se constituera partie civile en cours d'information ; elle indique également si elle entend demander au tribunal la fixation de la durée de la contrainte par corps pour le recouvrement des impositions, majorations de droits ayant motivé les poursuites pénales en matière d'impôts directs.

II. – LES EFFETS DE LA SAISINE DE LA COMMISSION

La saisine de la commission permet à l'administration de prolonger la procédure préalable du dépôt d'une plainte.

L'article L. 230 alinéa 3 dispose que « la prescription de l'action publique est suspendue pendant une durée maximale de six mois entre la date de la saisine de la commission et la date à laquelle elle émet son avis ». L'avis de la commission, qu'il soit favorable ou défavorable, n'a pas à être motivé¹⁹.

L'initiative de la proposition d'engagement des poursuites correctionnelles appartient à l'administration, mais le principe de la sanction est apprécié entièrement par la commission et engage le ministre, qui doit en vertu de la loi respecter les décisions de la commission²⁰.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne prive l'administration fiscale du droit d'apprécier si elle doit donner une suite judiciaire aux infractions visées à l'article 1741 du code général des impôts portées à sa connaissance, et ne lui fait pas obligation d'engager des poursuites pénales pour fraude fiscale²¹.

17. Cass. crim. 21 mai 1978, req. n° 7892205 B. *Dr. fisc.* 1979 n° 48, *Comm.* 2313.

18. Rouen 27 nov. 1979, *Dr. fisc.* 1980, *Comm.* 2313.

19. Cf. art. R* 228.6 LPF.

20. Cahen Salvador (J.), *Les activités de la CIF et ses relations avec la DGI*, in *Contentieux fiscal, STH*, 1988, p. 73 et s.

21. CE 5 nov. 1980, *RJF* 1981, p. 45 ; *Dr. fisc.* 1981, *Comm.* 365.

La décision rendue par la haute assemblée²² illustre le principe jurisprudentiel traditionnel selon lequel l'administration n'est jamais tenue d'engager des poursuites pénales ni même de faire constater une infraction sauf si un texte particulier le lui prescrit. Le recours dirigé contre la décision du directeur des services fiscaux refusant d'engager des poursuites est rejeté dès lors qu'il ne ressort pas des pièces versées au dossier que ce refus soit entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir.

Cet arrêt du 5 novembre 1980 vient apporter une solution nouvelle aux limites du pouvoir d'appréciation dans le domaine particulier de l'opportunité des poursuites. Traditionnellement soumis au contrôle restreint de l'erreur de droit, de l'erreur de fait et du détournement de pouvoir, le refus de poursuivre est désormais analysé par le juge administratif au regard de l'erreur manifeste d'appréciation²³.

En revanche, si l'administration décide de déposer une plainte en cas d'avis favorable à l'engagement des poursuites pénales, le contribuable est informé de la suite donnée à son affaire.

Dès lors que l'avis de la commission, donné après examen de l'affaire, est favorable aux poursuites envisagées par le ministre des Finances contre le contribuable auquel est reproché une infraction définie aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, la plainte de l'administration saisit nécessairement le parquet de l'ensemble des faits constatés²⁴.

L'avis de la commission laisse entier le pouvoir du procureur de la République d'apprécier la suite à donner à une plainte de l'administration des impôts²⁵. Le procureur de la République peut, notamment, soit ouvrir une information, soit après enquête complémentaire, s'il y a lieu, déférer à la juridiction correctionnelle les personnes contre lesquelles il estime devoir exercer l'action publique à raison du ou des délits prononcés²⁶.

Il faut observer qu'il ne peut y avoir d'autosaisine de la Commission des infractions fiscales. Celle-ci n'a aucun caractère juridictionnel. C'est un organisme *sui generis* qui apprécie souverainement l'opportunité pour le ministre du Budget d'engager ou non des poursuites pénales contre le contribuable en cause.

La commission est saisie *in rem*, c'est-à-dire que les avis de la commission visent la ou les personnes nommées par l'administration mais, une fois son avis rendu, le pouvoir de l'autorité judiciaire s'exerce dans la plénitude et, notamment, dès que la plainte est déposée, il appartient aux magistrats de rechercher et d'analyser les auteurs et complices du délit de fraude fiscale, même si ces personnes n'ont pas été nommément visées dans son avis²⁷.

III. - LE CONTRÔLE DE LA PROCÉDURE DEVANT LA CIF : COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Une divergence d'interprétation est née entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation quant à la détermination de la juridiction administrative ou judiciaire compétente pour apprécier la régularité du dépôt de la plainte pour fraude fiscale et notamment au sujet de la procédure préalable devant la Commission des infractions fiscales.

22. Même arrêt.

23. V. Thouroude (J.J.), Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites? *Gaz. Pal.* 1981.Doctr.495.

24. Crim. 2 mai 1984. *Bull.* n° 151, p. 389; *Gaz. Pal.* 1984.2.513; *Dr. fisc.* 1985, Comm. 682.

25. Même arrêt.

26. Crim. 4 janv. 1988, *Dr. fisc.* 1988, Comm. 1481.

27. Paris. 26 avr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.447. Note Doucet.

La Cour de cassation a pour sa part considéré que, dès lors qu'aucune atteinte n'était portée aux droits de la défense, le contribuable prévenu de fraude fiscale était irrecevable à contester la procédure administrative préalable à l'avis favorable émis par la CIF, lequel conditionne la recevabilité des plaintes de l'administration des impôts, mais dont le juge pénal doit seulement constater la réalité et la date²⁸.

Le Conseil d'Etat, quant à lui, a estimé que « la décision par laquelle le directeur des services fiscaux dépose plainte pour infraction fiscale contre le contribuable n'est pas détachable de la procédure pénale à laquelle elle donne lieu ; que par suite la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître de conclusions tendant à l'annulation d'une telle décision, alors même que seraient invoquées à l'appui de ces conclusions de prétendues irrégularités de procédure préalables au dépôt de la plainte... »²⁹.

Saisi de cette difficulté, le Tribunal des conflits a tranché en décidant que de tels actes nécessaires à la mise en mouvement de l'action publique n'étaient effectivement pas détachables de celle-ci, et qu'il appartenait donc aux tribunaux judiciaires d'en connaître sous réserve d'éventuelles questions préjudicielles³⁰.

Il faut dire que jusqu'à l'arrêt du 19 décembre 1988 la Chambre criminelle avait refusé aussi de contrôler la régularité de la composition de la commission et la décision rendue par celle-ci³¹. Dans la lignée de la solution dégagée par le Tribunal des conflits, dans la décision précitée, la Cour de cassation a rendu un arrêt qui s'inscrit dans ce changement.

Dans cette affaire³², les juges du fond avaient été régulièrement saisis dans le cadre d'une poursuite pour fraude fiscale d'une exception de nullité tirée du non-respect des formalités prévues aux articles L. 228 et R. 228.2 du livre des procédures fiscales qu'ils avaient résolument écartées sur le fondement de la jurisprudence de la Chambre criminelle précitée. Cet arrêt a été cassé pour méconnaissance du principe posé par le Tribunal des conflits.

Les décisions récentes³³ rendues par la haute juridiction confirment sa compétence à contrôler la régularité de la procédure suivie devant la CIF. Dans ces trois arrêts, les requérants contestaient la procédure suivie devant la commission.

Dans la première espèce, le contribuable soutenait que les droits de la défense n'avaient pas été respectés : une lettre recommandée avec accusé de réception prévue par l'article L. 228 du livre des procédures fiscales ne présentait pas les garanties nécessaires pour l'informer de la saisine de la CIF.

Dans les deux autres espèces, les plaignants se fondaient sur les violations des articles 6 de la loi du 17 juillet 1978 et 6-3 a de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi le principe du contradictoire n'aurait pas été respecté. Les contribuables n'avaient pas eu accès à leur dossier. Ils avaient été simplement informés de l'essentiel des griefs retenus contre eux, mais par contre ils avaient été invités à formuler leurs observations dans un délai de trente jours.

Aussi pour rejeter l'exception de nullité soulevée par les contribuables et tirée d'une prétendue violation des droits de la défense, au prétexte que la procédure préalable dont ils ont été l'objet devant la CIF aurait méconnu le principe du contradictoire, les juges du fond énoncent justement que l'article L. 228 du livre des procédures fiscales n'a pas institué de débat contradictoire devant ladite commission, organe consultatif et non juridictionnel, et n'a prévu qu'une procédure administrative.

28. Cass. crim. 2 déc. 1985, *Bull.* n° 385.

29. CE 23 avr. 1986, Req. n° 65461 (non publié).

30. TC 19 déc. 1988, *Dr. fisc.*, n° 11, Comm. 551.

31. Cass. crim. 6 avr. 1987, *Bull.* n° 158, p. 427 ; Crim. 25 sept. 1987, *Dr. fisc.* 1988, n° 24, Comm. 1197, *Bull.* n° 316, p. 849.

32. Cass. crim. 26 févr. 1990, *RJF* 90/7, n° 900.

33. Cass. crim. 28 janv. 1991 (trois arrêts). *Gaz. Pal.* 8.11 mai 1991. Note Bayet p. 14 ; Tixier et Lamulle, *Dr. fisc.* 1991, n° 21 et 22.

La haute juridiction est allée plus loin en observant que le principe du contradictoire reconnu par la CEDH ne saurait s'appliquer au cas où une cour d'appel a refusé de prononcer la nullité d'un avis rendu par la CIF sur les poursuites engagées contre un contribuable, dès lors que les juges constatent que l'avis rendu par ladite commission contient les indications permettant de connaître l'autorité qui l'a saisie, la date de cette saisine et l'identité de la personne mise en cause par l'administration (...), la commission susvisée ne constituant pas un premier degré de juridiction et l'avis qu'elle donne au ministre n'ayant pour but que de limiter le pouvoir discrétionnaire de ce dernier d'engager les poursuites.

De même, les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 portant amélioration des relations entre l'administration et le public, et notamment celles autorisant l'accès aux documents administratifs, sont sans incidence sur la régularité de la procédure suivie en application de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales.

En effet, le dossier transmis à la CIF a bien le caractère d'un document administratif. Toutefois l'article 6 de cette loi comporte des exceptions, notamment quant à la communication des rapports de vérification. Pourtant le Conseil d'Etat a, malgré cette disposition, obligé l'administration à produire lesdits documents³⁴.

Pour déterminer si la communication de rapports de vérification a été ou non refusée à bon droit aux contribuables concernés, le juge peut se faire communiquer les rapports en cause sans être pour autant tenu de les communiquer lui-même à ce stade au requérant, nonobstant le caractère contradictoire de la procédure³⁵.

En vérité, l'administration continue de s'abriter derrière le secret pour empêcher les contribuables d'accéder aux documents en question. Nous assistons à un système dans lequel le contribuable suspecté est déjà présumé coupable et la commission au lieu de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale ne fait que marquer la toute puissance de celle-ci.

Le contrôle de la Chambre criminelle sur la procédure suivie devant la CIF et sur l'avis rendu par cette dernière s'exerce donc d'une façon limitée³⁶. Elle se borne à vérifier seulement l'autorité qui a saisi la commission, la date de la saisine et l'identité de la personne mise en cause, alors qu'il est nécessaire pour les juridictions judiciaires de vérifier si les poursuites engagées sont conformes à l'avis rendu par la CIF. Cette procédure qui entendait assurer un plus grand respect des droits de la défense est remise en cause par la doctrine³⁷. Certains préconisent au contraire une commission préjudicielle plus marquée pour mieux assurer devant elle l'exercice de ces droits, en permettant par exemple de contester les griefs et les qualifications pénales retenus par l'administration³⁸.

La création de la Commission des infractions fiscales a été une réforme en trompe-l'œil, car elle n'a jamais empêché l'administration de poursuivre à son gré tel ou tel contribuable, et l'existence de cette commission n'empêche pas également une sélection des dossiers par l'administration, qui risque d'être arbitraire. Bien plus, l'administration a su utiliser au mieux cette institution³⁹.

D'autres souhaitent la suppression pure et simple de la Commission des infractions fiscales et son remplacement par une commission formée de conseillers de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, au fait de toutes les techniques de fraudes. Une

34. CE 1^{er} déc. 1989, *Dr. fisc.* 1990, n° 10, Comm. 469 note Schmitt.

35. CE 23 mai 1990, *RJF* 7/90.855.

36. Tixier et Lamulle, *op. cit.*

37. B. de Massiac, La CIF ou les avatars d'une réforme en trompe-l'œil, *Droit pénal*, mai 1990, Chron. p. 1 ; Tixier (G.) et Lamulle (T.). Note s/Cass. crim. 21 oct. 1991 et Poitiers 14 nov. 1991, *Dr. fisc.* 1992, n° 2, p. 633.

38. B. de Massiac (B.), *op. cit.*

39. *Ibid.*

telle intervention étant rendue nécessaire pour ne pas surcharger davantage les tribunaux répressifs⁴⁰.

Bien que cette commission offre à chacune des personnes mises en cause par l'administration la garantie que son dossier a été étudié par un organisme soit disant indépendant, puisque sa logistique est assurée par l'administration⁴¹ (les moyens nécessaires au fonctionnement du secrétariat, notamment les moyens en personnel, sont mis à la disposition du président de la commission par le ministre du Budget), il n'en demeure pas moins qu'il faudrait redonner au parquet sa liberté d'agir pour mieux contrôler la procédure et veiller au nécessaire respect par l'administration des garanties accordées aux contribuables.

40. Tixier et Lamulle, *op. cit.*

41. CGI, Ann. 2, art. 384 septies OD.

L'historique du rôle du procureur général et du solliciteur général du Canada en droit pénal

François LACASSE¹

Avocat au ministère de la Justice du Canada

Le Canada est une fédération au sein de laquelle s'opère un partage des pouvoirs étatiques entre le gouvernement fédéral d'une part, et les dix gouvernements provinciaux d'autre part².

L'administration de la justice, y compris la justice criminelle, est divisée entre les deux paliers de gouvernement. Au niveau fédéral, l'administration de la justice pénale est elle-même scindée essentiellement entre deux ministères, à savoir le ministère de la Justice et le ministère du Solliciteur général. Ce partage, loin de remonter à la naissance du Canada, est d'origine relativement récente. C'est en 1966 seulement que le ministère du Solliciteur général voyait le jour bien que la charge de solliciteur général, elle, remonte à la période coloniale et trouve sa source dans l'Angleterre médiévale.

L'objectif du présent article est de brosser un tableau de l'évolution et de l'état actuel des charges de procureur général et de solliciteur général du Canada à titre d'officiers de la Couronne chargés d'administrer la justice pénale à l'échelon fédéral au Canada.

I. - PÉRIODE PRÉ-CONFÉDÉRATIVE

Le premier système d'administration de la justice européen³ implanté en territoire canadien est d'origine française⁴. Cependant, puisque toutes les institutions pénales françaises devaient disparaître lors de la conquête de 1759, il n'y a pas lieu de s'y attarder.

Il en va tout autrement des *Law Officers of the Crown* britanniques, c'est-à-dire l'*Attorney General* et son assistant, le *Solicitor General* qui sont importés au Canada en même temps que les institutions coloniales. Un bref exposé de leur origine et de leur rôle s'impose afin de comprendre l'évolution au Canada des *Law Officers of the Crown*.

1. Les opinions émises dans cet article sont celles de l'auteur uniquement et ne représentent aucunement celles du ministère de la Justice du Canada. L'auteur tient à remercier M. Daniel A. Bellemare, c.r., sous-procureur général adjoint au ministère de la Justice du Canada, et Mme Michelle Boivin, professeur à l'Université d'Ottawa.

2. Ce partage des compétences se retrouve essentiellement dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, loi qui a créé le Canada ; anciennement l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 30-31 Victoria, chap. 3 adopté par le Parlement britannique.

3. Les autochtones établis bien avant les Européens avaient leurs propres institutions de règlements de conflits.

4. Pour un exposé concernant l'administration de la justice pénale en Nouvelle-France, V. Phillip C. Stenning, *Appearing for the Crown*, Cowansville (Québec), Brown Legal Publications Inc., 1986, p. 33 à 37.

A. – L'origine des Law Officers of the Crown

Durant la période de formation de la *common law*, les juges des cours royales itinérantes étaient chargés d'administrer la justice et les affaires du royaume pour le compte du roi. Ceci a donné lieu à une centralisation de l'exercice du pouvoir et à une unification du droit, à un droit commun d'où le terme *common law*. Il faudra néanmoins plusieurs siècles avant que ce phénomène d'unification du droit et de centralisation des institutions judiciaires ne se réalise. Durant cette période, diverses instances judiciaires, notamment les *manorial courts*, prolifèrent et échappent au contrôle de la royauté. D'autre part, même si les juges royaux agissent pour et au profit de la Couronne, ils doivent malgré tout faire preuve d'une certaine impartialité dans l'accomplissement de leur tâche. Il n'est pas étonnant, dans ces circonstances, que le roi ait ressenti le besoin d'être représenté d'une façon plus personnelle devant les divers tribunaux du royaume. Pour ce faire, il retient les services d'un représentant particulier, le *King's Attorney*⁵, chargé de faire valoir les intérêts particuliers de la Couronne dans toute affaire judiciaire susceptible de l'intéresser.

Si au départ ces nominations sont ponctuelles en fonction des besoins du moment, la coutume de nommer un représentant détenant un mandat général, l'*Attorney General*, se développe assez rapidement. Plusieurs *Attorneys General* peuvent alors exercer en même temps et concurremment avec une autre catégorie de représentants de la Couronne, les *King's Sergeants*, qui agissent devant les cours d'une autre juridiction⁶. Il semble que les *King's Sergeants* aient eu au départ une certaine prééminence sur les *Attorneys General* mais, dès le XIV^e siècle, le mouvement se renverse puisqu'en 1399 un *King's Attorney* est nommé avec le mandat de veiller sur toutes les affaires impliquant la Couronne devant tous les tribunaux. Cette pratique se poursuit durant le XV^e siècle et en 1461 le *principal King's Attorney* devient le *Attorney General of England*⁷. On crée la même année le poste de *King's Solicitor* pour des motifs plus ou moins obscurs. Celui-ci acquiert cependant rapidement le statut de premier assistant de l'*Attorney General* et son titre devient celui de *Solicitor General* en 1515⁸.

Les *King's Sergeants* ne disparaissent pas pour autant. Au nombre de 2 à 4, ils conservent longtemps leur titre d'officiers de justice de la Couronne. L'ascendance de l'*Attorney General* et du *Solicitor General* ne se manifeste que graduellement pour s'affirmer complètement vers le XVII^e siècle⁹.

A l'époque, le rôle des *Law Officers of the Crown* en matière pénale consiste surtout à intenter des poursuites pour le compte de la Couronne¹⁰. Il faut cependant préciser que l'appareil des poursuites pénales s'en remet alors en grande partie aux initiatives des particuliers même si ces poursuites sont conduites au nom de la Couronne. Le rôle de l'Etat se confine à intervenir uniquement dans certaines causes. Ainsi, l'*Attorney general* se charge pour la Couronne d'intenter des poursuites présentant un intérêt particulier, notamment les accusations à connotation politique¹¹.

5. La première nomination connue aurait eu lieu en 1243 selon J.L.J. Edwards, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet and Maxwell, 1964, p. 15.

6. Selon J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (2nd), Londres, Butterworths, 1979, p. 142 ; les *Attorneys General* exerçaient surtout devant la *King's (ou Queen's) Bench* alors que les *King's ou Queen's Sergeants* plaidaient devant la *Court of Common Pleas*.

7. P.C. Stenning, *supra*, p. 16.

8. *Ibid.*

9. Edwards, *supra*, p. 30-31, explique ce changement par trois facteurs : le fait que les *Sergeants* ne pratiquaient que devant la Cour des *Common Pleas* et ont suivi celle-ci dans son déclin ; le fait qu'à partir du XVII^e siècle les *Attorney General* et *Solicitor General* aient été au courant des problèmes politiques parce qu'ils avaient un siège à la *House of Commons* ; et, finalement, le fait que ces derniers étaient souvent sélectionnés pour occuper par la suite de hautes fonctions judiciaires.

10. Le principe de l'opportunité des poursuites régit le système des poursuites pénales en Angleterre.

11. P.C. Stenning, *supra*, p. 17.

L'*Attorney General* exerce alors certains autres pouvoirs en matière de poursuites pénales. Il a ainsi le droit de la « dernière réplique » au jury dans tous les procès qui l'impliquent. Il contrôle les appels en matière pénale par le biais de la procédure du *fiat*¹². Il peut également mettre fin à toute poursuite pénale en inscrivant un *plaidoyer de nolle prosequi*¹³ au dossier, non seulement pour les poursuites intentées par la Couronne mais également pour les poursuites privées.

Son rôle ne se borne cependant pas à tenter et à superviser les poursuites pénales. L'*Attorney General* s'impose à titre de premier conseiller juridique de la Couronne. Plus tard, avec l'avènement du gouvernement responsable, il devient d'usage que les *Law Officers* détiennent un siège à la *House of Commons*. Bien qu'ils soient membres du gouvernement, les *Law Officers* ne font cependant jamais partie du *Cabinet*¹⁴. C'est toujours le cas aujourd'hui. La raison d'être de cette convention constitutionnelle est d'isoler l'*Attorney General* de toute pression politique partisane susceptible d'être exercée par les membres du *Cabinet* et qui pourrait l'influencer dans l'accomplissement de ses fonctions de poursuivant en chef du Royaume-Uni.

Au début du XVIII^e siècle donc, les *Law Officers* sont solidement implantés au sein du gouvernement britannique à titre de premiers jurisconsultes et procureurs en chef de la Couronne.

B. – La première colonie anglaise au Canada

Dès 1749, soit avant la conquête, les Anglais instaurent une colonie en territoire canadien à Halifax en Nouvelle-Ecosse. À peine arrivés, les colons anglais s'organisent. Ils importent avec eux leur *common law* et leurs institutions gouvernementales. Un *Council* est mis sur pied afin de voir à l'administration générale de la colonie naissante, ce qui comprend évidemment les affaires judiciaires. Dès l'année suivante, un *King's Attorney* est nommé pour prendre en charge les affaires juridiques de la colonie. Il s'agit de la première charge de procureur général au Canada calquée sur le modèle britannique. Une loi de 1762 établit clairement son rôle de procureur¹⁵. Dès 1799, le poste de *Solicitor General* existe également ; tout comme en Angleterre il est le second de l'*Attorney General*.

Bien que la charge d'*Attorney General* de la Nouvelle-Ecosse soit d'inspiration britannique, le titulaire canadien de celle-ci se démarque rapidement de son homologue anglais quant au rôle qu'il est appelé à jouer en matière de poursuites criminelles. En effet, l'*Attorney General* néo-écossais assume un contrôle beaucoup plus important des poursuites. Aucune poursuite ne peut être intentée par une partie privée sans le consentement de la Couronne¹⁶.

Plusieurs hypothèses peuvent expliquer ce phénomène¹⁷. En premier lieu, le système de poursuites pénales de la mère-patrie résulte d'une évolution de traditions anciennes bien ancrées dans la société anglaise. Ces traditions n'existant évidemment pas dans la nouvelle colonie, on ne peut donc pas s'en remettre aux parties privées pour assurer les poursuites. Dans les rares cas d'initiative privée, il semble que la tendance des Anglais d'avoir recours à un avocat pour instituer des poursuites se soit répercutée en

12. Cette procédure consiste simplement en une permission écrite de faire appel lorsque existe une erreur manifeste au dossier.

13. Le terme *nolle prosequi*, signifie littéralement « je ne consens pas à ce qu'il y ait poursuite ». Tel que l'affirme Edwards, *supra*, à la p. 227, il est normal que la Couronne, au nom de qui toutes les poursuites sont engagées, ait le pouvoir d'y mettre fin.

14. Le *Cabinet* est le Conseil des ministres présidé par le Premier ministre.

15. George III, chap. 3. La loi exigeait du Gouverneur qu'il « cause the Attorney General to prosecute in a summary way in any of the courts of record, all persons who wrong the Indians in their trade and dealings » dans P.C. Stenning, *supra*, p. 39.

16. P.C. Stenning, *supra*, p. 40.

17. Les hypothèses sont tirées de P.C. Stenning, *supra*, p. 40-41.

Nouvelle-Ecosse. Cependant, à cause du nombre restreint d'avocats, qui sont pour la plupart à l'emploi de la Couronne, il est normal que ces derniers assument la direction des poursuites. Une autre explication résiderait dans le fait que le processus pénal britannique fait alors l'objet de vives critiques. Plusieurs souhaitent une réforme axée sur la centralisation et l'organisation des pouvoirs de police et de poursuite. Il est possible que les autorités coloniales, au courant de ces débats, aient corrigé ces déficiences dès le début de la colonie. Par ailleurs, les premiers juristes néo-écossais provenaient en majorité des anciennes colonies américaines. Il est fort plausible qu'ils aient contribué à façonner le régime de la Nouvelle-Ecosse en important le système américain, beaucoup plus interventionniste que le modèle anglais. Finalement, la situation politique précaire de la colonie à ses débuts peut expliquer la nécessité pour les autorités d'assumer un rôle plus actif dans la conduite des poursuites, notamment celles impliquant la commission d'infractions à incidence politique. Quelle que soit l'explication, il n'en demeure pas moins que ce précédent marquera profondément la procédure pénale au Canada. Encore aujourd'hui le rôle interventionniste de l'Etat dans le processus pénal constitue une caractéristique qui distingue le système judiciaire canadien du système britannique.

Au lendemain de la conquête de 1759, la Nouvelle-France passe aux mains des Anglais et demeure durant cinq ans sous régime militaire. Suite au *Traité de Paris* de 1763, le roi établit, par proclamation royale, un gouvernement civil pour la colonie conquise. La proclamation y prévoit l'application du droit anglais. Conformément aux instructions reçues de la mère-patrie, le gouverneur plante un régime colonial semblable à celui existant déjà en Nouvelle-Ecosse. On y instaure donc un système de justice pénale (et civile) d'inspiration britannique, ce qui comprend la nomination d'un *Attorney General* qui devient pour les Canadiens-Français le « procureur général ».

Le système judiciaire britannique est d'abord mal accueilli par les Canadiens-Français qui préfèrent s'en remettre à l'arbitrage privé pour régler leurs différends. Il est difficile de mesurer l'impact de cette attitude sur le rôle des tribunaux anglais en ce qui concerne la justice pénale mais, selon Hay¹⁸, les Canadiens-Français n'auraient participé qu'à 31 % des procès pénaux à titre de plaignants alors qu'ils représentent 96 % de la population. Il faut souligner que la possibilité pour une partie privée d'intenter des poursuites criminelles est complètement étrangère au système qui avait prévalu en Nouvelle-France. Ce droit de poursuite privée aurait d'ailleurs donné lieu à certains abus qui auraient choqué la communauté canadienne-française¹⁹. Ce facteur et l'impopularité du procès par jury auraient poussé les colons français à réclamer le rétablissement de la procédure pénale française. L'opinion de ces derniers ne devait pas prévaloir puisque l'*Acte de Québec*²⁰ de 1774 maintient le droit et la procédure pénale anglaise²¹. L'adoption de cette loi marque l'implantation définitive et irrévocable du droit pénal et de la procédure pénale anglaise au Canada, y compris le Québec.

En 1782, le gouverneur du Canada nomme le premier solliciteur général²². Le Canada se voit donc doté d'un système d'administration de la justice, identique au modèle britannique. Cependant, à l'instar de la Nouvelle-Ecosse, les *Law Officers*

18. D. Hay, « The meaning of criminal law in Quebec », in Knafla, L., *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1981, p. 84, cité dans P.C. Stenning, *supra*, p. 46.

19. *Ibid.*

20. George III, chap. 83.

21. L'*Acte de Québec* réinstaurait cependant le droit privé français : soulignons que le droit pénal fait partie du droit public en *common law*.

22. Selon P.C. Stenning, *supra*, p. 49, la nomination d'un solliciteur général résulte plus de soucis politiques que d'un réel besoin ; le gouverneur de l'époque, Lord Haldiman, se méfiait de son procureur général, Sir Thomas Monk, et aurait nommé Jenkin Williams à titre de solliciteur général pour évincer Monk d'une partie de ses fonctions.

canadiens s'intéressent de façon beaucoup plus active que leurs confrères anglais au processus des poursuites²³.

C. – *L'évolution du rôle du procureur général et du solliciteur général*

Le procureur général et le solliciteur général sont à l'époque des personnages au service du gouverneur et du secrétaire anglais aux colonies, donc sous le pouvoir direct du gouvernement de Londres. Tout comme les *Law Officers* anglais, le procureur général et le solliciteur général sont censés être apolitiques : il n'est pas requis qu'ils occupent un siège au Parlement, c'est-à-dire qu'ils soient élus députés, même si, en pratique, tel est le cas la plupart du temps²⁴. Il ne leur appartient pas de s'ingérer sur la scène politique²⁵. Leur rôle se limite à agir à titre de juriconsulte pour le compte du gouvernement de l'époque. Ce rôle comprend deux volets principaux : représenter la Couronne devant les tribunaux canadiens et conseiller le gouvernement en place concernant tout problème juridique.

L'exode des Royalistes suite à la défaite anglaise lors de la guerre de l'Indépendance américaine amène la division²⁶ de la colonie en Haut-Canada et en Bas-Canada²⁷, chacune avec son propre système de gouvernement. Un procureur général et un solliciteur général sont donc également nommés pour le Haut-Canada. Les deux provinces du Haut-Canada et du Bas-Canada sont de nouveau réunies par l'*Acte d'Union* de 1840²⁸. La nouvelle province du Canada se retrouve ainsi sous un système de gouvernement unifié dans lequel sont maintenus les quatre juristes en fonction lors de l'union. Dans la décennie qui suit l'*Acte d'Union*, les colonies britanniques d'Amérique du Nord obtiennent graduellement la reconnaissance du principe du gouvernement responsable, ce qui implique que les membres de l'exécutif doivent répondre de leurs actes devant l'Assemblée législative élue et doivent être choisis au sein de celle-ci.

Cette reconnaissance affecte profondément le rôle du procureur général et du solliciteur général. Ils entrent de plain-pied dans l'arène politique. Ils doivent désormais détenir un siège à l'Assemblée législative et font partie du Conseil exécutif, le gouvernement. Dans un rapport de 1844 concernant le statut des *Law Officers of the Crown*²⁹, une commission du Conseil exécutif reconnaît de façon expresse la nouveauté du rôle politique que ces derniers doivent assumer. Les auteurs du rapport constatent l'alourdissement de leurs tâches mais insistent pour qu'ils continuent de consacrer leurs énergies aux poursuites. Le souci premier des auteurs du rapport semble être d'ordre financier. Ils désirent éviter autant que possible le recours aux avocats privés pour représenter la Couronne, cette pratique s'avérant fort onéreuse. De l'aveu d'un solliciteur général, les tâches politiques³⁰ prennent tellement de son temps qu'il ne peut plus faire face « à ses

23. *Ibid.*

24. J.L.J. Edwards, *La responsabilité ministérielle en matière de sécurité nationale*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1980, p. 21.

25. Ainsi, en 1833, le procureur général et le solliciteur général du Haut-Canada furent démis de leurs fonctions pour avoir participé à un vote visant l'expulsion d'un des députés de l'Assemblée législative, J.L.J. Edwards, *supra*, p. 36.

26. *Acte constitutionnel*, 31 George III, chap. 31.

27. Le Haut-Canada correspond à peu près à l'Ontario et le Bas-Canada au Québec.

28. 3-4 Victoria, chap. 35.

29. Committee of the Executive Council of the Province of Canada, *Report respecting the Salaries and Emoluments of the Law Officers of the Crown in this Province*, 1844, p. 26 à 100, dans P.C. Stenning, *supra*, p. 64 à 68.

30. Ces tâches politiques comprennent, entre autres, la participation aux réunions du Conseil exécutif et aux décisions du gouvernement, la participation aux débats parlementaires, la représentation d'une circonscription électorale et, bien sûr, le souci de réélection.

devoirs juridiques »³¹. Un deuxième rapport datant de 1850 fait état de l'impossibilité pour les *Law Officers* de remplir leur double mandat³². L'accroissement rapide de la population sur un territoire de plus en plus vaste aggrave la situation. Plusieurs propositions sont faites mais, contrairement à celles mises en avant auparavant, certaines ne remettent plus en question le rôle politique du procureur général. L'élément de solution se trouve plutôt dans la modification du rôle des *Law Officers* devant les tribunaux.

En 1857, l'Assemblée législative adopte le *Upper Canada County Attorneys' Act*³³. Cette loi prévoit la décentralisation de l'administration de la justice pénale en assignant un procureur de la Couronne³⁴ pour chaque comté du Haut-Canada, chargé d'intenter toutes les poursuites pénales dans son comté. Le procureur général se trouve ainsi déchargé d'une fonction qu'il ne pouvait plus, de toute façon, assumer en pratique. Les raisons qui ont poussé le gouvernement de l'époque à adopter une structure décentralisée des pouvoirs de poursuite ne sont pas d'ordre philosophique mais bien d'ordre pragmatique. Le but de cette restructuration n'est pas de contrebalancer la perte d'indépendance du procureur général vis-à-vis du politique. Il s'agit plutôt de rationaliser l'administration de la justice afin de réaliser des économies et de permettre au procureur général de se consacrer en toute liberté à son nouveau rôle au sein de l'Assemblée législative et du Conseil exécutif³⁵. Le procureur général n'a donc jamais perdu ses pouvoirs d'intenter des poursuites et les procureurs de la Couronne exercent leurs fonctions sous son contrôle et sa supervision. C'est toujours le cas aujourd'hui dans les provinces canadiennes et au niveau du gouvernement fédéral.

Quant à la charge de solliciteur général, suite à la création des procureurs de la Couronne, elle devient superfétatoire et tombe dans l'oubli pour le Haut-Canada. La charge est cependant maintenue pour le Bas-Canada et le sera au Québec après la Confédération.

II. - PÉRIODE POST-CONFÉDÉRATIVE

La *Loi constitutionnelle de 1867* opère un partage entre le pouvoir central, c'est-à-dire le fédéral, et les provinces en matière d'administration de la justice. Ce partage des pouvoirs législatifs, et par le fait même exécutifs, se retrouve essentiellement aux articles 91 et 92. Conformément à l'article 91, le Parlement fédéral³⁶ a juridiction en matière de justice pénale sur le droit criminel, y compris la procédure criminelle, et sur l'établissement, le maintien et l'administration des pénitenciers. Les provinces, quant à elles, ont compétence en vertu de l'article 92 en ce qui concerne : l'établissement, l'entretien et l'administration des prisons publiques et des maisons de correction dans la province ; l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle ; et l'imposition de sanctions, par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement, en vue de faire exécuter toute loi de la province.

On constate que le pouvoir d'édicter des lois criminelles revient au gouvernement

31. Canada, Select Committee of the Legislative Assembly Appointed to inquire into the public income and expenditure of the province, *First and Second Reports*, Toronto, Levell & Gibson, 1850, dans P.C. Stenning, *supra*, p. 109.

32. *Idem*, p. 110-111.

33. 20 Victoria, chap. 59.

34. Le terme anglais est alors *County Attorney* et sera modifié en 1946 pour devenir *Crown Attorney*.

35. P.C. Stenning, *supra*, chap. 14.

36. Assemblée législative fédérale comprenant la Chambre des communes composée des députés élus au suffrage universel et le Sénat composé de sénateurs nommés par le pouvoir exécutif.

central. Il s'agit d'un choix délibéré des « Pères de la Confédération »³⁷, fondé sur l'expérience américaine. La Constitution des Etats-Unis prévoit en effet que le pouvoir d'adopter des lois pénales revient à chacun des Etats. John A. Macdonald³⁸ affirme d'ailleurs que l'attribution du pouvoir d'adopter des lois criminelles en faveur des Etats est [traduction] « l'un des défauts du système des Etats-Unis »³⁹. On considère qu'il est préférable d'assurer une uniformité du droit pénal à travers le pays. C'est en vertu de cette disposition constitutionnelle que le Parlement canadien adopte le premier *Code criminel*⁴⁰ en 1892.

Par contre, les poursuites pénales en matière d'infractions criminelles continuent d'être sous le contrôle des procureurs généraux des provinces. L'adoption du *Code criminel* n'y change rien et, aujourd'hui encore, les poursuites intentées en vertu du *Code criminel* le sont toujours par les procureurs généraux provinciaux⁴¹. C'est sur la base de ces dispositions que le gouvernement canadien entend mettre sur pied son propre appareil d'administration de la justice criminelle.

A. – Le ministre de la Justice du Canada

Lors de sa première session parlementaire, le Parlement canadien adopte l'*Acte concernant le Département de la Justice*⁴². Il s'agit d'une loi relativement courte comprenant cinq articles. L'article premier crée le ministère de la Justice et ses principaux officiers : « 1. Il y aura un département du service du Canada, appelé le "le Département de la Justice", et placé sous le contrôle du Ministre en exercice de la Justice du Canada, qui sera nommé par le Gouverneur par commission sous le grand sceau et qui sera d'office Procureur-Général de Sa Majesté en Canada ; et ledit ministre de la Justice restera en exercice durant bon plaisir et sera chargé de l'administration et de la direction du Département de la Justice. »

Si l'administration de la justice dans la colonie s'est démarquée par rapport au modèle britannique par un rôle plus actif du procureur général en matière de poursuites pénales, le Canada se distingue une seconde fois en établissant le ministère de la Justice⁴³. Deux raisons poussent le Parlement canadien à instaurer le ministère de la Justice. Dans un premier temps, il est nécessaire de s'assurer des services d'un conseiller juridique pour le nouveau palier central de gouvernement. Deuxièmement, un organisme doit voir à la mise en application des lois fédérales, c'est-à-dire celles ne relevant pas de l'administration de la justice dans les provinces. Ce double objectif explique l'article premier de la loi qui, de prime abord, peut surprendre. Outre la création du ministère lui-même et du poste de ministre de la Justice, il y est prévu que ce dernier est automatiquement procureur général du Canada. Les articles 2 et 3 précisent les fonctions respectives de chacun. En effet, l'article 2 dispose que le ministre de la Justice, à titre de conseiller juridique officiel du gouvernement, s'assure que la gestion des affaires publiques est

37. Expression employée pour désigner les fondateurs du Canada moderne.

38. Premier titulaire de la charge de Premier ministre du Canada.

39. « ... one of the defects in the United States system ». M.L. Friedland, *A Century of Criminal Justice*, Toronto, Carswell Legal Publications, 1984, p. 48.

40. 55-56 Victoria, chap. 29. Pour un exposé sur ce premier Code canadien, V. D.H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1989.

41. Cette question a donné lieu à un débat constitutionnel qui fut réglé par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Procureur général du Canada c/ C.N. Transport*, [1983] 2 RCS 206, et *R. c/ Wetmore* [1983] 2 RCS 284. On peut conclure de ces décisions que le pouvoir des procureurs généraux provinciaux ne découle pas du paragraphe 92 (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais bien d'une délégation de pouvoir du Parlement fédéral de telle sorte que le pouvoir des procureurs généraux provinciaux, qu'ils ont toujours exercé sans interruption depuis 1867, pourrait leur être théoriquement retiré.

42. SC 1868, chap. 39.

43. Il n'existe pas de ministère de la Justice en tant que tel au Royaume-Uni ; l'administration de la Justice est essentiellement partagée entre le *Lord Chancellor*, le *Home Secretary* et les *Law Officers of the Crown*.

effectuée conformément au droit, supervise l'administration de la justice au Canada (hormis ce qui relève de la compétence des provinces), avise le gouvernement concernant les lois adoptées par les provinces⁴⁴ et, de façon plus générale, conseille le gouvernement central en ce qui concerne toute question juridique. Le poste de ministre de la Justice est une charge législative ; tous ses pouvoirs découlent de la loi. Il est le juriconsulte du gouvernement et, à ce titre, fait partie du Cabinet⁴⁵. Il doit s'abstenir de faire des représentations devant les tribunaux afin d'éviter toute apparence de conflit d'intérêts, étant donné, d'une part, son rôle primordial dans le processus de nomination des juges des tribunaux supérieurs et, d'autre part, ses fonctions politiques à titre de membre du Cabinet.

L'article 3 décrit les pouvoirs et devoirs confiés au procureur général. Ce dernier dispose de tous les pouvoirs de l'*Attorney General* britannique et des procureurs généraux des provinces avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans la mesure où ces pouvoirs sont compatibles avec la nouvelle Constitution. Il doit conseiller les autres ministères concernant tout problème juridique, prendre en charge tous les litiges impliquant le gouvernement fédéral et superviser l'administration des pénitenciers canadiens. En bref, le procureur général est l'avocat en chef du niveau fédéral de l'Etat et, à ce titre, ne doit rendre compte qu'au Parlement. Comme pour l'*Attorney General* britannique, il serait malvenu pour lui de faire partie du Cabinet puisque cela risquerait d'entacher l'exercice de ses fonctions d'un biais politique. Par contre, le procureur général du Canada s'est vu confier la supervision des pénitenciers, un devoir étranger à la tradition britannique⁴⁶.

La loi prévoit ainsi deux charges, chacune avec des responsabilités distinctes, mais qui, aux termes mêmes de la loi, doivent être remplies par la même personne. Donc, en pratique, la personne qui occupe les charges de ministre de la Justice et de procureur général est membre du Cabinet et peut plaider devant les tribunaux. Même si, sur une base strictement légale, il demeure possible d'identifier en vertu de quel mandat le titulaire exerce un pouvoir (ministre de la Justice ou procureur général), cela devient souvent difficile, voire impossible, en pratique. Encore une fois, le système canadien d'administration de la justice se démarque du modèle anglais. Le Parlement canadien adopte ensuite plusieurs lois en matière d'administration de la justice criminelle.

La première de ces lois est l'*Acte concernant les pénitenciers et les Directeurs préposés à leur administration et pour d'autres fins*⁴⁷. Cette loi prévoit la mise sur pied d'une infrastructure de gestion des pénitenciers fédéraux. Tels que prévus par la loi créant le ministère de la Justice, ceux-ci⁴⁸ sont sous la responsabilité du procureur général. En 1875, on crée la Section des pénitenciers chargée d'administrer les pénitenciers fédéraux. Cette formule demeure jusqu'en 1966, date à laquelle des modifications majeures seront apportées à l'administration de la justice fédérale.

Sur le plan de la philosophie carcérale, le fédéral maintient dans un premier temps une politique de rétribution et de dissuasion. A partir de 1938, trois commissions royales d'enquête⁴⁹ examinent le système carcéral fédéral en vue de le modifier au besoin. Toutes trois proposent de réorienter la philosophie carcérale vers un objectif de

44. Au début de la Confédération, le gouvernement central a pris sur lui de déterminer les questions de compétence en matière de partage des pouvoirs. Devant le refus des provinces de s'en remettre à l'arbitrage du fédéral, ce rôle fut dévolu aux tribunaux, surtout le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine à Londres et, plus tard, la Cour suprême du Canada.

45. Conseil des ministres.

46. L'intendance des pénitenciers au Royaume-Uni relève du *Home Secretary*.

47. SC 1868, chap. 75.

48. En 1867, il existe trois pénitenciers qui passent sous juridiction fédérale : Kingston, Halifax et St-Jean ; M. Kirkpatrick Strong, *Public Welfare Administration in Canada*, Chicago, University of Chicago Press.

49. Il s'agit des commissions Archambault (1938), Fauteux (1956) et Ouimet (1959).

réhabilitation et de réinsertion sociale des détenus. Ces propositions sont implantées graduellement et guident toujours l'action gouvernementale en la matière.

En ce qui concerne les libérations conditionnelles, il faut attendre 1899 pour que le Parlement canadien légifère⁵⁰. Auparavant, les seules libérations résultent de l'exercice par le gouverneur général⁵¹ de la prérogative royale de pardon sur l'avis du solliciteur général du Canada. Un pardon est inconditionnel et est généralement accordé pour des motifs humanitaires. Les libérations en vertu de la loi de 1899 dépendent du respect par le détenu de certaines conditions et font l'objet d'une supervision. Un officier spécialisé est nommé en 1905 afin de gérer l'application de la nouvelle loi. Cependant, devant l'ampleur de la tâche, un service complet, le Service des rémissions, voit le jour peu après⁵². Au fur et à mesure que le concept de libération conditionnelle se développe, il devient évident que le fait qu'un même organisme soit à la fois responsable d'accorder les libérations conditionnelles et de les gérer comporte un conflit d'intérêts. Les premières propositions de création d'un organisme judiciaire chargé d'adjudger en matière de libérations conditionnelles demeurent sans lendemain mais le rapport d'une commission d'enquête fédérale⁵³, qui reprend les propositions antérieures de créer un tribunal quasi judiciaire, trouve écho au Parlement canadien qui adopte la *Loi sur la libération conditionnelle*⁵⁴ créant la Commission nationale des libérations conditionnelles.

Bien que la *Loi constitutionnelle de 1867* n'ait pas mentionné de façon expresse à qui incombait le devoir de créer des forces de police, les deux paliers de gouvernement ont considéré qu'ils avaient juridiction pour ce faire⁵⁵. Le Parlement canadien adopte conséquemment deux lois créant des forces de police. En 1868, le Parlement crée la Police du Dominion chargée d'assurer la protection des membres du gouvernement et des édifices fédéraux dans la capitale nationale, Ottawa. En 1873 est instaurée la Police à cheval du Nord-Ouest⁵⁶. Il s'agit alors d'une force paramilitaire dont la mission consiste à rétablir l'ordre dans l'Ouest canadien afin d'y préparer la colonisation des territoires encore inoccupés par les Blancs⁵⁷. Elle relève directement du ministre de la Justice et il en sera ainsi presque continuellement jusqu'en 1966. Au tournant du siècle, son rôle d'instrument de colonisation de l'Ouest canadien s'achève. Au lieu d'être dissoute, elle absorbe en 1920 la Police du Dominion et devient la Gendarmerie royale du Canada. Elle commence alors à assumer la tâche qu'on lui connaît aujourd'hui, soit celle de police fédérale du Canada. Le mandat de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) ne se limite cependant pas à un rôle de police civile. Elle doit également agir à titre de service secret pour protéger la sécurité nationale du Canada.

Le double mandat de la GRC à titre de force policière et de service de sécurité est alors considéré avantageux pour deux raisons : d'une part, il est beaucoup plus difficile aux forces subversives d'infiltrer les rangs de la police et, d'autre part, les policiers sont entraînés et conditionnés à défendre le pouvoir légitime. La Deuxième Guerre mondiale et la guerre froide qui s'ensuit exigent une augmentation des ressources consacrées aux activités d'espionnage et de contre-espionnage. La Direction spéciale est conséquemment créée. Les activités de cette dernière soulèvent cependant des inquiétudes au sein de la population qui les considère comme une menace aux libertés individuelles. A la fin des années 1960, la Commission royale McKenzie recommande que les activités liées à la

50. *Acte relatif à la libération conditionnelle des détenus aux pénitenciers*, SC 1899, chap. 49.

51. Représentant de la Reine au Canada et chef de l'Etat en l'absence de cette dernière.

52. C. Blanchfield, *Crime and Punishment : a Pictorial History*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1985, p. 3.

53. Rapport de la Commission Fauteux, 1956.

54. SC 1958, chap. 38.

55. P.C. Stenning, *Legal Status of the Police*, Commission de réforme du droit au Canada, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, 1982, p. 40.

56. 36 Victoria, chap. 35 ; il s'agit en fait d'une loi habitante et la Police à cheval du Nord-Ouest verra le jour suite à la prise du décret n° 1134 du 30 août 1873.

57. Par opposition aux autochtones qui occupaient déjà le territoire.

sécurité nationale soient sous la responsabilité d'une institution civile, distincte de la GRC. Le gouvernement nomme à la tête du Service de sécurité (qui demeure au sein de la GRC) un directeur civil, sans plus. Quelques années plus tard, soit en 1976, à la suite d'allégations d'inconduite de la part de la GRC, une autre commission d'enquête recommande également la ségrégation du Service secret par la création d'une institution purement civile. Le Service canadien du renseignement de sécurité voit finalement le jour en 1984⁵⁸.

Au début des années soixante, le gouvernement, constatant l'ampleur de l'administration fédérale, met sur pied la Commission Glassco dont le mandat consiste à enquêter sur l'efficacité et l'efficiences du gouvernement central. Certaines des conclusions de son rapport visent directement le ministère de la Justice⁵⁹. L'un des objectifs lors de la création du ministère de la Justice consiste à centraliser les services juridiques gouvernementaux. Cependant, dès la fin du XIX^e siècle, la fonction publique connaît une décentralisation de ses services juridiques. En effet, chaque ministère engage directement ses propres avocats. Cette structure ne correspond pas à l'esprit de la loi de 1868 et engendre plusieurs problèmes : difficultés de coordination, manque d'uniformité des opinions juridiques. Constatant ces problèmes, la Commission Glassco propose de rattacher tous les avocats au service de l'administration fédérale au ministère de la Justice, ce qui se fera graduellement pendant les années 1960 et 1970.

L'autre proposition majeure du rapport Glassco concernant le ministère de la Justice suggère d'établir des bureaux régionaux sur l'ensemble du territoire canadien, là où le contentieux le justifie. Dans un souci d'économie, le ministère de la Justice avait tenté d'éviter le recours aux avocats de pratique privée en confiant la direction des poursuites au solliciteur général d'abord, puis au sous-procureur général ensuite. Cependant, à cause de l'étendue du territoire canadien, il demeure souvent plus économique de retenir les services d'un avocat privé se trouvant sur place que de payer les frais pour transporter un avocat du ministère à partir de la capitale, Ottawa, jusqu'à l'endroit où une cause est entendue. Presque cent ans plus tard, le problème demeure entier ! La recommandation fut conséquemment implantée par la création de bureaux régionaux dans tout le Canada⁶⁰.

B. – *Le solliciteur général du Canada*

La Constitution canadienne ne comporte aucune disposition concernant la charge de solliciteur général au niveau fédéral⁶¹. Dès 1878, devant l'ampleur de la tâche du ministère de la Justice, la Chambre des communes débat un projet de loi visant à scinder les charges de ministre de la Justice et de procureur général. Alors devenu chef de l'opposition officielle, Macdonald s'oppose vivement à ce projet au motif que la confusion régnerait non seulement au ministère mais également au sein du gouvernement. Il propose plutôt de réinstaurer la charge de solliciteur général pour seconder le ministre de la Justice, sans toutefois qu'il ne siège au Cabinet. Cette solution offre le double avantage, selon Macdonald, de libérer le ministre de la Justice et d'assurer l'uniformité des services juridiques au sein du gouvernement fédéral. Le projet de loi

58. *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, LRC (1985), chap. C-23. Il s'agit de la première intervention législative canadienne concernant les services de renseignement. Auparavant, il était considéré que la compétence pour établir un service de renseignement relevait simplement de la prérogative royale de protéger la nation et ne nécessitait donc pas l'assentiment du Parlement.

59. « L'organisation du gouvernement du Canada », sous la présidence de Grant Glassco, vol. 5, p. 23 à 25.

60. Entre 1965 et 1974, des bureaux sont ouverts à Montréal, Toronto, Yellowknife (y compris le sous-bureau d'Iqaluit), Vancouver, Winnipeg, Whitehorse, Halifax, Edmonton et Saskatoon.

61. L'article 135 de la *Loi constitutionnelle de 1867* maintient expressément la charge de solliciteur général pour le Québec seulement. Les fonctions de ce dernier sont aujourd'hui assumées par le ministre de la Sécurité publique.

meurt au feuilleton. Lorsqu'il reprend le pouvoir, Macdonald met en œuvre ce qu'il avait préconisé quelques années plus tôt : le Parlement adopte en 1889 l'*Acte pourvoyant à la nomination d'un solliciteur général*⁶². La loi se contente d'affirmer laconiquement que : « Le gouverneur en son conseil peut nommer un fonctionnaire, appelé solliciteur général du Canada, qui aide le ministre de la Justice dans les travaux de consultation du ministère de la Justice. Il est chargé de remplir les autres fonctions que lui assigne au besoin le gouverneur en son conseil. »

Le poste est créé afin que le solliciteur général dirige le contentieux du ministère aux lieu et place du procureur général avec pour double objectif de soulager ce dernier mais, surtout, de réaliser des économies en cessant d'avoir recours aux avocats de pratique privée. Cependant, les fonctions réelles du solliciteur général de même que l'importance du poste fluctuent en fonction des époques et des personnalités qui l'occupent. Dès 1913, le sous-procureur général plutôt que le solliciteur général assume la direction du contentieux du ministère. La charge de solliciteur général permet à son titulaire de conserver sa pratique privée ; cela démontre bien la faible importance de ses responsabilités. Sa charge de travail augmente sensiblement lorsqu'on lui confie la supervision de l'administration de l'*Acte relatif aux libérations conditionnelles*. Il doit alors conseiller le gouverneur général concernant la prérogative royale du pardon, sauf pour les cas de peine capitale qui sont du ressort du ministre de la Justice⁶³. En 1917, il accède au Cabinet mais il arrive également que le poste demeure vacant⁶⁴. Ce n'est qu'en 1959 que le solliciteur général est habilité à remplacer le ministre de la Justice en son absence⁶⁵.

L'utilité de la charge du solliciteur général est constamment remise en question. On la décrit à la Chambre des communes comme [traduction] « la cinquième roue de la charrette »⁶⁶, « un poste au sein du Cabinet, complètement superflu »⁶⁷ ou encore comme un « secrétaire parlementaire surpayé »⁶⁸. Un projet de loi⁶⁹ est même déposé devant la Chambre des communes en 1962 afin de l'exclure du Cabinet ; ce projet n'est cependant jamais adopté. Il est intéressant de noter qu'un autre projet de loi déposé quelque temps auparavant proposait de transférer une partie des responsabilités du ministre de la Justice au solliciteur général⁷⁰. Ce projet n'est pas sérieusement considéré et un député affirme en chambre : [traduction] « En rejetant ce projet de loi, je considère qu'il est frivole et a été déposé afin de recueillir une publicité favorable »⁷¹.

Le rapport de la Commission Glassco ne fait même pas mention du solliciteur général. Rien ne laisse présager la réforme en profondeur qui surviendra à peine trois ans plus tard.

En 1966, le Parlement canadien adopte la *Loi sur l'organisation du gouvernement*⁷², loi qui constitue la plus grande réforme de l'appareil gouvernemental fédéral jusqu'à ce jour. En matière d'administration de la justice pénale, cette loi transfère au solliciteur général la responsabilité d'organismes jusque-là sous la direction du ministre de la Justice. Les pénitenciers, les libérations conditionnelles et remises de peine, de même que la Gendarmerie royale du Canada deviennent partie intégrante du nouveau ministère du Solliciteur général du Canada, créé par la même occasion. Le gouverneur de l'époque

62. SC 1889, chap. 4.

63. Il ne se voit confier cette tâche qu'en 1952.

64. C'est notamment le cas de 1935 à 1945.

65. J.L.J. Edwards, *La responsabilité en matière de sécurité nationale*, supra, p. 23.

66. *Hansard*, 1933, vol. 4, p. 3564.

67. *Hansard*, 1959, vol. 4, p. 4920.

68. *Hansard*, 1960-1961, vol. 5, p. 5076.

69. Projet de loi C-13, 1962.

70. Il s'agit d'un projet de loi privé.

71. « In dismissing this bill, I suggest it is frivolous and ridiculous and has been brought forward in an attempt to seek publicity ». *Hansard*, 1960-1961, vol. 5, p. 5079.

72. SC 1966, chap. 25.

justifie cette réorganisation sur la base de facteurs d'ordre philosophique, administratif et surtout politique.

Le motif politique découle d'un scandale, l'affaire *Rivard*, qui met directement en cause le ministre de la Justice de l'époque, Guy Favreau. L'affaire débute en 1964 par l'arrestation à Montréal d'un citoyen canadien, Lucien Rivard, pour trafic de stupéfiants vers les États-Unis. Le gouvernement américain désire évidemment qu'il soit jugé aux États-Unis. Pour ce faire, il entame des procédures d'extradition et retient les services d'un avocat montréalais. Quelques mois plus tard, un député informe la Chambre des communes que des membres du personnel politique du Premier ministre et du ministre de la Justice auraient exercé des pressions et tenté de soudoyer l'avocat représentant les États-Unis afin que ce dernier ne s'oppose pas à la libération sous caution de Rivard dans l'attente de son procès. Devant la gravité des allégations, une commission d'enquête⁷³ est mise sur pied afin de faire la lumière sur toute cette affaire. Le rapport Dorion confirme les accusations de l'opposition. Certaines personnes de l'entourage du Premier ministre et du ministre de la Justice ont effectivement tenté à maintes reprises d'influencer l'avocat représentant les États-Unis, notamment en lui proposant des pots-de-vin. Après avoir signifié son refus et, devant l'insistance des pressions faites à son endroit, celui-ci divulgue à la GRC les pressions dont il a fait l'objet. Après enquête, les officiers de la Gendarmerie font rapport au ministre de la Justice qui décide alors, de son propre chef, de ne pas intenter des poursuites. Le rapport ne condamne pas cette décision du ministre de la Justice mais lui reproche plutôt de ne pas avoir obtenu au préalable une opinion juridique émanant de son ministère sur l'opportunité d'intenter des poursuites. En conséquence, le ministre de la Justice démissionne.

Au-delà de l'impair commis par Favreau se trouve un problème philosophique beaucoup plus fondamental. En effet, le processus d'enquête est intimement lié à celui des poursuites. Il en résulte une situation de conflit d'intérêts qui risque d'entraver sérieusement le processus des poursuites pénales au niveau fédéral. La tradition britannique est toute autre puisque le rôle de poursuivant revient à l'*Attorney General* alors que celui des enquêtes relève de la responsabilité du *Home Secretary*. Le solliciteur général de l'époque explique devant la Chambre des communes que ce partage des responsabilités procure deux avantages soit, dans un premier temps, éviter les risques de conflits d'intérêts et, ensuite, protéger l'administration de la justice de toute ingérence politique⁷⁴.

Le dernier facteur, d'ordre administratif, consiste simplement à réduire la surcharge de responsabilités qui afflige le ministère de la Justice. Le ministère de la Justice de l'époque⁷⁵ déclare en chambre que le réaménagement des responsabilités permettra au ministère de consacrer toutes ses ressources aux problèmes d'ordre strictement juridique qui, traditionnellement, font partie de son mandat⁷⁶.

Quelques remaniements juridictionnels devaient ensuite être effectués entre le ministère de la Justice et le ministère du Solliciteur général du Canada. Récemment, la Commission d'enquête Nielsen⁷⁷ a confirmé le rôle prépondérant du ministère de la Justice en matière de politique criminelle. Ainsi, la responsabilité en matière de jeunes contrevenants, d'armes à feu et de justice pénale internationale est passée du ministère du Solliciteur général au ministère de la Justice. Ceci nous amène à décrire les rôles et fonctions de ces derniers à l'heure actuelle.

73. La Commission Dorion, du nom de son président, Frédéric Dorion, juge en chef de la Cour supérieure du Québec.

74. *Hansard*, 9 mai 1966, p. 4874.

75. L'honorable Lucien Cardin.

76. J.L.J. Edwards, *La responsabilité ministérielle en matière de sécurité nationale*, supra, p. 27.

77. Groupe de travail Nielsen, 1985, chargé d'enquêter sur l'efficacité du gouvernement.

III. – PÉRIODE CONTEMPORAINE

A. – *Le ministre de la Justice du Canada*

Même si ses responsabilités ont été modifiées, la situation juridique du ministre de la Justice n'a pas évolué depuis la création de la charge au niveau fédéral en 1868. Quoique les attributions du ministre de la Justice et celles du procureur général du Canada soient différentes, les deux postes sont toujours occupés par une seule et même personne. Le titulaire de la charge est habituellement député élu à la Chambre des communes du parti au pouvoir⁷⁸ et siège invariablement au Cabinet. En plus de ses fonctions énumérées plus haut, il veille à ce que les affaires du gouvernement soient gérées dans le respect de la loi et surtout de la Constitution, notamment la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁹. Le ministre de la Justice et procureur général bénéficie bien sûr de l'appui du ministère de la Justice⁸⁰ dirigé par le sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada, les deux charges étant également cumulées par une seule et même personne. Sur le plan organisationnel, les ressources du ministère sont réparties entre l'administration centrale, les services juridiques ministériels et les bureaux régionaux. Nombre d'unités de chacune de ces trois divisions jouent un rôle important en matière de justice pénale.

On retrouve au sein de l'administration centrale la *Direction de la politique en matière de droit pénal* chargée d'élaborer et de mettre en œuvre les politiques pénales au Canada. La *Section des droits de la personne* participe indirectement à l'administration de la justice pénale en se prononçant sur la conformité des textes législatifs fédéraux avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. La *Section de droit constitutionnel et international* quant à elle joue également un rôle en se prononçant sur les partages des compétences fédérales/provinciales en droit pénal.

La *Direction du droit pénal* dont les effectifs sont répartis entre l'administration centrale et les neuf bureaux régionaux intente des poursuites judiciaires relatives aux lois fédérales⁸¹ et celles en matière de crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Il incombe également à cette Direction de négocier et appliquer les traités d'extradition⁸² et d'entraide juridique⁸³.

En dernier lieu, les *Services juridiques ministériels* participent également à l'administration de la justice pénale en fournissant des services juridiques à tous les ministères du gouvernement du Canada, y compris celui du Solliciteur général.

78. Seulement quatre ministres de la Justice furent choisis parmi les sénateurs depuis 1867 dont un seulement depuis le tournant du siècle ; il s'agit du sénateur Jacques Flynn (1979-1980).

79. La *Charte* est contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, LRC (1985), app. II, n° 44, ann. B.

80. Le ministère comprend plus de 1 700 employés dont 43 % sont avocats ou notaires ; l'enveloppe budgétaire s'élevait en 1989 à \$ 432 000 000 (ministère de la Justice, *Rapport annuel*, 1990-1991, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1991, p. 3).

81. La majorité des poursuites sont intentées en vertu des lois suivantes : *Lois sur les stupéfiants*, LRC (1985), chap. N-1 ; *Loi sur les aliments et drogues*, LRC (1985), chap. F-27 ; *Loi de l'impôt sur le revenu*, SC (1970-71-72), chap. 63. Les poursuites en vertu du Code criminel relèvent des procureurs généraux provinciaux sauf dans les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon (qui n'ont pas le statut de province) où elles relèvent du ministère de la Justice du Canada.

82. En 1988, le Canada a extradé 45 fugitifs et en a rapatrié 26.

83. Le Canada a signé plusieurs traités d'entraide juridique qui ont été mis en vigueur en droit interne par la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, LC (1988), chap. 37 : Australie (1990), Hong Kong (1990), Bahamas (1990), Mexico (1990), Royaume-Uni (1990), Etats-Unis (1990) et France (1991) [V. le décret n° 91-447 du 7 mai 1991 publié au *Journal officiel* du 16 mai 1991, p. 6487]. Le Canada est aussi signataire de la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* mise en vigueur en droit interne de la même façon.

B. – Le ministère du Solliciteur général du Canada

Le Premier ministre choisit habituellement le solliciteur général parmi les députés du parti politique au pouvoir ; le solliciteur général fait partie du Cabinet. Son mandat est exposé à l'article 4 de la *Loi sur le ministère du Solliciteur général*⁸⁴ qui dispose que les pouvoirs et fonctions du solliciteur général s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou autres organismes fédéraux et liés aux maisons de correction, prisons et pénitenciers, aux libérations conditionnelles et remises de peine, à la GRC et au Service canadien du renseignement de sécurité. Ces responsabilités correspondent en fait aux quatre organismes que regroupent le ministère du Solliciteur général du Canada, à savoir, dans l'ordre, le Service correctionnel du Canada, la Commission nationale des libérations conditionnelles, la Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité.

La *Loi sur les pénitenciers*⁸⁵ régit le Service correctionnel⁸⁶ chargé de l'administration des pénitenciers fédéraux où sont incarcérés les détenus purgeant une peine d'au moins 2 ans⁸⁷. Le Service gère quarante-quatre pénitenciers répartis sur l'ensemble du territoire canadien. Ceux-ci sont à sécurité maximale, moyenne ou minimale selon que leur population est considérée comme étant à plus ou moins haut risque. Un seul est réservé aux femmes⁸⁸. Le Service administre également des centres correctionnels communautaires et des bureaux de libération conditionnelle chargés d'assurer l'encadrement des détenus bénéficiant d'une libération conditionnelle. Il offre par ailleurs un service individualisé de gestion de cas ainsi que des programmes d'éducation et de formation professionnelle.

La Commission nationale des libérations conditionnelles⁸⁹ est un tribunal spécialisé, exerçant des pouvoirs exclusifs en matière de mise en liberté sous condition, en vertu de laquelle un détenu est remis en liberté avant d'avoir complètement purgé sa peine. Le pouvoir de la Commission n'est évidemment pas complètement discrétionnaire, certains critères devant être remplis. Ainsi, une libération peut être accordée⁹⁰ lorsque l'effet positif maximal de l'incarcération est atteint, lorsque la libération facilite la réadaptation du détenu et ne constitue pas un danger pour le public. Un détenu n'est admissible qu'après avoir purgé un délai minimal de sa sentence⁹¹. La Commission effectue également des enquêtes et fait des recommandations concernant le pouvoir de réhabilita-

84. LRC (1985), chap. S-13. Depuis le 1^{er} avril 1992, il est aussi responsable du programme de la police autochtone qui a été transférée au ministère des Affaires indiennes et du Nord.

85. LRC (1985), chap. P-5.

86. Sous la direction d'un commissaire, le Service compte plus de 10 000 employés et ses dépenses s'élèvent à près de \$ 800 millions pour une population carcérale de 13 000 détenus sans compter les 7 000 bénéficiaires d'une forme quelconque de liberté surveillée. En 1989, le coût annuel moyen d'incarcération par détenu atteignait presque \$ 35 000.

87. Toutes les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement d'une durée de 2 années ou plus sont incarcérées dans les pénitenciers de juridiction fédérale alors que toutes celles condamnées à une peine de moins de 2 ans ou détenues dans l'attente de leur procès sont incarcérées dans des prisons sous juridiction provinciale (paragraphe 91 (28) et 92 (6) de la *Loi constitutionnelle 1867* et article 659 du Code criminel, LRC (1985), chap. C-46).

88. Il s'agit de celui de Kingston en Ontario ; il existe cependant des ententes avec les provinces en vertu desquelles certaines femmes sont incarcérées dans des institutions provinciales.

89. Régie par la *Loi sur la libération conditionnelle*, LRC (1985), chap. P-2. Elle compte plus de 300 employés permanents pour un budget dépassant les \$ 4 millions.

90. En 1988-89, la Commission a entendu 6 032 nouvelles demandes de libération conditionnelle totale ; 1 782 ont reçu une réponse favorable.

91. Ce délai varie selon les circonstances ; par exemple, lorsqu'un détenu purge une peine de 5 ans ou plus pour avoir commis une infraction le rendant passible d'un emprisonnement de 10 ans ou plus, infraction qui a « entraîné des sévices graves à autrui », il doit purger la moitié de la peine imposée ou 7 ans (la plus courte des deux) avant qu'une libération conditionnelle ne lui soit accordée (*Règlement sur la libération conditionnelle des détenus*, DORS/78-268 art. 8).

tion⁹² exercé par le solliciteur général en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*⁹³. Cette loi prévoit que toute personne condamnée à une peine pour une infraction au Code criminel se voit assigner un casier judiciaire qui relate ses antécédents criminels. La réhabilitation est le processus en vertu duquel les antécédents sont effacés du casier judiciaire. La Commission détient les mêmes pouvoirs en ce qui concerne la prérogative royale⁹⁴ de clémence qui permet l'annulation d'une peine, habituellement pour des motifs humanitaires.

La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*⁹⁵ constitue le fondement juridique moderne des opérations de la GRC⁹⁶ dont la tâche consiste à prévenir et à détecter les infractions aux lois fédérales et à enquêter sur celles-ci⁹⁷. Elle est également chargée de maintenir l'ordre et de prévenir et d'élucider les infractions dans les territoires⁹⁸ ainsi que dans les provinces et municipalités contractantes. En effet, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* autorise le solliciteur général à conclure des ententes avec les provinces et municipalités afin de leur procurer un service de police⁹⁹. La GRC protège les personnes publiques et les institutions fédérales, représente le Canada auprès d'Interpol depuis 1949 et assure également des services de formation spécialisée¹⁰⁰, de laboratoire judiciaire, d'identification et de traitement électronique de données.

Le quatrième et dernier organisme relevant du solliciteur général est le Service canadien du renseignement de sécurité¹⁰¹ dont le principal mandat est de recueillir et analyser les données et renseignements concernant les activités constituant une menace envers la sécurité du Canada : l'espionnage, le sabotage, les activités influencées par l'étranger, la violence politique ainsi que le terrorisme et la subversion.

Le 25 juin 1993, Mme le Premier ministre Kim Campbell annonçait la formation d'un nouveau Cabinet. Le ministère du Solliciteur général était abrogé au profit d'un nouveau portefeuille de la Sécurité publique qui, en plus des quatre organismes énumérés ci-dessus, se voyait attribuer la responsabilité de la sélection et du contrôle des immigrants à l'exception des programmes d'établissement des immigrants, de l'émission des passeports de même que, ultérieurement, la surveillance et la protection des frontières. Le gouvernement conservateur de l'époque justifiait cette réorganisation pour répondre aux préoccupations croissantes de la population à propos de l'ordre public, notamment au sujet de la contrebande et de l'entrée illégale d'immigrants au Canada. Cette réforme, loin de faire l'unanimité, a fait l'objet de critiques essentiellement au motif que l'immigration devenait une question de sécurité plutôt qu'une question d'épanouissement de la société canadienne.

Le Parti libéral du Canada, avec en tête le chef du parti Jean Chrétien, avait promis durant la campagne électorale de l'automne 1993 de dissocier l'immigration de la

92. On utilise également le terme « pouvoir de pardon ».

93. LRC (1985), chap. C-47.

94. Une prérogative royale est un pouvoir exclusif à la Couronne et exercé par le gouvernement. Une prérogative découle des pouvoirs inhérents du monarque et non pas d'un texte législatif.

95. LRC (1985), chap. R-10.

96. La GRC compte au-delà de 20 000 employés pour un budget dépassant le milliard de dollars canadiens.

97. Même si la *Loi constitutionnelle de 1867* confie l'administration de la justice aux provinces, il est considéré, en droit constitutionnel, que le pouvoir de légiférer sur un domaine de compétence comporte le pouvoir inhérent de faire respecter et de mettre en application les lois adoptées en vertu de ces domaines de compétence.

98. Yukon et Territoires du Nord-Ouest.

99. Les provinces (et les municipalités) possèdent le pouvoir constitutionnel de mettre sur pied leur propre police, mais, pour des motifs économiques, plusieurs préfèrent avoir recours, par contrat, aux services de la GRC. Celle-ci agit à titre de police municipale dans 191 municipalités et à titre de police provinciale dans 8 provinces. Le Québec et l'Ontario ont leur propre service de police provinciale, soit respectivement la Sûreté du Québec et l'Ontario Provincial Police.

100. Le Collège canadien de police a offert, en 1988-1989, à quelque 2 400 personnes dont une cinquantaine d'étrangers, des programmes de formation et de perfectionnement en technique policière.

101. Régi par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, LRC (1985), chap. C-23.

sécurité publique. Après avoir été élu le 25 octobre, le nouveau Premier ministre annonçait, dans le cadre de la formation de son Cabinet, la réinstauration du ministère du Solliciteur général de même que la création d'un nouveau ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Le solliciteur général a ainsi retrouvé ses responsabilités vis-à-vis des quatre organismes traditionnels alors que le nouveau ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration s'est vu confier les demandes de visas d'immigration et les questions reliées aux réfugiés ainsi que le contrôle des frontières. Le Bureau des passeports est passé au ministère des Affaires étrangères.

CONCLUSION

Les institutions fédérales d'administration de la justice pénale sont, dans une large mesure, tributaires du modèle britannique. Une fois implantée en sol canadien, les charges de procureur général et de solliciteur général ont toutefois connu un développement divergent de celui de leurs homologues anglais. C'est ainsi que, dès la période coloniale, le procureur général canadien a joué un rôle beaucoup plus actif au niveau des poursuites criminelles. Plus tard, la reconnaissance du principe de gouvernement responsable au Canada a modifié profondément le statut du procureur général et celui du solliciteur général. De juristes qu'ils étaient, ils sont devenus politiciens, tout en conservant leur rôle de poursuivant. L'avènement de la Confédération de 1867 avec son partage des pouvoirs a opéré une distribution des responsabilités en matière de justice pénale. C'est ainsi que des institutions tant fédérales que provinciales furent mises sur pied. Si les provinces voient à l'organisation des tribunaux et des poursuites criminelles, le rôle du gouvernement central n'est pas négligeable puisque le droit criminel et les pénitenciers relèvent de lui.

La responsabilité du fédéral fut d'abord et avant tout confiée au ministre de la Justice et à son ministère. C'est sous son égide que le Code criminel vit le jour, que furent créés et se développèrent les services carcéraux, la police fédérale, les poursuites concernant les lois fédérales et les autres services juridiques gouvernementaux. L'ensemble de ces responsabilités diverses a entraîné des problèmes d'ordre administratif et philosophique. Une division des tâches liées à la justice pénale au niveau fédéral s'est avérée nécessaire d'où la création du ministère du Solliciteur général. Si la réorganisation de 1966 a réglé certains problèmes de conflits d'intérêts en scindant les enquêtes des poursuites, elle n'en constitue pas pour autant une panacée. D'autres problèmes au niveau de la structure organisationnelle des pouvoirs gouvernementaux demeurent. Qu'il suffise de mentionner l'absence d'indépendance structurelle des pouvoirs de poursuites vis-à-vis du pouvoir politique ou du pouvoir pour le solliciteur général de s'immiscer dans les opérations de la GRC pour s'en convaincre. Malgré les progrès accomplis, de nombreuses améliorations peuvent encore être apportées au système fédéral d'administration de la justice.

Le droit de vote des personnes incarcérées au Canada

Pierre LANDREVILLE, Ph.D.

*Ecole de criminologie
Université de Montréal*

et Lucie LEMONDE, L.L.L., L.L.M.

*Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal*

Le mouvement pour la défense et la reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées a émergé avec force aux États-Unis au milieu des années soixante. Ce mouvement s'est développé dans le sillon de l'extension des libertés civiles aux minorités et groupes de moindre pouvoir. La lutte des prisonniers pour la reconnaissance de leurs droits fondamentaux s'est faite principalement devant les tribunaux qui ont finalement déclaré que les personnes incarcérées jouissaient de plusieurs droits garantis par la Constitution américaine. Ce mouvement a connu, quelques années plus tard, un développement très rapide au Canada, principalement depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ en 1982.

Parmi les diverses revendications des personnes incarcérées, l'exercice du droit de vote a été une priorité pour les associations de prisonniers et les groupes de défense de leurs droits qui ont réclaté la reconnaissance de ce droit tant sur la scène politique que sur la scène judiciaire.

Au Canada, jusqu'en 1993, la *Loi électorale du Canada* stipulait que « toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire » est exclue de la qualité d'électeur. Les diverses législations provinciales contiennent une exclusion semblable, à l'exception de celle du Québec qui accorde spécifiquement le droit de vote aux personnes incarcérées et celle de Terre-Neuve où l'exclusion a été abolie. D'autre part, l'article 3 de la Charte énonce en termes absolus que : « Tout citoyen canadien a le droit de vote. » Aussi n'est-il pas surprenant que les exclusions contenues tant dans la loi fédérale que dans les lois provinciales aient donné lieu à des contestations judiciaires et que plusieurs souhaitent que le Parlement canadien modifie la loi électorale pour la rendre plus conforme à la Charte.

En novembre 1989, le gouvernement du Canada créait la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis dont l'un des mandats était d'enquêter et faire rapport sur la « qualité d'électeur » et sur l'opportunité d'accorder aux personnes incarcérées le droit de vote aux élections fédérales. La Commission a demandé à plusieurs chercheurs de réaliser des études sur des sujets relevant de son mandat et c'est

1. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), ci-après la « Charte ».

ainsi que nous avons été amenés à faire le point sur la question du droit de vote des personnes incarcérées au Canada². Cet article présente une synthèse de la situation actuelle sur cette question et se termine par quelques conjectures sur son évolution prochaine au Canada.

1. – LA SITUATION CANADIENNE

1.1. *La Constitution*

L'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit le droit de vote en termes absolus : « Tout citoyen canadien a le droit de vote. » Aucune restriction n'y est prévue. De par son enchaînement dans la Charte, le droit de vote pour tous les citoyens canadiens perd sa qualité de droit statutaire pour être élevé au rang de garantie constitutionnelle. Le droit de vote a été jugé si fondamental dans notre système de démocratie parlementaire qu'il n'est pas soumis, comme le sont certains autres droits aussi importants que le droit à la vie et à la liberté, à la clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte³. Les gouvernements fédéral et provinciaux ne peuvent donc pas, même temporairement, en suspendre l'application par une législation d'exception.

Toute restriction à l'article 3 de la Charte, que ce soit par une disposition statutaire spécifique ou par une décision administrative de ne pas permettre l'exercice de ce droit à certaines catégories de citoyens, doit être scrutée à la lumière de l'article 1 de la Charte, c'est-à-dire que telle restriction doit être prescrite par « une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁴.

La question se pose donc dans les termes suivants : « Est-il raisonnable dans une société libre et démocratique de priver les personnes incarcérées du droit de vote ? » Pour répondre à cette question, il faut appliquer le test en trois étapes défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Oakes*⁵. Tout d'abord, l'auteur de la restriction, soit le législateur, doit démontrer de façon claire et convaincante la poursuite d'un intérêt social urgent et réel, suffisamment important pour justifier la suppression du droit. Si un tel objectif est reconnu, encore faut-il que les moyens choisis pour l'atteindre soient proportionnés, c'est-à-dire que la restriction soit soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question et qu'elle ne soit ni arbitraire, ni irrationnelle, ni inéquitable. De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit garanti.

1.2. *La législation*

Au sein du fédéralisme canadien, tous les citoyens canadiens votent lors des élections fédérales et les citoyens de chaque province votent lors des élections provinciales dans leur province de résidence. D'autre part, il faut souligner que, dans notre système, les

2. Pierre Landreville et Lucie Lemonde, *Le droit de vote des personnes incarcérées*, in *Étude de la Commission royale d'enquête sur la réforme électorale et le financement des partis*, vol. 10, Toronto et Montréal, Dunburn Press et Wilson et Lafleur, 1991.

3. Cette disposition permet aux législatures d'édicter des lois qui s'appliqueront nonobstant certains droits de la Charte. Un parallèle peut être fait entre cette clause et l'article 15 de la *Convention européenne*.

4. Cette possibilité de restriction aux droits constitutionnels ressemble à celles que l'on retrouve dans la *Convention européenne*, notamment aux articles 8 à 11. Dans la Charte canadienne, toutefois, les limitations ne sont pas rattachées à des droits spécifiques mais une seule disposition s'applique à tous les droits énoncés. Dans leur interprétation de cette disposition, les tribunaux canadiens se sont fortement inspirés des arrêts de la Cour européenne et le test qu'ils ont élaboré reprend les exigences de la société libre et démocratique, de la règle de droit, de l'objectif urgent et réel et du critère de proportionnalité et de rationalité des mesures restrictives.

5. *R. c/Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de deux ans et plus sont incarcérées dans des pénitenciers fédéraux alors que celles condamnées à moins de deux ans sont écrouées dans des prisons provinciales. En conséquence, dans une province comme le Québec où la loi électorale accorde aux prisonniers le droit de voter, ces derniers, qu'ils soient incarcérés dans une prison ou dans un pénitencier, peuvent en principe voter lors des élections provinciales mais ne pouvaient le faire lors des élections fédérales.

1.2.1. *Au niveau fédéral*

L'exclusion de la *Loi électorale du Canada* touchait jusqu'à tout récemment « toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction ». A première vue, il semble que cette inhabilité ne frappe pas les personnes en probation ou en libération conditionnelle puisque celles-ci ne sont pas détenues « dans un établissement pénitentiaire », mais elle touche toutes celles qui sont incarcérées soit dans un pénitencier, soit dans une prison, peu importe le type d'infraction commise et peu importe la longueur de la peine imposée.

1.2.2. *Au niveau provincial*

Les lois électorales des différentes provinces canadiennes diffèrent passablement entre elles sur la question de l'habilité à voter des personnes incarcérées. Dans deux provinces, soit le Québec et Terre-Neuve, il n'existe aucune exclusion. Dans la majorité des autres provinces, l'exclusion est semblable à celle de la loi fédérale et touche les personnes détenues dans des établissements pénitentiaires.

1.3. *La jurisprudence*

L'exclusion statutaire des personnes incarcérées a été contestée à plusieurs reprises devant les tribunaux canadiens⁶. Dans toutes les affaires jugées, les tribunaux ont conclu assez rapidement que ces exclusions violaient l'article 3 de la Charte. La discussion a plutôt porté sur la question de savoir si l'exclusion des personnes incarcérées était une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Ce qui frappe à l'étude de la jurisprudence canadienne sur cette question est la pauvreté de l'argumentation présentée par les gouvernements impliqués ainsi que l'absence d'approche analytique consistante et satisfaisante. Il faut dire à la décharge des tribunaux qu'ils ont souvent été dans l'obligation de rendre leurs jugements très rapidement à cause de l'urgence de la situation et de la proximité des élections. Récemment, deux instances d'appel ont renversé cette tendance initiale et ont rendu des jugements plus étoffés déclarant lesdites exclusions inconstitutionnelles⁷.

Dans la jurisprudence canadienne récente, divers arguments sont invoqués pour justifier la restriction au droit de vote des personnes incarcérées, dont le devoir de préserver l'exclusion symbolique des criminels pour renforcer le concept du « citoyen responsable et décent » et préserver la « pureté de l'urne ». On souligne aussi l'incapacité

6. *Jolivet c/ The Queen* (1983) 8 CRR 5 (BCSC); *Gould c/ Procureur général du Canada* [1984] 1 CF 1119 [1984] 1 CF 1133 et [1984] 2 RSC 124; *Belzowski c/ Canada* [1991] 3 CF 151; *Sauvé c/ Canada* (1989) 66 OR (2d) 234; *Badger c/ Canada*, Man. Q.B., 4 nov. 1988, J. Hirschfeld, conf. à (1989) 1 WWR 216 (CA Man.); *Reynolds c/ A.-G. of B.-C.* (1983) 4 CRR 322, conf. à [1984] 5 WWR 270 (CA B.-C.); *Maltby c/ A.G. of Saskatchewan* (1983) 4 CRR 248; *Badger c/ A.-G. of Manitoba* (1986) 27 CCC (3d) 158, conf. à (1986) 29 CCC (3d) 92; *Hoogbruin c/ A.-G. of British Columbia* (1985) 24 DLR 718; *Grondin c/ Ontario* (P.-G.) (1988) 65 OR (2d) 427.

7. Il s'agit des affaires *Belzowski c/ Canada* [1992] 2 CF 440 et *Sauvé c/ Canada* (1992) 7 OR (3d) 481, confirmées par la Cour suprême [1993] 2 RCS 143.

pour les personnes incarcérées de faire un choix bien informé et éclairé à cause de l'isolement social inhérent à l'incarcération. Aux côtés de ces justifications d'ordre moral et politique, des arguments d'ordre pénal sont avancés : l'exclusion vise des objectifs pénologiques de punition et de dissuasion. Finalement, des objections d'ordre pratique ont été soulevées, liées à la sécurité dans les établissements, aux coûts et à l'organisation matérielle de l'exercice du droit de vote pendant l'incarcération. Ces derniers arguments de commodité administrative ont été rapidement abandonnés.

2. – LES DROITS ET LES PRINCIPES EN CAUSE

La négation du droit de vote des personnes incarcérées doit être évaluée à la lumière de l'importance du droit lui-même et à la lumière de l'évolution de leur statut juridique et de leurs droits constitutionnels. Il faut également tenir compte de l'évolution de la philosophie pénale canadienne et des objectifs correctionnels modernes.

L'importance du droit de vote en démocratie a fait l'objet de nombreuses analyses que nous ne reprendrons pas ici. Qu'il suffise de souligner que si le contrôle par le peuple de ses représentants est un principe jugé fondamental dans tout système démocratique, l'égalité politique des citoyens lors du choix des représentants est un principe tout aussi fondamental. Comme l'a souligné le juge Strayer dans l'affaire *Belczowski*, ce sont les électeurs qui choisissent le gouvernement et non l'inverse.

La perte du droit de vote, c'est-à-dire la perte du droit à l'expression politique, est un reliquat de la mort civile qui confèrait, par l'annihilation de toute existence légale, un statut de « non-personne » aux condamnés. Aujourd'hui, les personnes incarcérées ne perdent plus leur citoyenneté mais la tradition veut qu'elles continuent à perdre leur droit de vote. Il faut se demander si cette incapacité est fondée sur un élément pénologique rationnel ou si elle n'est qu'un anachronisme punitif.

Le questionnement sur la valeur des règles législatives traditionnelles et des mentalités a été rendu nécessaire par le changement d'orientation de l'incarcération lorsque l'objectif de punition et de vengeance a cédé la place à l'objectif de réhabilitation. L'exclusion des personnes incarcérées ne répond à aucun des objectifs pénologiques modernes qui prévalent au Canada soit le principe de la modération dans l'imposition des peines et celui de la réhabilitation des délinquant(e)s. Cette exclusion ne permet pas non plus d'atteindre les objectifs de protection de la société, de dissuasion ou de punition. Cette sanction supplémentaire est difficilement conciliable avec le principe correctionnel généralement admis selon lequel « la condamnation à l'emprisonnement imposée par le tribunal constitue la peine ».

3. – LES JUSTIFICATIONS DE L'EXCLUSION

Les justifications modernes de l'exclusion des personnes incarcérées ne sont pas exprimées très clairement. L'intérêt étatique dans cette exclusion est décrit en termes très larges et se résume souvent, pour paraphraser les termes d'un tribunal américain, à une invocation métaphysique du devoir de préserver la « pureté de l'urne »⁸. Il est cependant possible de regrouper les principales justifications invoquées au soutien du maintien de l'exclusion des personnes incarcérées sous trois grands thèmes, soit le devoir de préserver la pureté de l'urne et le caractère sacré du droit de vote par l'exclusion symbolique des criminels, le souci de préserver l'intégrité du processus électoral et finalement la volonté

8. *Dillenburger c/ Kramer*, 469 F, 2d 1222, 1224 (9th Cir. 1972) où la Cour a parlé d'une « metaphysical invocation that the interest is preservation of the purity of the ballot box. »

des gouvernants d'imposer une sanction additionnelle visant les objectifs pénologiques de punition et de dissuasion.

3.1. *Le caractère sacré du vote*

En vertu de ce concept, on affirme que l'exercice du droit de vote exige une attitude morale décente et une adhérence à un mode de vie responsable et respectueux des lois et de l'ordre social. En brisant le contrat social par leur conduite irresponsable, les criminels sont les auteurs de leur propre malheur et ils se sont exclus eux-mêmes du droit de participation à la vie de la communauté. L'Etat est justifié de préserver l'exclusion symbolique des criminels pour renforcer le concept de citoyen responsable, pour préserver la pureté de l'urne et pour décourager par ce moyen toute forme de déconsidération ou de dévaluation du vote aux yeux de la population.

Cet argument fondé sur la théorie de Locke et cette vision étroite du contrat social sont aujourd'hui fortement critiqués⁹. Selon la conception plus moderne du libéralisme, le but du contrat social n'est pas simplement de supprimer les impulsions individuelles mais plutôt et surtout de promouvoir la liberté humaine et l'égalité. En ce sens, une transgression unique et isolée n'entraîne pas la répudiation du contrat tout entier. Pour cette transgression, le criminel paye le prix qui est la sentence imposée. L'affirmation à l'effet que la criminalité est le résultat d'un choix délibéré de briser le contrat social et de se retirer de la société est également remise en question. En mettant le blâme sur *un* individu, on obscurcit la complexité et les structures sociales du crime¹⁰.

L'idée d'irresponsabilité et d'inaptitude morale prend sa source dans la conception ancienne que le criminel est un être corrompu. Il y a une importante distinction à faire entre l'incapacité mentale et l'inaptitude morale. Les seules restrictions au droit de vote devraient être l'habilité à participer intelligemment au processus électoral et la maturité ou la capacité mentale d'exercer le droit de vote de façon réfléchie et responsable. La restriction au droit de vote des personnes incarcérées n'est aucunement liée à leur immaturité ou capacité mentale. Elle est plutôt le reliquat d'une conception archaïque de l'inaptitude morale des criminels. De nos jours, le droit de vote n'a aucun rapport avec la question de savoir si l'électeur est un bon ou mauvais citoyen. La vertu de cœur et d'esprit n'est plus une valeur associée au geste de voter. Cette conception élitiste, jadis invoquée pour justifier l'exclusion des femmes, des pauvres ou des Noirs, a cédé la place à une conception égalitaire du droit de vote.

Dans l'affaire *Belczowski*, la Cour a conclu que cet objectif n'avait pas suffisamment de sens pour légitimer le retrait direct d'un droit garanti par la Charte. Selon elle, il est fort douteux qu'un Etat démocratique, dont la majorité des citoyens acceptent la légitimité de son système juridique et obéissent à la plupart de ses lois positives, puisse supprimer la voix de ceux qui ne se conforment pas à la volonté de la majorité et imposer des critères d'« honnêteté » et de « responsabilité » aux électeurs au-delà des exigences fondamentales reliées à la capacité (la majorité et la santé mentale).

La cour d'appel a maintenu cette position en ajoutant que la restriction était aussi trop large en ce qu'elle « vise non seulement l'auteur d'un meurtre crapuleux mais aussi celui qui se retrouve en prison simplement parce qu'il est incapable de payer une amende ». Selon la cour d'appel, ce dernier ne peut être qualifié de malhonnête et d'irresponsable, non plus que la personne qui serait détenue pour des motifs de conscience.

Fonder la capacité de voter sur l'aptitude morale des citoyens est non seulement archaïque et élitiste, mais elle est arbitraire et ouvre la porte à une application

9. Voir sur cette question : John Rawls, *A Theory of Justice*, 1971 ; note, *The Disenfranchisement of ex-Felons : Citizenship, Criminality. The Purity of the Ballot Box* (1989) 102, *Harvard Law Review*, 1300-1317.

10. Note, *The Disenfranchisement...*, précité, note 9, 1311.

discriminatoire. Cette exclusion ne touche qu'une fraction de la population « immorale » les personnes incarcérées, qui plus souvent qu'autrement sont pauvres, autochtones, analphabètes, etc. Malgré la faiblesse de cette justification, il n'en demeure pas moins qu'un gouvernement pourrait exclure symboliquement les personnes incarcérées, à défaut d'exclure tous les criminels, afin de valoriser le droit de vote aux yeux de la population.

L'exclusion symbolique est illusoire. La préservation de l'Etat et de la valeur du droit de vote n'est sûrement pas mise en péril par l'octroi du droit de vote à une fraction infime de personnes ayant commis une infraction, soit les personnes incarcérées. Il existe peut-être un élément symbolique, mais il n'est pas suffisant pour répondre aux exigences de l'article premier de la Charte. Cet intérêt est trop faible pour servir de justification. Selon la cour d'appel dans *Belczowski*, il est fort douteux qu'un objectif purement symbolique puisse être suffisamment important pour justifier la suppression de droits constitutionnels. De plus, selon la Cour, il n'y a aucun véritable symbolisme dans cette mesure : « Priver les détenus de leur droit de vote n'est pas une déclaration de principe publique, retentissante et non équivoque. Au contraire, il s'agit d'une atteinte à peine perceptible aux droits d'un groupe de personnes (...) presque universellement laissées pour compte et oubliées. »

Après avoir rejeté cet objectif, la cour d'appel conclut qu'il est beaucoup plus plausible que le véritable objectif de l'exclusion vise « à satisfaire un stéréotype largement répandu selon lequel le détenu représente une forme de vie inférieure et nuisible à laquelle tous les droits devraient être enlevés sans distinction ».

3.2. L'intégrité du processus électoral

Le gouvernement canadien a tenté de justifier l'exclusion en affirmant qu'elle poursuivait l'objectif légitime de préserver l'intégrité du processus électoral en retirant le droit de vote aux détenus qui, du fait de leur incarcération, sont dans l'impossibilité de faire un choix éclairé. Le droit de vote signifie plus que mettre son bulletin dans l'urne mais implique le droit de s'informer pour faire un choix éclairé, donc d'avoir accès à la discussion publique. Les restrictions à la liberté d'expression et à la liberté d'association, inhérentes à l'incarcération, rendent l'exercice de ce droit impossible. Dans ces conditions, il est permis et raisonnable pour une législature d'interdire l'exercice du droit de vote aux personnes incarcérées.

Cet argument a été fortement critiqué comme ne répondant plus à la réalité actuelle. Les prisonniers lisent les journaux, écoutent la radio, regardent la télévision et discutent entre eux. Ils sont aussi bien informés que d'autres citoyens libres dont une grande majorité a cessé d'assister aux assemblées politiques publiques. Dans les affaires *Belczowski* et *Sauvé*, les juges ont souligné qu'aucune preuve sérieuse n'avait pu démontrer l'incapacité pour les détenus de s'informer de la chose politique et ont conclu qu'il ne s'agissait pas d'un objectif suffisant pour justifier la négation du droit de vote aux personnes incarcérées. Retirer le droit de vote aux personnes incapables de participer pleinement à la vie politique impliquerait que l'on doive également, selon le juge Strayer : « Déclarer inhabiles les malades, les personnes âgées retenues à la maison ou dans des institutions, celles qui sont hospitalisées avant les élections, probablement celles qui se trouvent à l'étranger pendant les campagnes électorales, les illettrés, ceux qui vivent dans des régions éloignées du pays et, surtout, ces centaines de milliers de personnes qui vivent parmi nous et qui, selon les scrutins réguliers, ne s'intéressent aucunement à la politique. L'absurdité de cette proposition remet en cause toute l'argumentation selon laquelle l'Etat aurait le droit de choisir, parmi les citoyens adultes et sains d'esprit, ceux qui sont dignes de voter. »

3.3. La volonté d'imposer une punition

Contrairement aux deux premières justifications invoquées par le gouvernement canadien qui ont été rejetées par les tribunaux à la première étape de l'analyse comme ne constituant pas un objectif urgent et réel dans une société libre et démocratique, ce troisième objectif visant à imposer une sanction aux contrevenants a été qualifié d'objectif légitime en soi, puisqu'il est admis que l'Etat a le droit de punir les criminels.

On a jugé cependant que, bien qu'il existe un lien rationnel entre cet objectif de châtement et le retrait du droit de vote comme sanction supplémentaire, la mesure restrictive n'est pas proportionnelle à l'objectif et elle ne porte pas atteinte « le moins possible » au droit garanti. Selon le juge Strayer dans *Belczowski*, le retrait absolu du droit de vote à tous les détenus n'est pas proportionné à l'objectif de sanction parce que, d'une part, il ne tient pas compte de la gravité de l'infraction commise et, d'autre part, son effet réel est fort arbitraire et dépend de circonstances fortuites tel le moment de la tenue d'élections. Finalement, le retrait du droit de vote comme punition va à l'encontre de l'évolution des théories de correction au Canada. Le processus de correction comporte quelque chose de plus que la vengeance et la dissuasion, qui consiste en la réhabilitation et la préparation des détenus à leur réinsertion sociale. Dans notre régime, conclut le juge, « l'élément châtement diminue d'importance et l'accent est mis sur la réadaptation du délinquant à la vie en société. Le droit de vote pourrait faire partie de cette réadaptation ».

4. – CONCLUSION

Dans notre rapport de recherche pour la Commission royale sur la réforme électorale, nous avons conclu de cette analyse de la jurisprudence et des principes en cause que « l'interdiction du droit de vote aux personnes incarcérées est une pratique anachronique qui ne poursuit, de façon raisonnable, aucun des objectifs de la détermination de la peine et qui va à l'encontre de la philosophie pénale et des principes correctionnels qui prévalent au Canada. De plus, elle contribuerait à accentuer les inégalités sociales, que l'on retrouve aussi dans l'administration de la justice, et ne saurait se justifier pour quelques groupes que ce soit ».

Dans son rapport, la Commission sur la réforme électorale a fait plusieurs déclarations de principe à l'effet que l'on ne devrait pas alourdir la peine d'incarcération par la privation du droit de vote. Malgré cette prise de position, elle conclut que : « Les personnes reconnues coupables d'un crime pouvant entraîner l'emprisonnement à vie et qui ont été condamnées à dix ans ou plus de prison ont clairement rompu le contrat. Il est donc légitime que la société les prive de leur droit de vote pendant la durée de leur peine. »

En 1993, le gouvernement conservateur faisait volte-face et adoptait un amendement à la Loi électorale spécifiant que les personnes détenues dans un établissement correctionnel et purgeant une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus sont exclues du droit de voter lors de sélections fédérales¹¹. Cela signifie que, règle générale, les personnes détenues dans les pénitenciers fédéraux n'ont pas le droit de vote alors que celles incarcérées dans les prisons provinciales peuvent voter.

Par cette nouvelle disposition législative, le gouvernement fait une lecture très étroite des dernières décisions jurisprudentielles sur la non-proportionnalité de l'exclusion absolue avec l'objectif de punition des contrevenants. Les tribunaux avaient jugé inconstitutionnelle l'ancienne exclusion en ce que, entre autres, elle ne permettait aucune distinction fondée sur la gravité de l'infraction commise mais touchait l'ensemble de la

11. 1993, chap. 19, art. 23.

population carcérale. En établissant une distinction fondée sur la longueur de la peine d'incarcération et en fixant la ligne de démarcation à deux ans, le gouvernement doit estimer répondre aux exigences jurisprudentielles. Tout laisse croire que cette question a fait l'objet de négociations politiques intenses à saveur préélectorale.

Il s'agit d'une disposition très restrictive parce que, d'une part, elle ne répond pas aux préoccupations constitutionnelles des tribunaux concernant l'effet arbitraire et discriminatoire du retrait du droit de vote et l'évolution de la philosophie pénale au Canada. D'autre part, si les tribunaux ont laissé entendre qu'une exclusion non absolue pourrait être jugée constitutionnelle, ils ont spécifié qu'elle devrait être réservée aux crimes les plus graves soit, selon l'exemple donné par la Cour d'appel dans *Belczowski*, la trahison ou la félonie.

Il est difficile de prévoir l'avenir de la question du droit de vote des personnes incarcérées au Canada. Il est évident que les contestations judiciaires concernant la nouvelle disposition législative reprendront de plus belle au cours des prochaines années.

Quoi qu'il en soit, la réflexion est bien amorcée et déjà certaines provinces permettent aux détenus de voter. Si l'exclusion était maintenue et jugée constitutionnelle par les tribunaux canadiens, il faudrait tourner les efforts vers d'autres forums. Il serait possible d'adresser une communication au Comité des droits de l'homme des Nations Unies alléguant une violation de l'article 25 du Pacte sur les droits civils et politiques¹².

12. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 1987 [1976] RT Can., n° 43.

La défense de l'accusé * en garde à vue

Remarques sur la situation juridique en Allemagne

Michael BOHLANDER

Docteur en droit

Depuis un certain temps déjà, le système de la défense dans le cadre de la procédure pénale est un domaine fort discuté. Dès la moitié des années soixante, cette discussion s'amplifia en Grande-Bretagne pour être reprise en Allemagne vers la fin des années soixante-dix ; elle y est toujours à l'ordre du jour. La discussion est axée de plus en plus sur le développement des droits de la défense dans la procédure d'instruction criminelle.

Emanant en première ligne des milieux du barreau, les critiques formulées à l'égard des nombreux points faibles qui caractérisent la position de l'accusé deviennent de plus en plus nettes¹. Les revendications concernent l'extension de la participation de la défense dans la procédure d'instruction criminelle² sous forme de droits de présence renforcés du défenseur lors de l'interrogatoire mené par la police ; l'élimination des restrictions imposées à la défense par la détention préventive ; l'introduction du droit à la procédure probatoire au cours de la procédure d'instruction criminelle, propre à la défense ; l'amélioration des voies de recours et, enfin, le droit du défenseur de faire des recherches de son propre chef.

Ces revendications n'ont guère abouti en Allemagne. Or, depuis longtemps il est constant que les enquêtes et actions engagées au cours de la procédure d'instruction criminelle et les résultats qui en découlent sont de nature à influencer considérablement l'audience principale³. Ainsi, l'enquête menée de façon exclusive par la police risque d'écarter des faits importants pour la recherche de la vérité et éventuellement avantageux pour l'accusé.

Cela entraîne une situation délicate pour l'accusé qui, agissant sans défenseur avisé vis-à-vis de la police ou du ministère public et du juge d'instruction et dans la plupart des cas ne connaissant pas, ou de façon schématique seulement, ses droits procéduraux, est souvent bouleversé par l'appareil enquêteur. Des résultats d'enquête défavorables pour sa personne peuvent en être la conséquence, par exemple la rédaction d'un procès-verbal

* Le terme « accusé » est employé ici au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et désigne toute personne suspectée d'une infraction avant la déclaration de culpabilité par un juge.

1. Cf. à ce propos : *Deutscher Anwaltverein, Arbeitsgemeinschaft Strafrecht : Der Bürger im Ermittlungsverfahren - Staatliche Eingriffe und ihre Abwehr*, 1988 ; pour avoir un aperçu à l'échelle européenne V. égal. *Jung, Strafrecht in Europa, Strafrechtlicher* 1990, 509 p. (516).

2. *Strafrechtsausschuß des Deutschen Anwaltvereins, Anwaltsblatt* 1986, 55 p.

3. Cf. *Richter II*, Zum Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens, *Strafrechtlicher* 1985, 382 et s., comprenant de nombreux exemples ; *Jung*, Vers un nouveau modèle du procès pénal ?, cette *Revue*, 1991, 526 ; *Bohländer*, Die Gegenüberstellung im Ermittlungsverfahren, *Strafrechtlicher* 1992, 441.

défavorable qui aurait pu être évité si, pendant l'interrogatoire, l'accusé avait été conseillé par un défenseur. Etant donné que, suivant la jurisprudence actuelle⁴, il est licite de confronter dans l'audience principale l'accusé avec le procès-verbal dressé par la police, la personne concernée se trouvera souvent dans l'impossibilité d'ébranler une fausse impression du tribunal à l'égard de sa crédibilité, impression due à la réaction de l'accusé face à ses dépositions antérieures qui, selon lui, ne sont pas rendues de façon appropriée dans le procès-verbal.

Les difficultés rencontrées dans ce contexte s'aggravent pour l'accusé par le fait que nombre d'arrestations ont lieu pendant la nuit et en fin de semaine, alors qu'il est presque impossible de consulter un avocat.

Pour de pareils cas, c'est-à-dire pour répondre à la demande d'une assistance rapide pendant ou en dehors des heures de bureau habituelles, le secteur médical connaît depuis longtemps des institutions telles que le service médical d'urgence ou le médecin d'urgence. A la fin des années soixante et au début des années soixante-dix surgit en Grande-Bretagne un mouvement qui réclamait l'introduction d'un tel service d'urgence également pour les avocats et qui par la suite l'institua effectivement dans plusieurs régions du pays. Remontant à une initiative privée lancée par plusieurs études d'avocats engagés, ce service d'urgence fonctionnait sous le nom de *Duty solicitor scheme*. Ce n'est qu'au début des années quatre-vingts que furent créés des services similaires en Allemagne, surtout dans les grandes agglomérations. Cette fois aussi, ce fut l'engagement personnel d'un certain nombre d'avocats qui permit enfin l'installation d'un service de défenseurs d'urgence. Or, contrairement à ce qu'il représente de l'autre côté de la Manche, en Allemagne le service d'urgence n'a cessé de vivre dans l'ombre. Il va sans dire que cette évolution ne saura faire pleinement face aux implications découlant de l'Etat de droit et aux questions de politique judiciaire soulevées par une telle institution. Suite aux expériences qu'il a faites avec les *Duty solicitor schemes* fonctionnant grâce à l'initiative privée, le gouvernement britannique se rendit compte bientôt de l'importance de ce type de service d'urgence et contribua par la suite à sa consolidation en instaurant sa reconnaissance par la loi.

I. - POURQUOI UN SERVICE DE DÉFENSEURS D'URGENCE ?

On peut se demander si l'introduction d'un service de défenseurs d'urgence est vraiment opportune, étant donné que l'accusé a toujours le droit de se taire pendant l'interrogatoire. De plus, si la police s'avère trop tracassière, il pourra tout simplement refuser de faire une déposition ou bien déposer par l'intermédiaire de son avocat. Ces droits doivent lui être signalés d'ailleurs par l'officier de police au titre de l'article 136 *StPO* (code de procédure pénale allemand).

Mais ce point de vue a tendance à simplifier trop les choses. D'un côté, l'accusé ne fait pas toujours le bon choix en ne déposant pas, risquant éventuellement de bloquer la voie pour une enquête favorable à sa cause tout en se privant de la possibilité de faire valoir des éléments à sa décharge ; de l'autre, s'il est prêt à déposer, il court le risque de dévoiler sans le vouloir des éléments à sa charge. Il ne pourra parer à cette éventualité que par l'assistance d'un défenseur qui lui signale les risques encourus par une réponse à telle ou telle question. De même, la déposition écrite, rendue par l'intermédiaire du défenseur,

4. Pour des exemples V. *Kleinknecht/Meyer, Strafprozessordnung, Kommentar*, 41^e édition, 1993, § 251, note 18, § 254, notes 6 et s. Certes, la confrontation de l'accusé avec ses dépositions antérieures n'est pas admissible dans sa totalité ; elle permet l'utilisation par le tribunal de ce que l'accusé dépose en réponse à la confrontation. Si cependant l'accusé se met à vouloir rectifier ses dépositions antérieures, celles-ci sont susceptibles de servir de base pour ébranler sa crédibilité dans l'audience principale.

n'aura pas la même influence sur l'enquête que la présence de l'avocat pendant l'interrogatoire. Le défenseur avisé est capable de discerner, déjà pendant l'interrogatoire policier, le sens dans lequel l'enquête menée par la police et le ministère public se dirigera probablement ; il pourra également recueillir des informations importantes au sujet de l'appréciation par les autorités répressives du délit présumé, informations qui autrement ne pourraient être obtenues que par le biais du droit à la consultation du dossier. Or, ce droit est loin d'être sans défaut⁵.

Le service de défenseurs d'urgence s'avère donc nécessaire afin de fournir à l'accusé l'égalité des armes⁶ et afin de garantir cette égalité le plus rapidement possible dans l'optique d'une participation du défenseur en temps utile à la procédure d'instruction criminelle. En ce qui concerne le devoir à l'information de la part de l'officier de police ou du ministère public pouvant instruire l'accusé de ses droits, il faut signaler que la simple information ne garantit pas nécessairement que la personne concernée se rende compte des implications éventuelles et de la portée de ses droits procéduraux et des paramètres juridiques y afférents, et qu'elle sache les mettre en valeur de façon efficace. Par surcroît, suivant les conclusions de plusieurs études empiriques⁷, il serait erroné de croire que la police réponde à son devoir d'information dans toute l'envergure prévue par la loi. En guise de conclusion, l'on peut affirmer que le service de défenseurs d'urgence est une institution nécessaire pour assurer le respect effectif des droits de l'accusé, surtout en fin de semaine⁸.

II. – PRÉTENTIONS ET RÉALITÉ DE LA DÉFENSE EN GARDE À VUE EN ALLEMAGNE

Considéré sous l'angle de l'efficacité d'un service de défenseurs d'urgence, l'interrogatoire policier mené au titre de l'article 163 a IV-V *StPO* (code de procédure pénale allemand) représente le point crucial de toute procédure d'instruction criminelle. En effet, tout service d'urgence est dépourvu de son sens au moment où l'avocat peut être empêché légalement par la police d'assister à l'interrogatoire. L'antagonisme visé est axé d'une part sur l'intérêt légitime de l'accusé désireux de sauvegarder ses droits procéduraux à l'aide d'un conseiller compétent, sur l'efficacité de l'action pénale de l'autre. Celle-ci serait mise en cause si l'accusé était habilité à troubler, par le biais de son avocat, les recherches de la police dès le commencement de la procédure d'instruction criminelle. Sur ce point, la littérature spécialisée actuelle⁹ est divisée en deux camps, le premier considérant comme critères centraux les droits légaux de l'accusé, le deuxième insistant plutôt sur l'efficacité de l'action pénale, sur le libellé de la loi et sur l'objectivité

5. Cf. également Richter II, *op. cit.*, 382 et s.

6. Cf. Müller, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, 1063 et s. ; le même : *Strafverteidigung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, 1801 et s.

7. Cf. pour l'Allemagne : Wulf, *Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen*, thèse de doctorat, Hamburg, Heidelberg, 1984, pour l'Angleterre Sanders/Bridges/ Mulvaney/Crozier, *Advice and Assistance at Police Stations and the 24-Hour Duty Solicitor Scheme*, Londres, 1989.

8. V. aussi Deckers, Verteidigung beim ersten Zugriff der Polizei, *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, 1151 (1154), qui dit à ce propos : « Pareillement, il y a lieu de déplorer la réalité, toujours très répandue dans certaines régions, suivant laquelle le vendredi soir les officiers de police se mettent tranquillement à se relaxer dans leurs chaises, alors même que la personne appréhendée s'acharne, en vain évidemment, à vouloir profiter de l'offre généreuse d'utiliser le téléphone pour contacter un avocat. Faute de l'existence d'un service de défenseurs d'urgence, le résultat de son action sera nul. »

9. A titre d'aperçu sur les différentes opinions, voir Krause, Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren, *Strafverteidiger* 1984, 169 ; et Nelles, Der Einfluß der Verteidigung auf Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren, *Strafverteidiger* 1986, 74.

du ministère public¹⁰, prévue par l'article 160 II *StPO*¹¹. La thèse rejetant le droit à la présence de l'avocat est basée en priorité sur une argumentation systématique résultant apparemment d'une comparaison des textes des articles 163 a III et 163 IV *StPO*. Au sujet de l'interrogatoire effectué par le ministère public, l'article 163 a III 2 *StPO* prévoit l'application de l'article 168 c *StPO*, c'est-à-dire de la loi réglant le droit de l'avocat d'être présent pendant l'interrogatoire de l'accusé effectué par le juge. Or, cette disposition n'est pas reprise dans l'article 163 a IV *StPO* réglant l'interrogatoire mené par la police. Ainsi, une partie considérable de la doctrine en vient à la conclusion que l'avocat ne dispose pas d'un droit de présence pendant l'interrogatoire de l'accusé¹².

Depuis un certain temps cependant, les voix qui confèrent ce droit de présence au défenseur *de lege lata* deviennent de plus en plus nombreuses. Cette approche est basée en premier lieu sur une interprétation orientée des articles 137 *StPO* (« ... à tout moment de la procédure... ») et 136 I 2 *StPO* (« ... même avant son interrogation... »), et sur l'évocation de principes constitutionnels tels que l'égalité des armes dans la procédure pénale ou le *fair trial*¹³.

A première vue, l'opinion commune semble être secondée par l'interprétation systématique. De plus, elle peut parer aux arguments de l'égalité des armes et du *fair trial*, en soulignant le fait que ces termes imprécis et indéfinis relevant du langage constitutionnel peuvent facilement être concrétisés par le législateur qui en effet les aurait concrétisés par l'introduction des articles 163 a et 168 c *StPO*. L'argument émanant de l'article 137 *StPO* est rejeté par la constatation prétendue qu'en l'occurrence il ne s'agit que d'une disposition programmatique ne disant rien sur les droits dont disposent l'accusé ou son défenseur dans les différentes étapes de la procédure. Depuis toujours d'ailleurs, le législateur aurait défini *expressis verbis* les droits de la défense comme droits exceptionnels dans le cadre de la procédure pénale, faute de quoi l'évocation spécifique des droits de présence dans les articles 163 a et 168 c *StPO* ne serait pas compréhensible.

Il existe deux approches qui se prêtent pour répondre à cette argumentation : d'abord les arguments présentés par Schaefer¹⁴, ensuite un jugement du *Bundesverfassungsgericht*

10. L'objectivité du ministère public, même si elle existait, n'a pas d'influence sur l'action policière étant donné que, à la lumière de l'évolution de l'action dans la procédure de l'instruction criminelle, la compétence de fait revient de plus en plus à la police.

11. Il est évident que le problème reste le même pour l'avocat qui est engagé à titre privé ; pour le service d'urgence 24 heures sur 24, ce problème devient essentiel, sinon ce service serait superflu.

12. Voir également Beulke, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, Francfort, 1980, 198 et Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, 5^e édition, Cologne, 1983, note 242 ; Fischer, *Die Vernehmung des Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, thèse de doctorat, Erlangen-Nürnberg, 1976, 125 ; Gössel, *Strafverfahrensrecht*, 1977, § 4 II c) ; Kion, Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, *Neue Juristische Wochenschrift* 1966, 1800 ; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung-Müller*, § 163 a, note 28 ; Kleinknecht, Ermittlungen der Polizei nach der « Kleinen Strafprozessreform », *Kriminalistik* 1965, 449 (454 et s) pour l'ancienne situation légale V. *Kriminalistik/Meyer*, *op. cit.* § 163, note 16 ; Müller/Sax/Paulus-Müller, *Kommentar zur Strafprozessordnung* § 163 a, note 21 ; Krey, *Strafverfahrensrecht*, vol. 1, 1988, note 578 ; Krüger, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, *Kriminalistik* 1974, 392 et s. et 444 et s. ; Löwe/Rosenberg-Meyer-Göbner, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, § 163, notes 24 et s. ; voir aussi Müller, *Das « right to counsel » des mittellosen Beschuldigten*, Pfaffenweiler, 1989, 81 et s. ; Schlüchter, *Das Strafverfahren*, 2^e édition, 1983, note 112 ; Weihrauch, *Verteidigung im Ermittlungsverfahren*, 1984, note 151 et s.

13. Müller, *op. cit.*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, 1063 et s. ; le même : *op. cit.*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, 1801 et s. ; Riegel, *Neuere Entwicklungstendenzen im Polizei und Strafverfahrensrecht*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1978, 14 (20) ; Rissel, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, ibs. in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren*, thèse de doctorat, Marburg, 1980, 73 et s. ; Schaefer, *Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen des Beschuldigten*, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1977, 980 et s. ; Schneider, *Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren*, thèse de doctorat, Bonn, 1979, 69 ; Sieg, *Zur Anwesenheit des Verteidigers bei Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, 1009 ; Skuhr, *Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1966, 1350 ; Welp, *Zwangsbefugnisse für die Staatsanwaltschaft*, 1976, 41.

14. Schaefer, *op. cit.*, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1977, 980.

(Tribunal constitutionnel fédéral) rendu en 1974¹⁵. Schaefer insiste sur le fait que la police, opérant dans le cadre de la procédure d'instruction criminelle, n'agit pas pour son propre compte, mais plutôt en sa qualité d'organisme subalterne d'exécution du ministère public. Dans cette optique, la police n'assume aucune fonction autonome dans la procédure pénale et toute procédure d'instruction criminelle est engagée par le seul ministère public, et non point par la police. Or, si l'accusé dispose, devant le ministère public, et donc devant le « maître » de la procédure d'instruction criminelle, du droit à la présence d'un défenseur, ce droit lui revient davantage encore dans l'interrogatoire mené par la police, étant donné que l'organisme subalterne d'exécution ne peut pas prétendre à plus de pouvoirs que l'organisme supérieur.

La systématique de la loi n'est pas contraire à cette conclusion étant donné qu'il y aurait lieu de parler dans ce contexte d'une interprétation exhaustive ou rectificative de l'article 163 a III, IV *StPO*. Or, en règle générale, une telle interprétation rectificative doit être dûment motivée, étant donné qu'elle peut impliquer le reproche formulé à l'adresse du législateur d'avoir mal accompli sa tâche. Suivant l'opinion commune, une telle interprétation est même classée de *contra legem*, puisque, dans l'optique de cette interprétation, le législateur n'avait précisément pas l'intention de créer un droit à la présence d'un défenseur dans l'interrogatoire mené par la police.

Or, même si l'on suppose que le législateur ait agi selon l'opinion communément répandue, cette intention doit être considérée à la lumière des dispositions constitutionnelles. Il convient à ce propos de se rappeler le jugement susmentionné, rendu par le Tribunal constitutionnel fédéral¹⁶. Il s'agissait en l'occurrence de plusieurs requêtes constitutionnelles, déposées par des personnes qui avaient été interrogées à titre de témoins dans une procédure d'instruction disciplinaire. Soucieux de ne pas se voir exposés, dans l'interrogatoire, au risque de s'accuser eux-mêmes, les témoins avaient chargé un avocat de la défense de leurs intérêts, ce pourquoi il devait assister à l'interrogatoire. Le chef de l'instruction excluant l'avocat des interrogatoires, les témoins déposèrent en son absence. Leurs requêtes contre l'exclusion de l'avocat furent rejetées par le tribunal disciplinaire fédéral. Suite aux requêtes constitutionnelles des témoins, le Tribunal constitutionnel fédéral cassa la décision du tribunal disciplinaire en estimant que, d'après l'article 2 I de la Constitution allemande, en liaison avec le principe de l'Etat de droit, cette décision constitue une violation des droits fondamentaux des personnes concernées et du droit de l'avocat, qui lui aussi avait engagé un recours constitutionnel, droit relevant de l'article 12 I de la Constitution allemande.

Et le tribunal de conclure qu'en règle générale l'exclusion du conseil d'un témoin enfreindrait le principe du *fair trial*. Toute proportion gardée, elle ne devrait être prononcée que pour maintenir une justice fonctionnelle et efficace. Il y aurait lieu d'ailleurs que cet aspect soit réglé par la loi.

La direction indiquée par cette argumentation est manifeste : si le témoin, engagé dans une procédure d'instruction disciplinaire et risquant de s'accuser lui-même, dispose en principe du droit de consulter un avocat, cela est d'autant plus vrai pour l'accusé qui, engagé dans la procédure d'instruction criminelle, s'expose à ce risque en permanence et qui, du point de vue de la police, doit précisément être amené à s'accuser lui-même. Le risque encouru par l'accusé engagé dans la procédure d'instruction criminelle est d'ailleurs assez considérable et ne se limite pas à la simple sanction disciplinaire d'un comportement. L'accusé, aussi bien que le témoin qui risque de s'accuser lui-même, défendent des intérêts semblables à l'égard de l'organisme interrogateur. Démuni du droit de se faire conseiller par un avocat pendant l'interrogatoire mené par la police,

15. *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 38, 105 ; Heubel, *Der « fair trial » - ein Grundsatz des Strafverfahrens ?*, thèse de doctorat, Mannheim, 1981, 97 p. ; Thomas, *Der Zeugenbeistand im Strafprozess*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1982, 489 p.

16. *Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 38, 105.

l'accusé est traité de façon inégale par rapport au témoin qui risque de s'accuser lui-même, et cela pour des motifs très peu fiables. Par conséquent, le moins que l'on puisse dire est que l'opinion commune est en contradiction latente avec l'article 3 I de la Constitution allemande, pour ne pas parler franchement d'une conception juridique contraire à la Constitution.

Par sa décision rendue le 29 octobre 1992¹⁷, la Cour suprême de cassation allemande a souligné cependant que le refus de la police, formulé à l'adresse de l'accusé et l'empêchant de contacter un avocat avant le premier interrogatoire, implique l'interdiction d'utiliser les dépositions de l'accusé, même si ce dernier avait été instruit de ses droits conformément à l'article 136 I 2 *StPO*.

De même, la question n'est pas résolue de savoir jusqu'à quel point la présence du défenseur dans l'interrogatoire mené par la police risque vraiment de compromettre l'efficacité de la justice, et plus particulièrement celle de l'action pénale. Il est évident que ce risque ne peut émaner de l'assistance octroyée par l'avocat, étant donné que, vu sous l'angle de l'État de droit, la mission fondamentale de tout défenseur est précisément de seconder la personne accusée dans la défense de ses droits procéduraux si celle-ci, comme on peut l'observer dans beaucoup de cas, n'est pas à même d'assumer entièrement sa propre défense¹⁸.

La simple assistance octroyée par l'avocat n'étant pas un indice suffisant pour pouvoir rejeter la présence du défenseur, il faut se demander quel autre élément pourrait nuire alors au fonctionnement de l'action pénale. Il paraît judicieux de considérer à ce propos la condition de l'accusé suivant qu'il est libre ou en détention préventive. S'il est libre et disposé à comparaître avec son avocat en vue de l'interrogatoire mené dans les locaux de la police, son défenseur ne peut, du point de vue de la police, « causer des dommages » au cours de l'interrogatoire que quand il recommande à son client de ne pas répondre à certaines questions posées par l'officier de police, s'il réclame des rectifications à apporter au procès-verbal, etc. : somme toute, des aspects légitimes de la fonction d'assistance du défenseur. En ce qui concerne les autres éléments des recherches policières, l'accusé a la possibilité de les perturber de son propre chef; libre dans ses mouvements, il n'a pas besoin d'avoir recours à son avocat.

En revanche, si l'accusé se trouve en détention préventive, il lui est physiquement impossible de procéder à des manœuvres illicites dans l'intention de dénaturer les faits à sa charge ou de perturber les recherches. D'ailleurs, l'accusé désireux de le faire aura recours aux membres de sa famille, à des amis ou complices, tous susceptibles d'avoir un comportement loyal déterminé à son égard, plutôt qu'à son défenseur auquel il n'est lié que par de simples relations d'affaires. Quiconque estime en pareils cas qu'il y a lieu de se méfier des manœuvres illicites possibles de la part du défenseur imputé à chaque avocat, de prime abord et à tort, d'être en complicité criminelle avec l'accusé. Il va sans dire que cette hypothèse ne peut être soutenue juridiquement et qu'elle constitue une affirmation non motivée et non démontrée dans la majorité écrasante des cas.

L'ensemble de cette argumentation, fondée sur l'idée d'une atteinte menaçant les fins de l'instruction, semble plus douteux encore si l'on considère le libellé de l'article 114 b *StPO*.

Aux termes de cet article, le juge veille à ce que l'arrestation de l'accusé soit immédiatement notifiée à un de ses proches ou à une personne jouissant de sa confiance. Cette notification se fait sans égard aux fins de l'instruction, ce qui n'est pas vrai pour la notification faite par la personne accusée elle-même aux termes de l'article 114 b II

17. *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, 338.

18. Cette impuissance peut être due aux faibles connaissances juridiques de l'accusé, ou bien à l'impact émotionnel particulier que comporte le fait d'être accusé et qui rend difficile toute défense bien motivée et à tête reposée.

*StPO*¹⁹. Considéré à la lumière de ce qui précède, cet état de choses comporte le risque non négligeable que ces proches ou ces personnes de confiance, plutôt que tout avocat, contribueront à effacer les traces au profit de l'accusé, et ce faisant ils ne seront même pas pénalisés (cf. l'art. 258 VI *StGB*).

La discussion des différentes approches donne lieu à la conclusion que l'opportunité de la réglementation en vue de la réalisation de la finalité normative qui, pour le reste, n'est pas bien définie non plus, doit être mise en question. Face au changement possible, suivant le modèle britannique, la nécessité de son introduction est fortement mise en doute elle aussi²⁰.

A la lumière de ces observations constitutionnelles, il serait souhaitable de voir la disposition de l'article 163 a *StPO* interprétée en conformité avec la Constitution, de façon à ce que la police ne puisse revendiquer plus de droits que le ministère public et à ce que, par conséquent, le défenseur ait en principe le droit d'assister à l'interrogatoire si l'accusé le désire.

La jurisprudence récente de la Cour suprême de cassation allemande donne lieu à l'espoir qu'un changement puisse se produire également dans ce domaine.

19. Löwe-Rosenberg-Wendisch, *op. cit.*, § 114 b, note 10; Kleinknecht/Meyer Gossner, *op. cit.*, § 114 b, note 6.

20. Cf. également Müller, Einige Bemerkungen zu dem saarländischen Gesetz zur Änderung der Bestimmungen über die Stellung des Beschuldigten und der Verteidigung im Strafverfahren vom 20. April 1950, in : *FS 150 Jahre Landgericht Saarbrücken*, 1985, 215 (223) zum saarländischen Gesetz über die Stellung des Beschuldigten und der Verteidigung von 1950; au sujet de la relation règle-exception, V. aussi Riegel, *op. cit.*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1978, 14 (20).

A. CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Droit pénal général

Bernard BOULOC

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

A. – Les sources

1. *Application des dispositions les plus favorables*

Il est de principe que la loi nouvelle plus douce s'applique aux faits antérieurement commis. L'article 112-1, alinéa 2, du nouveau code pénal énonce cette solution traditionnelle que le Conseil constitutionnel avait antérieurement consacrée (V. Stefani, Levasseur et Boulloc, *Droit pénal général*, 14^e éd., n° 116-1 ; Cons. const. 19-20 janv. 1981, *JCP* 1981.II.19 701, note Cl. Franck, *D.* 1982, p. 441, note A. Dekeuwer). Mais peut-on tenir compte de dispositions plus favorables lorsque celles-ci proviennent d'une modification non pas de la loi, mais d'événements tels que la réunification des deux Allemagne ? La question se posait dans une affaire d'importation sans déclaration de marchandises prohibées reprochée à une entreprise qui avait déclaré comme origine des marchandises la Yougoslavie, alors que leur origine réelle était la République démocratique allemande, ce qui les soumettait à des mesures de restriction particulière. Mais postérieurement aux faits, et avant l'engagement des poursuites, la RDA avait adhéré à la RFA, de sorte que les dispositions communautaires sur la libre circulation des marchandises et celles sur l'interdiction de toutes mesures restrictives ou d'effet équivalent étaient devenues applicables sur le territoire des provinces de l'Allemagne de l'Est.

En dépit de cette circonstance, la cour d'appel de Rennes était entrée en condamnation car, à l'époque des faits, les importations de marchandises venant d'Allemagne de l'Est étaient limitées et soumises à divers droits et taxes. Mais sur pourvoi formé par le condamné qui invoquait notamment la violation de l'article 2 du code civil et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 2 juin 1993 (*Bull. crim.*, n° 198) a cassé l'arrêt de la cour d'appel. Elle a considéré qu'il y avait eu méconnaissance de l'article 38 C. des douanes, dès lors que la cour d'appel n'avait pas recherché, même d'office, si par l'effet des dispositions du droit communautaire, applicables immédiatement aux poursuites en cours, l'élément légal de la prévention au regard du caractère prohibé de la marchandise ne s'en trouvait pas modifié et si les faits n'étaient pas susceptibles de recevoir une qualification différente, notamment celle visée à l'article 410, paragraphe 2 a, du code des douanes (contravention douanière de 1^{re} classe). La solution est

intéressante, car ce n'est pas seulement la loi pénale nouvelle qui doit être prise en compte au moment du jugement, mais aussi l'environnement juridique extrapénal. Car c'est celui-ci qui pouvait conduire à l'application d'une peine plus légère. On voit dès lors l'intérêt que présente l'article 15, alinéa 1, du Pacte des Nations Unies qui envisage précisément une telle situation, et dont l'autorité avait été, à juste titre, invoquée pour résoudre la question posée par l'intervention, après les faits, de textes réglementaires plus favorables en matière économique (cf. A. Huet, *La rétroactivité in mitius* dans textes réglementaires en matière économique, *JCP* 1989.I.3378). Ainsi, en cas de textes plus favorables à l'admission d'une situation licite au jour de la poursuite ou du jugement, les juridictions doivent en tenir compte. (V. déjà *Crim.* 21 mai 1992, *Bull.* n° 203, *JCP* 1993.II.21 985, note J. Paumier, *cette Revue*, 1993, p. 541, n° 5 et nos obs.).

2. Loi pénale nouvelle plus douce

La question de savoir si le fait pour un revendeur de vendre des produits de parfumerie authentiques revêtus de leur marque déposée, mais sans l'autorisation du titulaire de la marque qui ne commercialise ses produits qu'au moyen d'un réseau de distribution sélective, constitue une contrefaçon est une des plus délicates (V. *Crim.* 18 mai 1987, *Bull.* n° 200 ; *Crim.* 5 oct. 1987, *Bull.* n° 335 ; *Crim.* 18 avr. 1988, *Bull.* n° 163). La Cour de cassation, après avoir entendu largement la notion d'usage, a finalement exclu le cas de la revente de produits marqués légitimement acquis (V. sur ce problème et son évolution, *Lamy, droit commercial* 1993, n° 2115). Mais certaines cours d'appel continuaient d'adopter la thèse la plus large préconisée par certains auteurs (V. cependant Chavanne et Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 2^e éd., n° 829). C'était le cas de la cour d'appel de Paris (arrêt du 24 oct. 1989, *JCP* 1990. éd. E. n° 15706, obs. Burst et Mousseron). Contre sa décision, le condamné a formé un pourvoi, qui n'a été tranché qu'après l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1991. Or, celle-ci a consacré la théorie dite de l'épuisement des droits. Selon l'art. 713-4 du code de la propriété intellectuelle, le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits mis dans le commerce sous cette marque par le titulaire (V. *Lamy, droit commercial*, n° 2116). De ce fait, la Cour de cassation a préféré soulever un moyen d'office pris de la loi nouvelle. Bien qu'elle ait renvoyé l'affaire devant la Cour de Paris afin de rechercher si les faits retenus pourraient constituer une infraction selon l'article L. 716-9 du code de la propriété intellectuelle, il paraît clair que la cour de renvoi ne pourra que relaxer le revendeur. En tout cas, l'arrêt rendu le 16 juin 1993 (*Bull. crim.* n° 216) constitue une application de la règle selon laquelle la loi nouvelle plus douce s'applique aux faits n'ayant pas encore donné lieu à une « condamnation passée en force de chose jugée » (art. 112-1, al. 3, NC Pén.).

3. Maintien des textes réglementaires

Une personne poursuivie pour avoir mis en vente des supports de culture et des sacs de tourbe ne portant pas l'indication de la masse nette avait été relaxée, car elle s'était conformée aux dispositions d'un arrêté du 9 juin 1975 et à une norme NF U 44.451. En réalité, ces dernières dispositions, sans avoir fait l'objet d'une abrogation, étaient devenues sans portée du fait de la loi du 13 juillet 1979 sur l'organisation du contrôle des matières fertilisantes et des supports de culture et de son décret d'application du 16 juin 1980. Aussi, le garde des Sceaux a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre l'arrêt de la cour d'Angers ayant prononcé la relaxe. Par un arrêt du 23 juin 1993 (*Bull. crim.*, n° 221), la Chambre criminelle l'a accueilli. Elle a, à cette occasion, énoncé que si les arrêtés et règlements légalement pris revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, c'est à la condition qu'ils n'aient pas été rapportés ou ne soient pas devenus incompatibles avec les règles édictées avec la législation nouvelle. Or, précisément, la loi du 13 juillet 1979 en réglementant les matières

fertilisantes et les supports de culture a évincé la loi du 2 novembre 1943 sur le contrôle des produits antiparasitaires à usage agricole, tandis que le décret du 16 juin 1980 avait écarté les dispositions de l'arrêté du 9 juin 1975. Aussi bien, la cour d'appel avait méconnu les textes nouveaux qui devaient trouver application.

L'arrêt est donc important dans la mesure où il rappelle qu'un texte réglementaire demeure en vigueur, même si la loi sur laquelle il se greffe a été modifiée, à moins qu'il soit incompatible avec le nouveau dispositif légal.

B. – La responsabilité pénale

4. *Fait justificatif de la bonne foi en matière douanière*

Une personne avait été poursuivie pour un délit douanier réputé importation sans déclaration de marchandises prohibées, en ce qu'elle avait déclaré comme étant d'origine Macao des porcelaines fabriquées en Chine, mais décorées à Macao. Elle avait invoqué devant les juges du fond sa bonne foi, et elle se plaignait de la condamnation intervenue, qui, selon elle, aurait méconnu les dispositions de la loi du 8 juillet 1987. On sait que, par cette loi, le législateur a abrogé la disposition du code des douanes interdisant aux juges de relaxer en cas de bonne foi. Bien que l'on ait pu penser que l'abrogation du texte douanier imposait désormais d'établir l'intention de l'agent, la Cour de cassation a estimé que la bonne foi, dûment établie par l'intéressé, pourrait être une cause de justification (Crim. 16 mars 1989, *Bull. crim.* n° 131). Mais précisément, pour que la bonne foi puisse justifier le délinquant, encore faut-il qu'elle existe. Or, les juges du fond avaient constaté que l'intéressé s'était douté de la fabrication en Chine des marchandises importées et avait entrepris des démarches pour que son fournisseur utilise des emballages mentionnant Macao. Dans ces conditions, il ne pouvait pas être de bonne foi, et la Cour de cassation n'a pu, par un arrêt du 3 mai 1993 (*Bull. crim.* n° 161), que rejeter son pourvoi, la cour d'appel ayant justifié sa décision d'écarter l'exception de bonne foi.

5. *Domaine du fait justificatif du groupe de sociétés*

Depuis l'arrêt *Rozenblum* du 4 février 1985 (*Bull. crim.* n° 54), la Cour de cassation admet que l'existence d'un groupe de sociétés puisse justifier l'abus de biens sociaux, si certaines conditions sont par ailleurs réunies (V. aussi Crim. 13 févr. 1989, *Bull.* n° 69 ; Crim. 28 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 193)... Mais peut-on admettre ce fait justificatif dans l'hypothèse d'un délit de banqueroute par détournement d'éléments d'actif ? A première vue, une réponse affirmative pourrait être donnée, car le détournement d'actif est une forme d'abus de biens sociaux, commis alors que la société n'est plus *in bonis*. Saisie de cette question, la Chambre criminelle, par un arrêt du 20 juillet 1993 (*Bull. crim.* n° 250), lui a donné une réponse négative. Elle a, en effet, relevé que la société filiale mise en procédure collective avait retrouvé, du fait de cette procédure, une indépendance économique et financière dans l'intérêt de ses créanciers. De fait, pour que le groupe soit une cause de justification, il est nécessaire d'établir un intérêt propre du groupe dicté par ceux qui le dirigent. Or, dans l'hypothèse d'une entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire, l'administrateur ou le liquidateur ne saurait prendre ses décisions ailleurs ; il doit soit tenter d'assurer le redressement, soit indemniser les créanciers. Aussi bien, le principe admis par la Cour de cassation ne peut qu'être approuvé.

6. *Contrainte*

Le gérant d'une société s'était engagé à vendre des billets de transport de la compagnie Air Inter et à en représenter le prix à la fin de chaque mois. Mais par suite du retrait de l'appui financier de sa banque, il avait été amené à déposer le bilan, de sorte qu'il n'avait

pu restituer les sommes dues à Air Inter. Poursuivi devant le tribunal correctionnel pour abus de confiance, il était condamné par les premiers juges, mais la cour d'appel de Paris l'avait relaxé, car le seul retard à restituer des sommes reçues ne suffisait pas à caractériser le délit d'abus de confiance.

Sur pourvoi de la victime, la Cour de cassation censurerait cette décision de relaxe, par un arrêt du 11 octobre 1993 (*Bull.* n° 282).

La Cour de cassation commence par énoncer que la force majeure (contrainte externe ?) ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu prévoir ni conjurer. Elle considère dès lors que la brusque décision de la banque de lui retirer son soutien financier, si elle empêche la poursuite de l'exploitation, est sans incidence sur le défaut de représentation des fonds reçus à titre de mandat. De fait, l'intéressé aurait dû placer dans un compte distinct les sommes devant revenir à son mandant, car en les utilisant pour les besoins de son exploitation, il commettait déjà un détournement par un usage abusif. Par ailleurs, la jurisprudence criminelle malgré les termes précis de l'article 64 du code pénal (comme d'ailleurs ceux de l'article 122-2 NC Pén.) a toujours assimilé la contrainte (qui aurait dû être appréciée *in concreto*) à la force majeure (V. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, I, 6^e éd., n° 584 à 587). En un sens, la solution n'est pas totalement dénuée de fondement, si l'on part de l'idée que la contrainte exclut toute volonté délibérée de commettre l'acte. La justification résulte, alors, de l'obligation dans laquelle la personne s'est trouvée d'agir comme elle l'a fait. Il reste qu'en matière d'abus de confiance ce que l'on retient contre l'agent qui utilise des fonds c'est plutôt un dol éventuel, car sans vouloir le résultat dommageable, il aurait dû le prévoir (V. d'ailleurs Cl. Colombet, *Intention et faute lourde dans l'abus de confiance*, *cette Revue*, 1967, p. 619 ; Crim. 12 juill. 1956, *Bull.* n° 259 ; Crim. 30 mai 1972, *Bull.* n° 180). La question qui va se poser, avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, sera de savoir si cette solution pourra être maintenue au regard de l'article 121-3 exigeant une intention pour tout délit. Sans doute, l'imprudence, la négligence ou la mise en danger délibérée sont équipollentes à l'intention, mais lorsque « la loi le prévoit ». Tel n'est pas le cas de l'abus de confiance si bien qu'il n'est pas certain que la solution adoptée dans le cas présent puisse être maintenue.

7. *Ordre donné par un supérieur à un fonctionnaire*

Une personne avait fait l'objet d'une décision préfectorale de refus de séjour, alors qu'elle était en détention provisoire pour un délit de falsification de documents administratifs. N'ayant été condamné qu'à deux mois de prison avec sursis, l'intéressé était appréhendé par les services de police et conduit dans leurs locaux où il a été gardé trois jours avant d'être embarqué vers le pays dont il était le ressortissant. Ultérieurement, il a déposé plainte avec constitution de partie civile des chefs d'arrestation illégale et de séquestration de personne, en faisant valoir qu'il n'aurait pas dû être l'objet des mesures prises à sa sortie de prison, car la rétention administrative était inapplicable en matière de refus de séjour. Le chef du service des étrangers de la préfecture était inculpé, en raison des instructions qu'il avait données. Mais, statuant sur le règlement de la procédure, la Chambre d'accusation, tenant compte de l'interprétation administrative des circulaires en vigueur, assimilant un refus de séjour à une expulsion, avait prononcé un non-lieu. C'est que, en effet, le fonctionnaire, qui n'était pas chargé de rédiger habituellement ce genre de document, avait pu se méprendre sur la légalité de son acte, en se fiant à une pratique jusqu'alors recommandée par sa hiérarchie.

Sur pourvoi formé par l'intéressé, la Cour de cassation, par un arrêt du 12 octobre 1993 (*Bull. crim.* n° 285) censure l'arrêt de non-lieu. La partie civile avait fait valoir qu'une juridiction d'instruction n'avait pas à se prononcer sur l'intention de l'agent mais devait rechercher s'il existe des charges, et qu'une circulaire administrative ne dispense pas un fonctionnaire d'en vérifier la conformité et la légalité. En réponse, la Chambre

criminelle énonce deux principes : tout d'abord, l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique ne constitue, en matière d'acte attentatoire à la liberté, qu'une excuse absolutoire n'enlevant pas à l'acte son caractère illicite et ne permettant pas d'échapper à une déclaration de culpabilité ; ensuite, l'erreur de droit ne peut faire disparaître la culpabilité de l'auteur d'un acte illicite volontairement accompli. Elle considère, dès lors, que la Chambre d'accusation ne pouvait pas déduire le défaut d'intention de l'agent ni de la mise en œuvre des recommandations résultant de circulaires ministérielles, ni d'une méconnaissance de la loi. Il semble que cette solution, qui ne tient pas compte des circulaires – ce qui nous semble tout de même excessif si la circulaire est claire, car elle s'impose au fonctionnaire, même si elle ne lie pas le juge –, démontre que même à la veille du nouveau code pénal la Cour de cassation persiste dans sa rigueur à l'égard de l'erreur de droit (V. déjà Crim. 4 mars 1986, *Bull. crim.* n° 87 ; Stefani, Levasseur et Boulloc, *Droit pénal général*, n° 380), qui ne sera admise qu'en cas d'erreur inévitable, c'est-à-dire invincible. Tel ne saurait être le cas pour un fonctionnaire chargé d'appliquer la loi, qui ne pourra plus se prévaloir de l'exemption de peine de l'article 114, alinéa 2, du code pénal (V. sur le fonctionnement de cette exemption : B. Boulloc, *La tradition française relativement au statut des repentis*, cette *Revue*, 1986, p. 771) ou même du commandement de l'autorité légitime, dès lors qu'il s'agit d'un ordre manifestement illégal. Peut-être, une certaine souplesse devrait être envisagée, car si l'on doit se réjouir de ce que certains actes arbitraires ne soient pas impunis, du moins faut-il que ce ne soit pas le lampiste qui soit condamné...

8. *Complicité par aide*

A propos d'une expertise ordonnée par un magistrat instructeur en vue de la recherche de la vérité, des journalistes s'étaient permis de trouver cet acte « bizarre et scandaleux ». Des poursuites étaient engagées du chef de diffamation envers un fonctionnaire public. Un professeur de médecine, ayant dit que l'expertise était une « expérience délirante », était aussi poursuivi comme complice et avait été condamné à 3 000 F d'amende avec sursis. Il contestait sa condamnation. Mais la Chambre criminelle a maintenu la décision des juges d'Angers par un arrêt du 6 juillet 1993 (*Bull. crim.* n° 242). Elle a relevé que le fait de tenir des propos à un journaliste en sachant qu'ils seraient publiés constitue un acte de complicité punissable. Nul doute qu'il en est ainsi au regard de l'article 42 de la loi sur la presse faisant de l'auteur un complice.

9. *Tentative*

La Cour de cassation par un arrêt du 7 septembre 1993 (*Bull. crim.* n° 262) rappelle que la tentative est punissable si elle est caractérisée par un commencement d'exécution et n'a pas entraîné de résultat, en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'agent. En l'espèce, des malfaiteurs s'étaient présentés à une agence de banque. L'employée avait ouvert le mécanisme d'ouverture en voyant une première personne, mais parvenait à repousser la porte d'entrée à l'arrivée de deux autres malfaiteurs. Les intéressés estimaient que le fait de solliciter l'ouverture de la porte, comme n'importe quelle autre personne, ne suffisait pas à caractériser un vol avec arme. La Cour de cassation a cependant maintenu l'arrêt de la Chambre d'accusation de Lyon et jugé que cette demande d'ouverture de porte n'était pas un simple acte préparatoire mais un commencement d'exécution. La formulation est sans doute excessive, car tout client peut se voir reprocher une tentative, ce qui paraît étonnant.

Par ailleurs, le même arrêt considère que le fait pour deux comparses de repartir en raison d'un manque de coordination révèle une circonstance indépendante de la volonté des agents. Bien évidemment, il ne pouvait qu'en être ainsi puisque personne n'avait renoncé spontanément à agir.

C. – Les sanctions

10. *Sursis avec mise à l'épreuve. Aménagements*

Une personne avait été condamnée pour abus de confiance aggravé à 5 ans d'emprisonnement, assortis d'une mise à l'épreuve pendant 5 ans, sous réserve du règlement dans un délai de 2 ans de la totalité des sommes dues au Trésor, y compris l'amende pénale (qui était de 1 500 000 F). Celle-ci n'ayant pas été payée, le juge de l'application des peines a soumis le probationnaire à l'obligation de justifier du versement de 7 000 F par mois (en sorte qu'il faudrait plus de 18 ans pour finir de payer l'amende). L'intéressé contestait la décision de la cour d'appel (ayant ramené à 5 000 F le montant du versement mensuel) car celle-ci avait d'ores et déjà annoncé qu'il y aurait révocation du sursis en cas de non-paiement. La Cour de cassation, tout en prenant en considération cette critique, a cependant maintenu la décision de la cour d'appel de Limoges, par un arrêt du 5 janvier 1993 (*Bull. crim.* n° 5). Elle rappelle que le juge peut au cours du délai d'épreuve aménager ou supprimer les obligations du condamné, ce qui est toujours vrai (cf. art. 739, al. 2 c. pr. pén. modifié par la loi du 16 déc. 1992).

11. *Sursis avec mise à l'épreuve. Révocation*

Une personne avait émis des chèques sans provision malgré une injonction de ne plus émettre des chèques. Intervient la loi du 30 décembre 1991 et son décret d'application. Mais la Cour de cassation juge que le fait d'émettre des chèques au mépris d'une injonction bancaire reste punissable sous l'empire de la loi nouvelle. Il restait à savoir si du fait de cette infraction il était permis au juge de révoquer un sursis antérieurement décidé. Malgré une certaine ancienneté de la condamnation, les juges avaient omis de relever que la décision assortie du sursis était définitive. Aussi la Cour de cassation censure, par l'arrêt du 29 juin 1993 (*Bull.* n° 229), la décision de la cour d'appel de Poitiers, car il n'y a lieu de révoquer le sursis que si l'infraction révocatoire est postérieure au début de l'épreuve (cf. *Crim.* 8 juill. 1986, *Bull.* n° 231).

12. *Semi-liberté. Octroi par le juge de l'application des peines*

L'article 722 du code de procédure pénale autorise le juge de l'application des peines à accorder le bénéfice d'une semi-liberté, après avoir reçu l'avis de la commission des peines dès lors que les conditions prévues par l'article D 137 du code de procédure pénale se trouvent réalisées. Un juge de l'application des peines avait accordé une semi-liberté à une condamnée, mais sans avoir pris l'avis du chef d'établissement. Le procureur de la République avait exercé le recours en annulation devant le tribunal de grande instance, mais cette juridiction, tout en constatant l'irrégularité, ne l'avait pas sanctionnée, au motif qu'une ordonnance ultérieure avait été régulièrement rendue. Sur pourvoi, la Cour de cassation sanctionne le jugement du tribunal de Créteil, par un arrêt du 12 mai 1993 (*Bull. crim.* n° 176). Pour la haute juridiction, le tribunal aurait dû annuler l'ordonnance du juge, même si une autre ordonnance avait été régulièrement rendue.

13. *Période de sûreté. Confusion de peines*

La période de sûreté prévue dans certains cas par la loi est-elle une modalité d'exécution de la peine ou bien est-elle une mesure autonome ? Saisie de cette question, à propos d'un contentieux lié à la confusion de peines, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 9 mars 1993 (*Bull. crim.* n° 104), que la période de sûreté est une modalité d'exécution de la peine. De fait, cette période de sûreté fait perdre au condamné le

bénéfice des permissions de sortir, de la semi-liberté ou de la libération conditionnelle, mais elle n'entraîne pas une rigueur dans l'exécution de la peine. Aussi bien, dans le cas présent où il était demandé de confondre une peine d'emprisonnement de 9 ans avec une peine de 12 ans de réclusion criminelle, la Chambre d'accusation a admis cette possibilité et, surtout, elle a considéré que les 4 ans de détention provisoire subie au titre de la condamnation correctionnelle s'imputaient sur la période de sûreté de 6 ans assortissant la peine criminelle. Cette manière de procéder qui avait été contestée par le parquet général de Toulouse, pour qui la période de sûreté était une mesure distincte de la peine et donc exclue du champ de la confusion, a été approuvée par la Cour de cassation. Dès lors que la peine absorbée est considérée comme n'ayant jamais été prononcée, le temps passé en détention provisoire s'impute sur la durée de la peine absorbante, et la période de sûreté doit être décomptée en considération de l'intégralité de la durée de détention, qu'elle soit provisoire ou subie en exécution d'une condamnation. Il ne semble pas que ces principes soient remis en cause par le nouveau code pénal, les peines privatives de liberté étant considérées comme étant de même nature et la confusion peut être ordonnée par la dernière juridiction appelée à statuer ou aux conditions prévues par l'article 710 du code de procédure pénale (article 132-4 NC Pén.).

14. *Non-cumul des peines*

Si la règle, en droit français, est le non-cumul des peines, on sait cependant que des exceptions sont prévues soit par des textes spéciaux soit en raison de principes généraux. Trois arrêts de la Cour de cassation font état de ces exceptions. Le 12 mai 1993 (*Bull. crim.* n° 177), la Chambre criminelle de la Cour de cassation était saisie de la question de savoir s'il est possible de prononcer une peine d'amende pour une contravention au code de la route avec une peine prononcée en raison d'un délit de blessures involontaires aggravé par un état alcoolique. Une réponse affirmative a été donnée, car le délit et la contravention étaient différents dans leurs éléments constitutifs. La solution est classique (V. par ex. Crim. 24 mars 1981, *Bull.* n° 107 ; Crim. 8 mars 1972, *Bull.* n° 89). Par ailleurs, le 20 juillet 1993 (*Bull. crim.* n° 248), la Cour de cassation statuait en matière de dispositifs publicitaires régis par la loi du 29 décembre 1979. En l'espèce, il s'agissait d'une enseigne lumineuse composée de trois dispositifs. Les juges du fond avaient estimé qu'il y avait trois infractions, mais le condamné contestait cette analyse. Néanmoins, la Cour de cassation rejetait le pourvoi, en relevant que, selon la loi, il doit être prononcé autant d'amendes que de dispositifs en infraction et, comme les juges du fond avaient retenu trois dispositifs lumineux distincts, trois peines d'amendes pouvaient être prononcées.

Enfin, le 25 mai 1993 (*Bull. crim.* n° 190), la Cour de cassation rappelait qu'en matière de contraventions le cumul est de droit dès lors qu'il y a pluralité de faits distincts, en l'espèce dix contraventions pour diffamation non publique commises par dix écrits distincts adressés par voie de télécopie.

15. *Sanctions à caractère réel*

Même si, depuis longtemps, il est question de l'individualisation de la sanction ou de « la personnalisation des peines », certaines mesures sont considérées comme ayant un caractère « réel », ce qui emporte exclusion de certaines dispositions.

Ainsi, le 14 avril 1993 (*Bull. crim.* n° 155), la Cour de cassation décide que la sanction de la démolition prononcée pour l'édification d'une construction sans permis de construire ne peut donner lieu à une mesure de relèvement, au regard de l'article 55-1 du code pénal. La solution nous semble juste, car la démolition n'est pas une incapacité, une déchéance ou une interdiction, alors que l'annulation du permis de conduire peut difficilement être traitée comme une mesure à caractère réel (V. Crim. 16 janv. 1986,

cette *Revue*, 1986, p. 844 ; Crim. 17 juin 1986, *Bull.* n° 209 ; comp. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 14^e éd. n° 724).

Par ailleurs, la confiscation des marchandises mises en vente au déballage sans autorisation est considérée comme une mesure à caractère réel, alors qu'il s'agissait de tapis ne présentant aucun danger pour la sécurité des personnes. Sans doute, la Cour de cassation s'était prononcée en ce sens par un arrêt du 2 décembre 1970 (*Bull. crim.* n° 320 ; V. aussi Lamy *Droit économique*, 1994, n° 2312). Mais, par la suite, elle avait jugé que la confiscation était une peine et non une « mesure de police et de sûreté », de sorte que le juge pouvait prononcer en matière de vente au déballage la dispense de peine (Crim. 6 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 337). Néanmoins, par un arrêt du 25 octobre 1993 (*Bull. crim.* n° 309), la Cour de cassation reprend la première analyse : « si la confiscation prévue par l'article 2 de la loi du 30 décembre 1906 est une peine principale, elle n'en demeure pas moins une mesure à caractère réel affectant les marchandises de fraude ». Comprenne qui pourra, car ou bien c'est une peine ou bien c'est une mesure de sûreté. Par ailleurs, comme les poursuites étaient fondées sur la loi de 1906, on ne voit pas où était la fraude, même si la cour d'appel avait estimé qu'en l'absence de contrôle l'acheteur était exposé à des risques de tromperie (non établie). Un peu plus de rigueur ne serait pas un luxe.

16. Exclusion de la contrainte par corps en matière de presse

La contrainte par corps ne peut être prononcée pour une infraction de nature politique énoncée l'article 749 du code de procédure pénale. Et malgré le laconisme du droit français, ancien ou nouveau, sur l'infraction politique, une jurisprudence très ancienne considère comme « politiques », au regard de l'article 749 du code de procédure pénale, les délits de presse (V. par ex. Crim. 29 oct. 1953, *D.* 1954, p. 381 ; Crim 28 sept. 1970, *D.* 1971, p. 37, note F. Chabas). On peut donc s'étonner que la cour d'appel de Rouen statuant en matière de diffamation contre un magistrat ait cru devoir assortir sa décision d'une contrainte par corps. Cela nous vaut le rappel de la solution classique, par un arrêt du 22 juin 1993 (*Bull. crim.* n° 218).

17. Imputation de la partie de la peine exécutée à l'étranger sur la peine prononcée en France

Un Français avait été condamné pour viol, puis pour vol à main armée et tentative de viol par jugements du tribunal régional de Sarrebrück. Il s'évade en cours de peine et se réfugie en France où il a été arrêté. Poursuivi en France pour les faits commis à l'étranger, sur le fondement des articles 689 et 692 du code de procédure pénale, il est condamné par la cour d'assises de la Moselle à 5 ans d'emprisonnement dont 2 ans avec sursis probatoire. Puisqu'il avait purgé une partie de la peine en Allemagne, en raison des mêmes faits, il sollicitait l'imputation du temps passé en prison en Allemagne sur la peine de trois ans qu'il devait exécuter en France. La Chambre d'accusation de la cour d'appel de Metz lui refusa cette imputation, au motif qu'il ne justifiait pas avoir intégralement exécuté sa peine. Sur pourvoi faisant valoir le principe *non bis in idem* et la violation des articles 24 du code pénal et 692 du code de procédure pénale, la Chambre criminelle rejette sa demande, par un arrêt du 26 octobre 1993 (*Bull. crim.* n° 315).

Sans doute, une solution identique avait été adoptée dans un arrêt du 11 juin 1986 (*Bull. crim.* n° 203, *Rev. sc. crim.* 1987, p. 266, obs. Couvrat). De fait, conformément à l'article 692 du code de procédure pénale, une deuxième poursuite est possible à propos des mêmes faits si l'intéressé ne démontre pas qu'il a exécuté sa peine ou qu'il l'a prescrite. Mais, pour autant, on ne comprend pas qu'il ne puisse pas bénéficier du temps déjà passé en prison, à l'étranger. S'il s'agissait d'une incarcération subie à l'étranger sous écrou extraditionnel, elle serait déduite obligatoirement (cf. art. 24 c. pén. modifié par la

loi du 9 juill. 1984). Pourquoi dès lors refuser au condamné la prise en compte de ce qui est plus qu'une détention provisoire ? Parce qu'il s'est évadé ? Mais s'il y a lieu de le punir au titre de l'évasion, cela ne justifie pas qu'il puisse devoir subir deux peines pour le même agissement, au mépris du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne qui ne prohibe les deux poursuites que lorsqu'elles émanent du même Etat... Le pacte des Nations Unies de 1966 se montre tout de même plus favorable (art. 14-7) puisqu'il prohibe une nouvelle poursuite pour des faits déjà jugés.

Il reste que, en attendant le développement du droit pénal international, la méthode la moins mauvaise pour répondre au sentiment d'équité est le recours à la grâce, préconisé par MM. Merle et Vitu (*Traité de droit criminel*, 6^e éd., n° 296).

Infractions contre les personnes

Georges LEVASSEUR

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

1. *Homicide volontaire. Formulation des questions*

I. A l'occasion d'un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'assises du Gers qui l'avait condamnée à quinze ans de réclusion criminelle pour homicide volontaire, la dame L. se plaignait que la question n° 1 ait été libellée ainsi : « L'accusée Mireille L. est-elle coupable d'avoir, à..., le 7 juin 1991, volontairement donné la mort à Bernadette M. ? »

A l'en croire, cette question était atteinte de complexité et la cour d'assises aurait dû être interrogée sur trois points distincts : d'abord les violences volontaires, ensuite le décès qui en avait été la conséquence, et enfin l'intention de donner la mort.

La Chambre criminelle a, le 5 janvier 1994 (n° F 93-82073 D), rejeté le pourvoi en constatant que « la question, posée dans les termes de la loi et du dispositif de l'arrêt de renvoi, réunit en une formule unique les différents constitutifs d'une infraction ». La décomposition de la question n'eût été utile que si le président avait jugé possible une disqualification des faits.

II. Condamné pour complicité d'assassinat avec préméditation, le sieur V. s'était pourvu en cassation, soutenant que la question posée n'aurait pas dû viser la « préméditation », mais selon l'article 297 le « dessein formé avant l'action d'attenter à la personne. » (On remarquera que, dans le nouveau code pénal, l'article 132-72 a généralisé la formule de cette circonstance aggravante, qui était déjà prévue pour diverses infractions, en la définissant « le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé ».)

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi en remarquant que la préméditation n'était pas une notion purement juridique car ce mot « exprime par lui-même qu'un dessein a été formé avant l'action en sorte que les jurés n'ont pas pu se méprendre sur sa signification ».

Les chances du pourvoi paraissaient nulles car la Cour de cassation a pris position sur ce point depuis le 23 octobre 1885 (*Bull.* n° 280) au moins et semble n'avoir jamais varié (*Crim.* 15 nov. 1951, *Bull.* n° 300 ; *Crim.* 29 oct. 1969, *Bull.* n° 271 ; *Crim.* 5 janv. 1973, *Bull.* n° 8 ; *Crim.* 19 déc. 1974, *Bull.* n° 376 ; *Crim.* 16 déc. 1976, *Bull.* n° 370 ; *Crim.* 3 déc. 1980, *Bull.* n° 331 ; *Crim.* 21 avr. 1982, *Bull.* n° 97 ; *Crim.* 7 juill. 1987, et nos obs. cette *Revue* 1988.86, n° 1 ; *Crim.* 20 avr. 1988, *Bull.* n° 170 et nos obs. cette *Revue* 1989.107, n° 1 ; *Crim.* 27 juin 1990, *Bull.* n° 264 et nos obs. cette *Revue* 1991.345, n° 1-II) La multiplicité persistante des pourvois tient peut-être à ce que l'opinion contraire a été soutenue par d'éminents auteurs (Garçon, *Code pénal annoté*, art. 296-298, n° 35 et s. ; 2^e éd. par Rousselet, Patin et Ancel, *ibidem*, n° 37 et s.).

Sur la notion de préméditation selon les circonstances des faits, V. *Crim.* 17 déc. 1990, *Dr. pénal*, 1991, n° 141, obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1991.759, n° 1-I.

III. Condamné pour tentative d'assassinat, le sieur O. se plaignait, lui aussi, de la question posée à la cour d'assises ; celle-ci précisait que sa tentative avait été manifestée par un « commencement d'exécution n'ayant manqué son effet que par suite de

circonstances indépendantes de sa volonté », mais ne mentionne pas en quoi avait consisté en fait le « commencement d'exécution », ni quelle avait été l'intervention extérieure ayant interrompu celui-ci.

La Chambre criminelle, le 24 mars 1993 (sous la présidence de M. Le Guehec et au rapport de M. Malibert), a observé que les questions avaient été soumises à la cour et au jury dans les termes de l'arrêt de renvoi. Elle a estimé d'autre part « que la loi n'ayant pas défini les faits qui constituent le commencement d'exécution et les circonstances extérieures qui, contre la volonté de l'auteur, font manquer son effet à l'acte criminel, en a confié l'appréciation à la cour et au jury ». Elle a ajouté « que la réponse affirmative sur la culpabilité de l'accusé est irrévocable et qu'il n'appartient à la Cour de cassation ni de rechercher ni d'apprécier les éléments de la conviction des juges ».

C'est exactement la formule qu'utilisa, pour rejeter un moyen présenté de façon analogue au pourvoi de la présente affaire, la Chambre criminelle le 22 décembre 1987, *Bull.* n° 481, et qu'on retrouve d'ailleurs précédemment (Crim. 29 oct. 1957, *Bull.* n° 680 ; Crim. 13 janv. 1959, *Bull.* n° 35 ; Crim. 11 mars 1966, *Bull.* n° 96 ; Crim. 18 juill. 1972, *Bull.* n° 245). Il y aurait au contraire cassation si la question ne précisait pas que la tentative avait été manifestée par un commencement d'exécution ou qu'elle avait manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur (Crim. 6 nov. 1930, *Bull.* n° 256 ; Crim. 27 mai 1959, *Bull.* n° 281 ; Crim. 24 févr. 1982, *Bull.* n° 57).

Le problème de la détermination du commencement d'exécution et de sa distinction d'avec les actes préparatoires appartient au droit pénal général (V. dans cette *Revue* les chroniques de Légal 1952 p. 439, 1959.842, 1972.99 ; de J. Larguier, 1974.575 et 1980.969 ; de A. Vitu 1985.63 et 1986.340. *Adde* Merle et Vitu, *Traité de droit criminel* I, 6^e éd., n° 464 et s. ; Devèze, *Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence*, cette *Revue* 1981.775 ; Roujou de Boubée, *La genèse de l'acte infractionnel dans Colloque Toulouse, Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, éd. Dalloz, 1969, p. 61. *Adde* les ouvrages récents de droit pénal général : Decocq p. 172 à 177 ; Rassat, n° 240 à 244 ; Puech, n° 628 à 654 ; Conte et Maistre de Chambon, p. 175 à 186 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, 14^e éd. ; n° 189 à 201 ; Pradel, 8^e éd. n° 347 à 356 ; Soyer, 9^e éd., n° 117 à 124 ; J.-H. Robert, 2^e éd., p. 241 à 250 ; Jeandidier, 2^e éd., n° 214 à 220.

2. Coups et blessures volontaires

a) *Excision*. La délicate question de l'excision a souvent été examinée dans cette chronique au cours de la dernière décennie (V. nos obs. cette *Revue* 1984.73, n° 1-II ; 1986.851, n° 2 ; 1988.108, n° 3-a et 112 n° 5-b ; 1989.109 n° 3-b ; 1991.565 n° 1-I). Dans un arrêt du 29 septembre 1993 (*Gaz. Pal.* 23 déc. 1993, p. 10, obs. J.-P. Doucet), la Chambre criminelle a admis les constitutions de parties civiles, dans des poursuites de cette nature, de deux associations « Commission pour l'abolition des mutilations sexuelles » et « SOS femmes alternative ».

Elle a constaté que l'article 2-3 du code de procédure pénale autorisant les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant, par leurs statuts, de défendre ou d'assister l'enfance martyrisée, pouvaient exercer les droits de la partie civile en ce qui concerne les infractions définies aux articles 312 (ce qui était le cas de l'espèce), 331, 332, 333 et 334-2 du code pénal (c'est-à-dire, selon le nouveau code pénal, les articles 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-14, 222-23 à 222-30, 227-15, 227-16, 227-22, 227-25, 227-26), et que ces textes n'exigeaient pas qu'elles eussent recueilli l'accord de la victime ou de son représentant légal, du moment que l'action publique avait été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée.

Dans ses observations, notre collègue Doucet, tout en approuvant cette solution, craint

les éventuelles conséquences fâcheuses d'initiatives intempestives en cette matière particulièrement sensible.

b) *Violences volontaires avec arme*

La jurisprudence récente continue à considérer que le fait de foncer en voiture contre un adversaire peut constituer une violence volontaire avec arme (V. déjà : Crim. 14 mars 1989, *Bull.* n° 126 et nos obs. cette *Revue* 1989.738 ; Crim. 12 mars 1991, *Dr. pénal*, 1991, n° 225 obs., Véron ; Crim. 19 déc. 1991, *Dr. pénal*, 1992, n° 171, obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1992.750, n° 2-II-a ; Crim. 8 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 4 mai 1993, obs. Doucet, *Dr. pénal*, 1993, n° 128, obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1993.775, n° 2-II). Tel fut le cas dans l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 7 septembre 1993 (*Gaz. Pal.* 23 déc. 1993, obs. J.-P. Doucet).

M. Doucet fait judicieusement remarquer que cette qualification a été rendue possible à la suite de la modification apportée à l'article 309 par la loi du 2 février 1981, laquelle a remplacé l'expression « avec port d'armes » par celle de « à l'aide ou sous la menace d'une arme ».

Il s'agissait, semble-t-il, d'une querelle entre automobilistes. Alors que le sieur A. descendu de son véhicule s'approchait de celui du sieur S., ce dernier procéda à une marche arrière puis « fonça » dans la direction de son antagoniste, le forçant à se jeter sur le bas-côté pour éviter le choc. Les juges du fond avaient retenu le délit de « violence », estimant que ce comportement volontaire avait été « de nature à impressionner vivement la victime » (on sait que, depuis quelques années, la Chambre criminelle n'exige plus la production d'un certificat médical). *Comp. Crim.* 19 oct. 1993, *Gaz. Pal.* 5 févr. 1994, p. 16, obs. Doucet, *Dr. pénal*, 1994, n° 33, obs. Véron (automobile fonçant sur les gendarmes pour favoriser la fuite).

Cette jurisprudence trouvera d'ailleurs sa confirmation dans l'article 223-1 du nouveau code pénal qui incrimine le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente, mais comme cette nouvelle qualification exige la violation *manifestement délibérée* d'une obligation *particulière* de sécurité ou de prudence *imposée par la loi ou le règlement*, elle n'eût pas été applicable au cas de l'espèce.

C'est donc l'article 222-13 du nouveau code pénal réprimant les violences n'ayant pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, commises avec l'une des dix circonstances aggravantes prévues à ce texte, qui devra être appliqué désormais (à défaut de toute circonstance aggravante, ce serait la contravention de l'article R. 625-1 du nouveau code pénal), dans les violences ou voies de fait ayant fortement impressionné leurs victimes.

3. *Homicide et blessures involontaires*

I. - Asphyxie

Nous avons signalé (cette *Revue* 1993.779, n° 4-II et les références) la responsabilité que se rejetaient le propriétaire d'un immeuble d'une part et le gérant de cet immeuble d'autre part, à propos de l'asphyxie de l'occupant d'un appartement de l'immeuble en question. Dans l'affaire jugée le 20 septembre 1993 par la Chambre criminelle (*Gaz. Pal.* 23 déc. 1993, p. 6, obs. J.-P. Doucet), il n'y avait pas de gérant et l'immeuble était exploité comme hôtel, en sorte que c'est l'hôtelier (propriétaire et locataire) qui s'est trouvé poursuivi. En effet, dans l'incendie survenu dans l'hôtel, quatre de ses clients avaient été asphyxiés et d'autres intoxiqués par les fumées accumulées dans les couloirs de l'établissement.

La faute du prévenu et le lien de cause à effet avec le dommage n'étaient pas douteux. En effet, l'arrêt attaqué constatait qu'à plusieurs reprises la commission municipale de

sécurité avait demandé que soit réalisée en partie haute de l'escalier une trappe de désenfumage qui aurait permis d'éviter une concentration trop forte des fumées et de faciliter la progression des secours. Or l'hôtelier, à qui incombait la charge de ces travaux, ne les avait pas fait exécuter.

Sur de précédents cas d'asphyxie imputés au propriétaire ou bailleur des lieux, voir : Crim. 7 février 1968, *Bull.* n° 39, et nos obs. cette *Revue* 1968.855 ; Bordeaux, 14 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1976.2.Somm.315 ; Crim. 11 juillet 1977, *Bull.* n° 261, et nos obs. cette *Revue*, 1978.99, n° 2-II-a ; voir un cas de relaxe : Versailles 13 décembre 1978, *Gaz. Pal.* 1979.I.Somm.160 en cas d'usage intensif des appareils par le locataire à raison d'une surpopulation des occupants en violation du contrat de bail.

II. - Accident au cours d'une leçon de conduite motocycliste

Il est rare de rencontrer une espèce dans laquelle le directeur ou le moniteur d'une auto-école soit poursuivi pour blessures involontaires sur la personne d'un de ses élèves.

L'arrêt rendu le 6 juin 1990 par la cour de Grenoble (qui n'a été publié par la *Gazette du Palais*, en sommaire assez détaillé, que le 4 mai 1993, p. 27) mérite pour cette raison d'être signalé, même sans qu'il ait été possible de disposer du texte intégral de la décision.

La victime de l'accident était un élève qui n'avait jamais conduit et qui brigait le permis relatif aux engins de 500 cm³. Un autre élève qui, au moment des faits, se préparait au permis relatif aux engins de 125 cm³ et avait déjà plus de 10 heures d'école de conduite, participait à la même leçon sur route, mais se trouvait en première position derrière le moniteur alors que le candidat au permis de 500 cm³ était en seconde position, c'est-à-dire à 60 mètres au moins du moniteur.

L'auto-école ne disposait que de deux motocyclettes, correspondant précisément aux deux types de permis envisagés. L'accident semble dû à un dérapage de l'engin, sans collision. Le directeur de l'auto-école et le moniteur de service furent l'un et l'autre poursuivis et condamnés.

Au directeur de l'auto-école, il fut reproché de s'en être remis à la compétence et à la sagesse de son moniteur, alors qu'il lui appartenait de donner des directives précises et de fixer des consignes adaptées à toutes les situations, notamment au mauvais temps qui était « facilement prévisible ».

Au moniteur, il était reproché plusieurs manquements aux exigences pédagogiques et aux règles de sécurité, sans pourtant qu'il eût enfreint aucune prescription réglementaire. La cour a estimé qu'il avait eu tort de confier les deux engins à des élèves qui postulaient précisément aux permis des catégories auxquels ceux-là appartenaient ; ceci, qui à première vue peut paraître logique, avait conduit à confier la moto de 500 cm³ à quelqu'un qui débutait un cycle de cours de conduite accéléré, mais qui n'avait jamais enfourché ce modèle relativement puissant. Il eût été plus sage, affirma la cour, de lui donner d'abord un cours d'initiation sur le véhicule de 125 cm³, et de retarder au besoin la leçon que l'autre candidat devait prendre sur cet engin, sur lequel il avait déjà fait dix heures de conduite.

Une autre faute avait été de placer la victime en seconde position, derrière lui, après le second élève sur la 125 cm³, c'est-à-dire pratiquement hors de sa vue dans la route malaisée et sinueuse qu'il avait eu le tort d'emprunter avec ses élèves. Une troisième faute consistait à ne pas avoir interrompu la leçon alors que les fortes pluies qui tombaient ce matin-là constituaient une intempérie mettant en cause la sécurité d'un débutant conduisant pour la première fois un engin relativement puissant.

On remarque que les fautes des deux prévenus entrent dans la catégorie des « imprudence, inattention, négligence » de l'article 319, ou du « défaut de précaution » de l'article 320. Cette jurisprudence reste valable avec le nouveau code pénal, dont l'article 222-19 vise encore l'« imprudence, inattention, négligence » comme élément

moral des blessures involontaires (la même formule figure à l'article 221-6 pour l'homicide involontaire).

4. Refus de porter secours

I. – Liens avec le manquement à une obligation de dénoncer

Dans les cas où la loi impose de dénoncer certaines infractions, il est possible que les charges n'apparaissent pas suffisantes pour démontrer la culpabilité (et encore moins la complicité dans l'infraction commise), il arrive alors que les juridictions disqualifient les faits en abstention de porter secours, en considérant que l'attitude passive du prévenu est responsable du dommage ou du surcroît de dommage subi par la victime.

a) Obligation de dénoncer les crimes

L'article 62, alinéa 1, du code pénal de 1810, dû à l'ordonnance du 25 juin 1945 remplaçant un texte vichyssois, incrimine le fait de ne pas avoir averti les autorités administratives ou judiciaires alors que l'on avait connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé et qu'il était encore possible d'en prévenir ou limiter les effets, ou que l'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'eux commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation pourrait prévenir. Ce texte a été quasi intégralement repris dans l'article 434-1 du nouveau code pénal.

– La dame D. savait que son mari avait à plusieurs reprises imposé des relations sexuelles à leur fille adoptive en la menaçant, si elle ne cédait pas, de la chasser du foyer familial. Loin de porter ces faits, constitutifs du crime de viol, à la connaissance des autorités, la dame D. s'était absentée « pour laisser le champ libre » à son mari. La chambre d'accusation de Poitiers l'avait renvoyée devant les assises comme prévenue d'un délit connexe au crime pour lequel son mari serait jugé. Dans un arrêt du 31 mars 1992 (non publié au *Bulletin, Gaz. Pal.* 15 oct. 1992, obs. J.-P. Doucet), la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi de la dame D.

Dans son annotation, J.-P. Doucet pense qu'une poursuite pour complicité aurait été possible. Il souligne d'autre part que l'immunité familiale prévue à l'article 62, alinéa 3 ne pouvait s'appliquer car elle profite aux parents et alliés mais non pas au conjoint ; sur ce point, il faut noter que désormais l'article 434, alinéa 2, du nouveau code pénal étend le bénéfice de l'immunité au conjoint ainsi qu'à « la personne qui vit notoirement en situation maritale » avec l'auteur du crime ; par contre, cette immunité est restreinte aux parents en ligne directe et aux frères et sœurs alors que l'article 62 l'admettait au profit des alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. (V. Crim. 7 nov. 1990, *Bull.* n° 372 et nos obs. cette *Revue* 1991.569, n° 3-I.)

Notons au surplus que la protection sociale réalisée par le délit de l'article 62, alinéa 1 (aujourd'hui art. 434-1 du nouveau code pénal), se trouve confortée, au cas où cette disposition n'est pas applicable, par l'article 63, alinéa 1, qui punit le défaut de secours contre le danger résultant d'un crime tenté ou d'un délit contre l'intégrité corporelle (V. Crim. 16 sept. 1992, *Dr. pénal*, 1993, n° 78, obs. Véron et nos obs. cette *Revue* 1993.777, n° 3-III) mais qui subordonne cette répression au fait que le secours ait pu être apporté sans risque pour soi-même ou pour des tiers. Ce texte ne semble pas repris par le nouveau code pénal dont l'article 434-3 ne concerne que les mauvais traitements à mineurs de 15 ans ou personnes vulnérables et ne mentionne plus l'absence de risque.

– L'arrêt du 15 décembre 1992 (non rapporté au *Bulletin, Dr. pénal*, 1992, n° 77, obs. Véron) est intervenu dans des conditions très voisines. La dame Z., divorcée, vivait en concubinage avec le nommé K. ; elle aussi savait que, depuis plusieurs années, ce dernier imposait à sa fille des relations sexuelles. La victime avait parlé de ces agissements à sa mère, mais celle-ci n'avait rien entrepris pour les faire cesser. La dame Z. prétendait avoir dénoncé les faits à un médecin, mais celui-ci avait témoigné que c'était par la

victime elle-même et non par sa mère qu'il avait été informé ; de toute façon, l'arrêt de renvoi constatait que la prévenue était restée passive pendant plus de trois ans en toute connaissance de cause.

Là encore, la dame Z. invoquait l'immunité de l'article 62, alinéa 3, mais la Chambre criminelle lui a répondu que le concubin n'était pas prévu parmi les parents ou alliés de l'auteur du crime non dénoncé. Comme on l'a vu à propos de l'espèce précédente, cette situation est modifiée à partir du 1^{er} mars 1994 par l'article 434, alinéa 2, du nouveau code pénal, comme M. Véron ne manque pas de le dire dans ses observations.

b) Obligation de dénoncer les délits

L'alinéa 2 de l'article 62 du code pénal, dû à la loi du 2 février 1981, oblige celui qui a connaissance de sévices ou de privations infligés à un mineur de 15 ans à en avertir les autorités administratives ou judiciaires dans les circonstances définies à l'alinéa précédent (V. espèces précédentes).

Cette disposition a été jugée inapplicable à une assistante sociale (Agen, 1^{er} mars 1991, *D.* 1992. *Somm. comm.* 70, obs. Prothais) dont il est admis que la conscience dicte seule le comportement, et que, comme les médecins, elle apprécie si elle doit, en dépit du secret professionnel auquel elle est tenue, faire un signalement à l'autorité. (Sur ce point, V. nos obs. cette *Revue* 1977.584, n° 4-II et 1979-92 n° 3 ; *Crim.* 10 mars 1993 *Dr. pénal* 1993, n° 151, obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1993.777, n° 3-II). L'application en est en outre malaisée (nos obs. précitées).

Le 17 novembre 1993 (non publié au *Bulletin, Gaz. Pal.* 19 févr. 1994, p. 10 et 16, obs. J.-P. Doucet), la Chambre criminelle s'est montrée plus sévère à l'encontre du sieur G. directeur d'un collège. Une mineure de 15 ans, la jeune Béatrice N., était victime de sévices sexuels de la part de son frère Bruno. Or les faits étaient de notoriété publique dès la fin de 1989 chez les compagnes de la victime. Le directeur non seulement avait négligé ces bruits, mais il avait même détruit le cahier où se trouvaient consignés les sévices subis, faisant ainsi disparaître volontairement un élément de preuve à charge contre Bruno N. C'est seulement le 12 novembre 1990 que G. avait alerté l'autorité administrative alors que les faits se perpétuaient. Devant la carence des parents, G. avait manqué, sans excuse valable à l'obligation légale qui lui incombait afin de prévenir la réitération de l'infraction. Condamné à trois mois de prison avec sursis par la cour d'appel de Reims, G. s'était pourvu en cassation.

C'est en vain qu'il alléguait le caractère correctionnel des agissements qu'il n'avait pas dénoncés, puisque l'article 62, alinéa 2, vise expressément les sévices infligés à un mineur de 15 ans. La Chambre criminelle fait valoir au surplus qu'une loi du 10 juillet 1989 fait obligation à l'ensemble des services et établissements publics et privés, susceptibles de connaître des situations de mineurs maltraités, de signaler de tels cas dès qu'ils en ont connaissance. On remarquera que l'article 434-3 du nouveau code pénal incrimine le fait de ne pas dénoncer les mauvais traitements infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne particulièrement vulnérable ; ce texte prévoit une immunité tenant au secret professionnel, compte tenu des atténuations apportées par l'article 226-14.

Le pourvoi faisait valoir également que l'article 62, visant exclusivement l'intérêt général, la constitution de partie civile n'était pas possible (V. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, 15^e éd., n° 176 et les références citées en note), s'appuyant sans doute sur une jurisprudence concernant, à vrai dire, l'article 62, alinéa 1 (*Crim.* 2 mars 1961, *JCP* 1961.II.12092, note Larguier, *D.* 1962.121, note Bouzat). La Chambre criminelle a également rejeté ce moyen. Elle a affirmé que « l'article 62 du code pénal a également pour but la protection des intérêts privés et autorise, par voie de conséquence, l'exercice de l'action civile dans les conditions des articles 2 et 3 du code de procédure pénale ». Constatant que l'arrêt attaqué avait relevé l'existence « d'un lien de causalité directe entre le préjudice subi et le retard apporté par le prévenu à dénoncer

les faits à l'autorité administrative », elle a maintenu la condamnation de G. au paiement de 20 000 F de dommages-intérêts solidairement avec Bruno N.

Dans les cas examinés ci-dessus, le défaut d'assistance à personne en danger peut donc apparaître comme une qualification subsidiaire d'agissements peut-être plus graves. Il en a été de même dans l'espèce suivante.

II. - Liens avec l'homicide et les blessures involontaires

Ce point, qui avait été déjà examiné à propos de l'affaire jugée à Pau, le 21 novembre 1989 (*JCP* 1991.II.21683, note Mme Nérac-Croizier et nos obs. cette *Revue* 1992.81, n° 5-I) s'est présenté à nouveau devant la Chambre criminelle le 20 septembre 1993 (*Dr. pénal* 1994, n° 1, obs. Véron).

La dame P. avait été poursuivie pour homicide involontaire et délit de fuite à la suite de la mort de son compagnon R. dont le cadavre avait été découvert dans un champ où il avait été transporté alors que la voiture de P. lui était passée sur le corps. La cour de Poitiers n'avait pas pensé pouvoir le condamner de ces chefs mais avait disqualifié la prévention en non-assistance à personne en péril.

En effet, l'autopsie révélait que la mort était due à un traumatisme initial violent, associé à l'absence de soins et au déplacement de la victime par manipulations brutales pendant l'agonie qui avait duré de deux à six heures. L'arrêt, contre lequel la dame P. s'était pourvue en cassation, constatait que le comportement de la prévenue démontrait « qu'elle connaissait l'issue fatale et les conditions de dissimulation du cadavre » et qu'ayant « à tout le moins assisté à une partie de l'agonie de la victime », elle s'était « volontairement abstenue de lui porter assistance ou de provoquer des secours alors quelle ne pouvait avoir aucun doute sur l'imminence du péril ».

L'arrêt attaqué constatait donc bien la présence de toutes les conditions préalables et de tous les éléments de l'infraction (V. Vitu, *Droit pénal spécial*, II, n° 1801 à 1809 ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat n° 186 ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3^e éd. p. 129 à 133), ainsi que le constate M. Véron dans ses observations, et le pourvoi a été rejeté. L'annotateur attire justement l'attention sur cette qualification qui peut s'ajouter à celle de complicité dans une infraction ou de défaut de dénonciation de cette infraction, ou se substituer à celles-ci quand elles n'apparaissent pas caractérisées en droit ou en fait.

5. Abandon de famille

I. - Nature de la décision ou document obligeant au versement de la pension

L'article 357-2 du code pénal, dans son alinéa 1, vise les décisions en matière de divorce (art. 214, al. 4, c. civ.) ainsi que les ordonnances ou jugements ayant condamné à verser une pension alimentaire au conjoint, à ses ascendants ou à ses descendants, de même que celles ayant condamné au versement de subsides en application des articles 342 et suivants du code civil.

Le second alinéa de l'article 357-2 vise les jugements ainsi que les conventions judiciairement homologuées prévoyant, en cas de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, des prestations ou pensions de toute nature au profit du conjoint ou des enfants.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de cassation du 30 septembre 1992 (*Bull. crim.* n° 293) visait une hypothèse plus embarrassante. L'ordonnance de non-conciliation du 7 septembre 1989 prévoyait que la dame G. « percevrait à titre de pension alimentaire, les revenus locatifs de deux immeubles situés à Libreville et respectivement loués aux ambassades des Etats-Unis et de Grande-Bretagne, à charge pour elle d'en acquitter les charges correspondantes ». Le montant des loyers était versé sur un compte-joint ouvert dans une banque de Libreville, au nom des deux époux. La cour d'Aix-en-Provence,

partant du principe que les pensions sont portables, et non quérables, avait condamné le sieur G. pour ne pas avoir veillé personnellement à ce que la banque adresse régulièrement à sa femme les versements en temps voulu, estimant que « sa faute de négligence était directement à l'origine de l'impossibilité pratique de perception des sommes par sa femme », bien que celle-ci eût admis avoir une procuration sur le compte litigieux.

Le pourvoi du sieur G. faisait valoir que la décision relative à ce règlement ne mettait pas directement à sa charge l'obligation de verser le montant des loyers, ni même celle de veiller à ce que les locataires s'acquittent de leur dette et à ce que la banque fasse suivre à leur destinataire les sommes ainsi versées. La Chambre criminelle a accueilli le pourvoi. Elle décida, en « chapeau » de son arrêt, que « le délit d'abandon de famille exige, pour être constitué, la méconnaissance d'une *décision de justice civile, légalement exécutoire*, définissant dans son montant et sa périodicité l'obligation de famille mise à la charge du prévenu. Or les dispositions de l'ordonnance invoquée ne remplissaient pas ces conditions, d'autant plus que la bénéficiaire était tenue d'acquitter les charges incombant au bailleur.

La situation serait-elle différente avec l'article 227-3 du nouveau code pénal désormais applicable en la matière ? Il prévoit le manquement à une décision judiciaire imposant de verser à un enfant, descendant, ascendant ou conjoint « une pension, une contribution, des subsides ou des *prestations de toute nature* due en raison de l'une des obligations familiales » prévues dans divers titres du livre I du code civil. Nous ne pensons cependant pas que cela eût modifié la solution admise dans la présente espèce d'autant plus que l'expression « prestations et pensions de toute nature » figurait déjà à l'article 357-2, alinéa 2.

II. — Insolvabilité du débiteur

Le sieur B. avait été condamné par ordonnance du juge aux affaires matrimoniales en date du 25 mars 1981 à verser une pension alimentaire à la dame M. (probablement son épouse) ; pour n'avoir pas acquitté cette dette depuis août 1989 jusqu'en juin 1990, il avait été condamné par la cour de Paris à trois mois de prison avec sursis et à 5 000 F de dommages-intérêts à la partie civile.

L'argumentation du pourvoi en cassation qu'il forma contre cette décision était ingénieuse. Son affaire avait été placée en redressement judiciaire en 1989, et cette mesure avait même été étendue à sa personne ; or l'administrateur, investi de la mission d'assister les débiteurs dans tous leurs actes de gestion, lui avait interdit de procéder à aucun règlement. Dans ces conditions, disait-il, il eût appartenu à la dame M. de déclarer au représentant des créanciers le montant des échéances impayées de la pension alimentaire.

La Chambre criminelle le 26 février 1992 (*Bull. crim.* n° 88) a rejeté ce pourvoi. Elle a estimé qu'en énonçant que le prévenu n'établissait pas que son insolvabilité ait été totale et que par la suite il ait été dans l'impossibilité absolue de payer la cour d'appel avait légalement justifié sa décision, elle a néanmoins ajouté que « la mise en redressement judiciaire du débiteur ne constitue nullement une présomption d'une insolvabilité dont la preuve lui incombe ». (Sur l'insolvabilité, V. nos obs. cette *Revue* 1989-745, n° 8 ; 1990-787, n° 4-a et b ; 1991-83, n° 4-II.)

Le sieur B. avait d'ailleurs essayé de faire cette preuve en alléguant qu'il n'avait d'autres ressources que deux petites pensions dont le total atteignait à peine 8 000 F, alors qu'il était tenu d'autre part de payer 15 000 F par mois pour la pension alimentaire due à deux de ses enfants (probablement d'un autre lit) ; il n'avait pas, pour autant, convaincu les juges du fond qui avaient apprécié souverainement qu'il n'avait pas rapporté la preuve de son insolvabilité. Au surplus, l'article 357-2, alinéa 1, prévoit l'obligation d'acquitter la montant intégral de la pension (V. Crim. 17 avr. 1991, *Dr. pénal*

1991, n° 229, obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1991-763, n° 5-III) ; les paiements partiels ne peuvent donc pas autoriser la relaxe, même en cas d'impossibilité de faire davantage ; la seule influence possible est dans le choix de la pénalité.

On remarquera que l'article 227-3 du nouveau code pénal qui incrimine désormais l'abandon de famille ne contient plus la disposition selon laquelle « le défaut de paiement sera présumé volontaire sauf preuve contraire », bien que la jurisprudence ait estimé que cette disposition ne contrevenait pas à la Convention européenne des droits de l'homme (Crim. 27 avr. 1984, *Bull. crim.* n° 149, obs. Vitu cette *Revue* 1985-65, et nos obs. cette *Revue* 1984-740 ; Crim. 3 oct. 1991, *Dr. pénal* 1992, n° 61, obs. Véron, et nos obs. cette *Revue* 1992-755, n° 4-II-a ; *adde*, W. Jeandidier, La présomption d'innocence ou le poids des mots, cette *Revue* 1991-51, not. n° 4). A disparu également la disposition selon laquelle « l'insolvabilité qui résulte de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie ne sera en aucun cas un motif d'excuse valable pour le débiteur ». Il semble que l'on soit revenu, dans ces conditions, au droit commun de la preuve de la contrainte en matière d'infractions volontaires... Cependant, l'exigence du versement de l'intégralité de la pension est maintenue.

Infractions contre les biens

Pierre BOUZAT

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

1. *Escroquerie. Complicité d'escroquerie*

C'est une vérité bien connue que les progrès scientifiques conduisent irrémédiablement à de nouvelles possibilités de délinquance.

L'affaire qui a été jugée par le tribunal de Toulouse, le 23 juin 1993 (inédit), permet d'y ajouter une variante. Trop de capacités scientifiques chez un homme peuvent le conduire à la délinquance !

D.H., 26 ans, étudiant à l'Ecole nationale d'ingénieurs de Brest (ENIB), puis à Toulouse où il poursuit des études en DUT de génie électronique, se passionne pour les télécartes. Il rêve de la puce presque perpétuelle. A force de recherches, il parvient enfin à en démonter tous les mécanismes. Mieux, il en invente une, rechargeable presque perpétuellement, grâce à un interrupteur et une pile électrique... Va-t-il garder son secret pour lui afin de l'utiliser à son seul profit ? Non. Il lui suffit de regarder autour de lui pour mesurer le parti qu'il peut tirer de sa découverte. A Toulouse, les étudiants étrangers sont nombreux. Expatriés, le seul contact qui leur reste avec leur famille passe souvent par le téléphone. Pratique mais cher ! Alors D.H. franchit le pas. De petit génie, il devient escroc. Pour rendre service, mais aussi pour en tirer quelques bénéfices ! A raison de 800 F pièce, ses télécartes se vendent par dizaines. D.H. emploie quelques revendeurs. Et voici que le virus de la petite puce rechargeable se répand sur le campus toulousain et réduit un peu trop ostensiblement le marché de France-Télécom qui dépose plainte. D.H. est rapidement confondu. Une perquisition opérée à son domicile fait découvrir notamment 135 télécartes usagées, diverses documentations concernant les cartes à mémoire, divers schémas de circuits imprimés et de cartes de téléphone, 20 circuits imprimés de télécartes nus, 2 prototypes de télécartes, 7 fausses cartes en cours de fabrication, 7 fausses cartes achevées... La plupart des revendeurs et des clients avouent. Certains clients annoncent des nombres d'utilisations invraisemblables. Selon France-Télécom, l'un avait consommé près de 215 000 unités ! Soit, à 0,73 F l'unité, un manque à gagner de plus de 157 000 F pour une seule carte. Le tribunal, dans un excellent jugement, a très minutieusement examiné les faits reprochés à chacun des prévenus. On retiendra particulièrement certaines qualifications juridiques.

L'utilisation d'une carte irrégulière constitue une manœuvre frauduleuse, et la carte est un titre de crédit sur France-Télécom qui est tenu de fournir une prestation lorsque le droit d'utiliser ses installations a été régulièrement acquis ; en l'espèce, l'irrégularité le rend imaginaire. La qualité technique de la carte permettait d'induire France-Télécom en erreur et donc de la persuader de l'existence de ce titre. France-Télécom a bien fourni la prestation répondant à une carte régulière et donc a remis des biens meubles au sens de l'article 405 du code pénal. Elle a été ainsi escroquée. Chaque utilisateur des cartes irrégulières a donc commis le délit d'escroquerie par ce moyen au préjudice de France-Télécom.

Le réquisitoire visait également certains collaborateurs de D.H. ayant commis des actes de conception, fabrication et vente de ces télécartes qu'il considérait comme

constitutifs du délit d'escroquerie. Ils s'analysent en réalité, déclare le tribunal comme la fourniture de moyens constitutifs de la complicité d'escroquerie à l'encontre de ceux qui les ont commis.

On retiendra le soin avec lequel le tribunal a adapté les peines tant aux agissements commis qu'à la personnalité des prévenus. C'est ainsi qu'il déclare que D.H. a été le concepteur et le fabricant vendeur des télécartes frauduleuses à l'origine de leur trafic ; ses agissements, prémédités et poursuivis pendant une période d'au moins un an, de juillet 1989 à août 1990, ont été porteurs d'un grave préjudice collectif dans le cadre d'un service public. En conséquence, il mérite une peine d'emprisonnement d'un an, mais dont la presque totalité sera assortie du sursis, compte tenu de l'absence d'antécédents défavorables et de son activité professionnelle sérieuse et très qualifiée. S.D. a aidé parfois D.H. dans la fabrication de télécartes et était le revendeur le plus important, qui offrait même ces articles frauduleux sans qu'on les lui demande. Il mérite une peine de huit mois d'emprisonnement avec sursis. J.E. et C.C. sont intervenus comme revendeurs à des degrés moindres que D. et méritent respectivement des peines de six mois d'emprisonnement avec sursis pour le premier et quatre mois d'emprisonnement avec sursis pour le second. E.L. et N.V. ont été revendeurs à un niveau moindre et méritent chacun deux mois d'emprisonnement avec sursis. Cinq autres : F.M., L.L., Y.H., F.T., et K.M. étaient des utilisateurs qui feront chacun l'objet d'une peine d'amende de 4 000 F. Ces peines sont peut-être un peu modérées. En ce qui concerne l'action civile, France-Télécom avait réclamé 600 000 F de dommages et intérêts au concepteur des puces, D.H., ainsi que de grosses sommes à ses revendeurs et clients. Le tribunal s'en est tenu à des chiffres plus modestes 300 000 F à payer par D.H. ; six condamnés devront payer solidairement avec lui la somme de 150 000 F ; cinq derniers devront payer chacun la somme de 10 000 F d'amendes solidairement encore avec leurs co-condamnés.

2. *Escroquerie. Publicité mensongère*

Un arrêt de la cour de Bordeaux du 12 janvier 1993 (*JCP* 1993 IV.1 767) nous révèle l'existence d'un singulier appareil le « discoloto ». Une publicité avait été faite, déclarant l'appareil « extraordinaire », permettant de gagner à tous les tirages et ayant un caractère scientifique permettant l'infailibilité au loto. Des poursuites furent engagées pour publicité mensongère et escroquerie. Aucune difficulté pour la première inculpation. Comme le déclare très justement la cour, la publicité conduisait l'acquéreur de l'appareil « discoloto » à espérer un gain, c'est-à-dire un résultat pécuniaire appréciable. Or, le système permettait à son utilisateur la certitude d'un gain de 10 F seulement (ce qui ne permettait pas de couvrir le montant de sa mise).

Pour la seconde inculpation, un doute était permis. La cour commence par rappeler que le simple mensonge ne constitue pas un des éléments nécessaires à l'escroquerie, ce qui est indiscutable. Puis, examinant les faits, elle déclare que n'est pas coupable d'escroquerie le prévenu qui vend un appareil permettant d'espérer un gain au jeu du loto. Le prix d'achat d'un « discoloto » correspond, en effet, au paiement d'un procédé de gain illusoire constitutif non pas d'une manœuvre frauduleuse mais d'une simple promesse mensongère.

On a pu constater à la lecture de nos dernières chroniques que la distinction du simple mensonge et des manœuvres frauduleuses était toujours d'une grande actualité.

Sans doute la cour de Bordeaux a eu raison de s'en tenir à une interprétation restrictive. D'autres juridictions auraient peut-être opté pour une interprétation plus sévère qui correspond à certaines tendances actuelles.

3. *Abus de confiance*

L'affaire que nous avons rapportée ici a trait à une pratique illégale et, paraît-il, utilisée assez souvent par des agents d'assurance impécunieux ou négligents, à savoir que : lesdits agents alors qu'ils sont tenus, tant par les conventions professionnelles que par leur traité de nomination, d'adresser mensuellement à leur société d'assurance tous les fonds disponibles, les gardent bien au-delà de la date limite.

Les poursuites pénales sont rares, les parties préférant s'arranger à l'amiable. Nous en rapportons pourtant une qui a fait l'objet d'une condamnation à deux mois de prison avec sursis et 5 000 F d'amende pour abus de confiance (sentence indulgente).

M. T. était agent des Mutuelles du Mans depuis plusieurs années. En 1988, il décida de cesser ses fonctions et, à la fin du mois d'août, il avertit les compagnies dont il gérât les portefeuilles. En vue de cette cessation d'activité, les Mutuelles du Mans ont procédé à un contrôle de la comptabilité de leur agent et elles ont constaté que M. T. avait omis de leur reverser une somme totale de 937 000 F encaissée pour elles. M. T. leur a bien immédiatement payé 200 000 F, mais il a été poursuivi en correctionnelle pour abus de confiance. Le tribunal correctionnel de Rennes prononça une relaxe. Les Mutuelles du Mans et le ministère public firent appel. M. T. avait été relaxé parce qu'il avait fait valoir : d'une part, qu'il n'avait pas touché les sommes qui lui étaient dues par les compagnies plaignantes, à savoir des indemnités compensatrices de 577 176,18 F et de 1 147 475 F, la première étant due depuis le 1^{er} mars 1983 par les Mutuelles du Mans ; d'autre part, que l'ensemble des opérations entre lui-même et les Mutuelles du Mans s'analyaient comme des comptes courants.

La cour de Rennes, dans un arrêt du 11 juin 1992, (inédit), a déclaré à juste titre : « D'une part, que l'exception de compensation ne saurait prospérer en faveur de celui qui s'attribue en paiement de ce qui lui serait dû des fonds qu'il a détournés et dont il était comptable en raison du contrat qui le liait à la victime, que cette exception trouve cependant son application lorsqu'il existe un compte courant entre le plaigant et le prévenu ; que précisément, et d'autre part, il appartient au juge d'apprécier l'existence alléguée d'un compte courant, lequel est exclu de la liste limitative des contrats figurant à l'article 408 du code pénal. » Puis elle a fait remarquer « que les créances alléguées par M. T. n'étaient ni liquidées, ni exigibles ». C'est ce qui excluait l'application de l'exception de compensation (V. en ce sens notre chronique dans cette *Revue*, 1993, p. 724). Elle a fait remarquer, enfin, que le compte dont faisait état M. T. « loin de fonctionner en compte courant, fonctionnait selon les modalités prévues au traité de nomination portant mandat de faire parvenir mensuellement aux sociétés mandantes les fonds constitués de quittances encaissées, que ce sont justement ces fonds qui n'ont pas été reversés aux sociétés d'assurances ».

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 7 juin 1993 (inédit), rejeta le pourvoi porté devant elle en énonçant une de ses formules de style bien connue : « La cour d'appel, qui n'avait pas à s'expliquer mieux qu'elle ne l'a fait, a caractérisé en tous ses éléments constitutifs tant matériels qu'intentionnel le délit d'abus de confiance retenu contre le prévenu. » La jurisprudence est donc maintenant bien fixée.

4. *Abus de confiance. Recel*

Une affaire jugée par le tribunal correctionnel de Rennes, le 5 janvier 1994 (inédit), a fait quelque bruit. Surendetté (paraît-il), M. G., proviseur d'un lycée de Rennes, s'était lancé dans une série de manœuvres fort regrettables qui l'ont conduit, d'après la prévention, à avoir : 1° Etant proviseur de lycée, par abus d'autorité et de pouvoir, donné des instructions à M. M., conseiller d'éducation, pour commettre au préjudice de l'association « Foyer socio-éducatif » du lycée, les détournements suivants : 2 500 F courant juin 1988, 22 000 F courant septembre 1988, 4 260 F le 23 février 1989,

25 000 F courant avril 1990, 1 300 F le 14 septembre 1990 et 22 000 F le 7 juillet 1992, deniers qui n'avaient été remis à M. M. qu'à titre de mandat, en sa qualité de trésorier de l'association « Foyer socio-éducatif » de l'établissement scolaire, à charge pour lui de les rendre ou de les représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, et d'avoir dans ces circonstances été complice des abus de confiance commis par M. M. (faits constituant l'abus de confiance et la complicité d'abus de confiance art. 59, 60, 408 al. 1, 406) ; 2° Sciemment recélé les mêmes sommes que nous venons d'énumérer, sommes qu'il savait provenir de détournements commis par M. M. au préjudice de l'association « Foyer socio-éducatif » (faits constituant le recel des choses art. 460 al. 1, 406 al. 1). Les divers faits incriminés n'apparurent au grand jour que lorsqu'un nouveau trésorier de l'association refusa de continuer les agissements de son prédécesseur. En effet, le budget du foyer, nourri des cotisations des parents, est légalement destiné à organiser des loisirs pour les élèves.

Le ministère public fut très ferme à l'audience déclarant notamment : « En raison de la personnalité de l'homme poursuivi et de la fonction qui exige une rectitude morale devant servir d'exemple »... L'avocat de la partie civile s'indigna justement en disant qu'avec l'argent détourné on aurait pu envoyer des élèves aux sports d'hiver.

La défense s'efforça de minimiser l'affaire. Pour elle, le proviseur se serait imaginé contracter de simples prêts... Chacun sait que le prêt comprend plusieurs formes juridiques. Celle imaginée par le proviseur avait un caractère très spécial ! Le tribunal n'en a point reconnu la validité, et il a prononcé très légitimement condamnation à un mois de prison avec sursis et refus d'accorder la dispense de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire.

Ajoutons que, d'après un quotidien jouissant d'une flatteuse réputation d'honnêteté et d'objectivité, la défense aurait présenté au procès des arguments quelque peu surprenants... « C'est un excellent proviseur ; ce qu'on lui reproche aujourd'hui était une pratique courante dans ce lycée comme dans d'autres établissements ou dans certains comités d'entreprise. » Espérons, pour l'honneur de l'Education nationale, que cette assertion ne correspond en rien à la réalité. Doublement arrière-petit-fils, doublement petit-fils, fils d'enseignants, combien de fois, dans notre jeunesse (il est vrai si lointaine), il ne nous a été répété, lors des repas familiaux, des vérités considérées alors comme vérités premières : par exemple, que s'approprier indûment, ne serait-ce qu'un franc, c'était voler, ou que ceux qui avaient choisi la peu rémunérée mais noble fonction d'enseigner devaient avoir à cœur de manifester toujours un comportement impeccable, et faire preuve précisément de cette « rectitude » dont parla si justement le ministère public à l'audience.

On notera, pour en terminer, que le trésorier M. M. n'a pas été poursuivi parce que (paraît-il) d'après le parquet « il a été placé dans une grande détresse par l'autorité du proviseur qui, seul, a abusé de la confiance des parents et des enfants ».

5. *Recel de choses*

On sait que le recel ne peut-être constitué que si est établie la connaissance par le prévenu de l'origine délictueuse des choses détenues. Cette difficulté est souvent difficile à rapporter directement. Aussi, la Chambre criminelle (5 mai 1993 – *Dr. pénal*, déc. 1993 n° 256, Comm. Véron) a-t-elle admis que les juges du fond puissent se contenter de rassembler des éléments de fait tels que le prévenu ne pouvait avoir aucun doute sur la provenance des objets reçus.

L'adoption de ce système de présomption était inévitable mais il est assez dur pour les prévenus qu'ils forcent à justifier de leur bonne foi. Et apprécier les dires n'est pas toujours facile par les juges du fond ; ils ne peuvent que transposer la notion « d'intelligence moyenne », si en vogue aujourd'hui, dans une notion d'intelligence et de

compétence moyennes par rapport aux données spéciales des affaires. C'est ce que montre bien l'arrêt ici rapporté qui déclare : « Attendu que, pour le déclarer coupable de ce délit, la cour d'appel relève que les ouvrages dérobés ont été par lui détenus ; qu'en sa qualité d'antiquaire il ne pouvait douter de leur origine frauduleuse, dès lors que celui qui les lui proposait "simple chineur" n'avait aucune raison professionnelle de détenir des objets aussi rares ; qu'elle ajoute qu'il ne devait pas se satisfaire d'une attestation dont il n'a pas vérifié l'authenticité, alors qu'il lui était facile de contrôler la provenance de ces livres ; qu'elle en déduit la mauvaise foi du prévenu... »

Et la Cour suprême a conclu : la cour d'appel a, sans insuffisance, caractérisé en tous ses éléments constitutifs, tant matériels qu'intentionnels, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable ; que le moyen doit être écarté.

On approuvera cette décision. Il est bien évident qu'un antiquaire spécialisé devait se montrer spécialement méfiant en présence des dires d'un « simple chineur ». Mais il y a des affaires où il est bien délicat de savoir si un antiquaire ou tout autre revendeur en général dit la vérité. Nous avons connu pour notre part une affaire où un antiquaire avait prétendu pour sa défense (certificats médicaux produits à l'appui) qu'il avait été victime d'amnésie, alors qu'il était démontré qu'il avait vendu, quelques années auparavant, les objets volés qu'il avait rachetés quelques années après, alors qu'entre-temps ils avaient été volés ! Malheureusement, nous n'avons pu connaître la suite de cette affaire qui s'enveloppa d'épais brouillards.

6. Contrefaçon

Le tribunal de Pontoise, dans un jugement du 4 mai 1993 (inédit), sur plainte de l'AFP, a condamné M. V. et en tant que civilement responsable, l'Agence française de presse (devenue Agence libérale de presse (ALIP)), pour contrefaçon des marques notoires « Agence France Presse » et « AFP » dont l'AFP est titulaire. Le tribunal a retenu que le fait de proposer dans des mailings aux consommateurs de devenir, moyennant finances, « correspondants de presse » de l'Agence française de presse, ne pouvait fonctionner que par et grâce à la confusion volontairement créée dans leurs esprits avec l'AFP. Six mois de prison avec sursis et 10 000 F de dommages et intérêts à l'AFP et, bien entendu, la publication par extrait du jugement et la destruction de l'ensemble des documents contrefaisants détenus. Ce n'est pas cher pour une contrefaçon aussi bête... ou, si l'on préfère, aussi cynique !

7. Abus de faiblesse de personnes âgées

Voici encore un exemple de cette infraction vraiment répugnante. Hélas, beaucoup demeurent ignorées !

L'affaire rapportée aujourd'hui a conduit devant le tribunal de Paris (31^e Ch.), le 1^{er} juin 1993 (inédit), M. P.S. ancien gérant de la société de dépannage « AAA » et M. A.M. l'un de ses employés.

Voici les faits : le 5 mars 1993, Mme T., 78 ans, perd son « compagnon », son poste de télévision. Panne complète, écran vide, silence. Pas vieux pourtant, l'appareil n'a été acheté que deux ans plus tôt ! Mme T. appela le service « d'urgence ». L'homme de l'art arrive : c'est M. A.M. « Il est restée dix à quinze minutes » explique Mme T. à l'audience, et il a dit « qu'il fallait changer la télévision ». L'octogénaire ne discute pas. Elle signe dans le même temps le devis et la facture : 18 525 F. « Le dépanneur m'a apporté une télévision qui avait l'air d'occasion. Ça n'était pas la marque prévue », déclare Mme T. qui paie quand même ! Mais quelque temps après, Mme T. examine la facture : 7 860 F hors taxe pour un nouveau téléviseur et, en plus, branchement et réglage des chaînes, 980 F ; enlèvement du vieux poste, 1 380 F ; contrat d'entretien, 890 F ; garantie de cinq

ans, 500 F ; télécommande, 1 190 F, etc. Prise de colère, elle réclame à trois reprises, demande à être remboursée. Silence complet de MM. P.S. et M. Devant le tribunal correctionnel M. P.S., ancien gérant de « AAA », le prend de haut : « Il est bien évident que si j'avais su... ». Pour lui, c'est l'employé qui a abusé : « il y a eu, au moins, 4 000 F de trop sur la facture ». M. A.M., qui a reconnu que la facturation n'était pas normale, affirma qu'il avait agi sur instructions des responsables de la société auxquels il avait téléphoné avant d'établir le devis (ayant le grand souci de ne pas perdre son emploi). Le tribunal répond fort justement qu'il apparaît que M. M. et son employeur M. S. ont profité de l'ignorance et de la faiblesse de Mme T., femme seule âgée de 78 ans, pour lui faire signer à son domicile un devis et une facture d'un montant exorbitant et comprenant des postes inutiles ou inexistantes et se faire remettre immédiatement un chèque du montant total de la facture.

Conclusion : huit mois de prison dont cinq avec sursis pour M. M. Quinze mois dont sept avec sursis pour son patron M. S. Tous deux devront verser 22 000 F de dommages et intérêts à Mme T. et 10 000 F à l'Union fédérale des consommateurs partie civile. Sagement, pour assurer l'exécution de sa sentence, le tribunal ordonne le maintien en détention de S. et M.

Espérons que la juste sévérité de cette décision fera réfléchir ceux qui réussissent à faire prendre commandes par des personnes âgées et seules pour plusieurs milliers de francs de cartons de vins millésimés ou de linge de maison dont elles ne sauront que faire...

Infractions contre la qualité de la vie

Jacques-Henri ROBERT

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

Urbanisme

A la suite de la tragique disparition du doyen Fernand Boulan, Mme Delmas-Marty a bien voulu me confier le soin de traiter de l'urbanisme. Je le ferai comme un hommage chaque fois répété à la mémoire de cet ami. En conséquence, l'urbanisme et l'environnement seront rassemblés dans une chronique unique « Qualité de la vie ». J.-H. R.

I. – Dans un arrêt du 20 octobre 1993 (*Bull. crim.*, n° 305), la Chambre criminelle tire une conclusion très typique de la règle jurisprudentielle selon laquelle la démolition des constructions irrégulières, prévue par l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme, est « une mesure à caractère réel destinée à faire cesser une situation illicite et non une sanction pénale » (Cass. crim. 8 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 248 ; cette *Revue* 1990.103, obs. F. Boulan. Sur cette qualification, cf. aussi A. Vitu, cette *Revue* 1989.314, et J.-H. Robert, L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Languier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 241) : et cette conclusion est qu'il n'est pas nécessaire que le prévenu soit propriétaire de l'édifice démolé ni même qu'il en ait la possession.

En l'espèce, le constructeur n'était qu'une société locataire de l'immeuble, et le prévenu en était le gérant, démissionnaire au surplus ; la cour d'appel avait prononcé la démolition au motif « qu'André Charpentier était gérant de la société au moment des faits et qu'il n'apportait pas la preuve qu'il eût perdu cette qualité ». Le prévenu critiquait cette décision, mais la Cour de cassation rejette son pourvoi sans même s'arrêter sur le point de savoir si la démission était ou non prouvée ; elle décide en effet que « la remise en état des lieux incombe au bénéficiaire des travaux ... à la date des faits et qu'il n'importe que le prévenu ait perdu cette qualité ».

Cependant, et comme l'avait marqué le doyen Boulan, la notion de « bénéficiaire des travaux » n'est pas indéfiniment extensible : elle n'est pas appliquée au propriétaire bailleur de l'immeuble quand le constructeur en est le preneur, ni au représentant d'une société constructrice, s'il a pris ses fonctions après le délit (Crim. 18 avr. 1992, *Mantoux* ; 3 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 101, cette *Revue*, 1993, p. 556, obs. F. Boulan).

II. – Un bâtisseur élève successivement deux édifices contigus. Le premier, à raison de sa superficie, était soumis à la délivrance d'un permis de construire qui n'avait pas été sollicité ; le second, d'une surface inférieure à vingt mètres carrés, était soumis au régime de la déclaration (art. R 422-2, § m, du code de l'urbanisme). Or la première construction, qui était irrégulière, avait fait l'objet d'une poursuite séparée qui avait échoué devant l'exception de prescription ; la seconde déclenche une nouvelle poursuite du chef de défaut de permis de construire et aboutit, devant les juges du fond, à une condamnation fondée sur la raison que les deux constructions additionnées couvrent plus de vingt mètres carrés.

Cette décision est cassée (Crim. 27 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 320) au motif que « la prescription de l'action publique ôte aux faits poursuivis tout caractère délictueux ». La formule, traditionnelle, est un peu forte si on la prend dans l'absolu, mais s'applique bien

au cas considéré : la première construction reste en place et acquiert un caractère aussi licite que si elle avait bénéficié d'un permis de construire.

Le délit de construction sans permis se prescrit par trois ans comptés du jour de l'achèvement de la construction (Cass. crim. 17 juill. 1974, *D.* 1974.*IR.*203 ; 10 déc. 1985, *D.* 1986.*IR.*247). Cette date est celle à laquelle « l'immeuble, terminé, est en état d'être affecté à l'usage auquel il est destiné » (Cass. crim. 19 janv. 1982, *D.* 1982.*IR.*249 ; *RD imm.* 1982.441, note G. Roujou de Boubée). On pense bien que, dans l'espèce ici commentée, les juges ont imaginé de dire que la première et la seconde constructions ne formaient qu'un seul ensemble de travaux ; mais ils en ont été empêchés par l'autorité de chose jugée de la première condamnation qui, en accueillant l'exception de prescription, ont nécessairement décidé que la première tranche était achevée et juridiquement distincte de la seconde.

Eau et installations classées

L'ajournement de la peine est une procédure qui permet de dissocier les deux opérations ordinairement confondues dans une condamnation pénale : par une première décision, la juridiction répressive déclare le prévenu coupable de l'infraction pour laquelle il est poursuivi, puis, après un délai de quelques mois, elle choisit la peine, en fonction du comportement qu'il a adopté pendant l'intervalle. Anticipant sur les articles 132-66 à 132-70 du nouveau code pénal, la loi du 3 juillet 1985 a introduit, dans la loi du 19 juillet 1976, relative aux installations classées, un perfectionnement de ce système qui est l'ajournement avec injonction d'accomplir certains actes destinés à remédier aux effets de l'infraction : ce peut être la remise en état des lieux après l'ouverture d'une installation classée sans autorisation (art. 18, § a) ou l'exécution de travaux après une déclaration de culpabilité pour inobservation des obligations administratives (art. 19, § 11).

L'arrêt rendu le 4 novembre 1993 (*Maréchal Alain*) par la Chambre criminelle de la Cour de cassation révèle que les juges du fond inventent d'autres procédés. En l'espèce, ils avaient ajourné la peine d'une personne reconnue coupable à la fois d'exploitation d'installation non autorisée et de pollution d'eau (art. L 232-2 du code rural) et lui avaient fait interdiction d'utiliser son installation jusqu'à obtention d'une autorisation administrative.

Quoique l'article 18 de la loi de 1976 ne prévoit pas l'ajournement assorti de cette injonction particulière, on peut facilement lui trouver un fondement légal à la solution : en effet, l'article 469-1 du code de procédure pénale prévoit, de manière générale, l'ajournement du prononcé de la peine principale, sans injonction (à compter du 1^{er} mars 1994, il a été remplacé par l'article 132-60 du nouveau code pénal) ; d'autre part, l'article 18, alinéa 3, de la loi de 1976 confère au juge le pouvoir d'interdire immédiatement au condamné d'utiliser l'installation irrégulière, et ce sous astreinte, mais sous réserve d'une autorisation administrative ultérieure ; en combinant ces deux textes, on aboutit à un ajournement sous injonction de ne pas utiliser l'exploitation. La justification de l'injonction assortissant la condamnation pour pollution d'eau peut être trouvée, de la même façon, par une combinaison de l'article 469-1 du code de procédure pénale avec l'article L. 232-4 qui prévoit l'injonction d'avoir à prendre des mesures « pour faire cesser l'infraction ou en éviter la récidive » ; il est plus difficile d'expliquer comment les juges du fond ont pu assortir cette seconde injonction d'un terme qui est « l'obtention d'une autorisation » administrative, car l'autorité publique ne peut pas justifier la pollution de rivière incriminée par l'article L. 232-2.

Au jour de sa déclaration de culpabilité, le coupable qui bénéficie d'un ajournement a l'impression fallacieuse de s'en tirer à bon compte, puisqu'il n'est provisoirement condamné à rien. Mais cette première décision, s'il ne l'attaque pas par le moyen d'un

appel ou d'un pourvoi en cassation, acquiert isolément l'autorité de chose jugée, sans qu'on ait à attendre le prononcé de la peine. Si le condamné est mécontent de la sanction finalement choisie, il ne peut plus contester sa déclaration de culpabilité, car le délai d'appel ou de pourvoi pour le faire est expiré ; et il est très difficile d'attaquer la peine choisie puisqu'elle relève d'un pouvoir discrétionnaire des juges. Une telle mésaventure est arrivée au condamné, dans l'affaire commentée.

Il en a rencontré une autre. Entre le jour de la déclaration de culpabilité pour pollution d'eau et celui du choix de la peine, il avait réussi à s'entendre avec l'Administration sur les moyens d'épurer les effluents que son usine rejetait dans la rivière, mais dans un délai qui dépassait celui de l'ajournement. Il croyait respecter la loi et espérait une dispense de peine ou une peine légère. Mais l'Administration n'a ni le pouvoir d'autoriser les déversements qu'incrimine l'article L. 232-2 ni celui de prolonger le délai fixé par la justice pour choisir la peine, si bien que ce prévenu fut finalement condamné à une amende et à une nouvelle interdiction d'utiliser son installation.

Eau

Par un arrêt du 27 octobre 1993 (*André Jean*), la Chambre criminelle termine une affaire déjà commentée dans cette *Revue* (cette *Revue*, 1993, p. 773, sur Rennes, 29 mai 1992). Le prévenu, concessionnaire d'une station d'épuration d'eau, avait été poursuivi du chef de pollution de rivière, et les juges du tribunal correctionnel de Morlaix l'avaient condamné à agrandir son établissement, quoique celui-ci appartint à la commune et qu'il constituât une installation classée, et ils avaient encore ordonné la publication du jugement. Eludant les difficultés juridiques qu'elles soulevaient, la cour d'appel de Rennes avait abandonné ces deux mesures. L'association partie civile, dans le pourvoi qu'elle forma, critiqua ce retranchement : elle soutenait que l'obligation d'agrandir la station d'épuration, ordonnée par les premiers juges, constituait une sanction réelle prévue par l'article L 232-4 du code rural sous la qualification de « mesures pour faire cesser l'infraction ou en éviter la récidive ». L'argument est rejeté, assez brutalement, comme « procédant d'une affirmation inexacte ».

On retiendra encore la clémence, il est vrai traditionnelle, que la Chambre criminelle manifeste à l'égard de la motivation du calcul, par les juges du fond, du montant des dommages et intérêts : la cour de Rennes avouait qu'elle ne savait comment les estimer (« Il est difficile de prévoir la durée de remise en état des fonds et de chiffrer son incidence sur la vie de poisson »), et on aurait pu qualifier ses motifs d'hypothétiques, ce qui est une cause de cassation. Il n'en fut rien, et la Cour se borna à rappeler le pouvoir discrétionnaire des juges du fond. Il est vrai qu'ils ne peuvent pas souvent chiffrer le préjudice subi par les associations et dont la loi elle-même admet qu'il peut être « indirect ». En l'espèce, ils retinrent une évaluation de 2 000 francs pour l'Association « Eau et Rivières de Bretagne ».

Chasse

Deux prévenus portent le même patronyme, Français, mais l'un se prénomme Léon et il est président d'une société cynégétique, titulaire d'un plan de chasse au sanglier, et l'autre, Patrice, est un chasseur ayant droit de cette société. Ils sont tous les deux condamnés, par les juges du fond, pour défaut de marquage des sangliers abattus, ce qui constitue une contravention de cinquième classe, prévue par l'article R* 228-16 du code rural.

Les deux prévenus ayant formé des pourvois, la Cour de cassation approuve la condamnation de Léon, le président, mais censure les motifs de celle de Patrice, le chasseur (sauf à justifier la peine prononcée contre lui en constatant une autre infraction : Crim. 9 nov. 1993, *Bull. crim.*, n° 330) : seul, en effet, le président est responsable de la

contravention de défaut de marquage, à l'exclusion du chasseur qui en a réalisé l'élément matériel. Cette solution résulte des derniers mots du premier alinéa de l'article R* 225-12 qui dispose : « chaque animal abattu est, préalablement à tout transport et sur les lieux mêmes de sa capture, muni du dispositif de marquage, à la diligence et sous la responsabilité du bénéficiaire du plan de chasse individuel ».

L'irresponsabilité du chasseur non titulaire du plan de chasse a des effets très énergiques, selon l'arrêt commenté, puisqu'elle persiste même quand, comme en l'espèce, le chasseur est de mauvaise foi et n'ignore pas l'obligation réglementaire de bague l'animal mort. Cette solution s'explique par l'interprétation littérale de l'article R* 225-12. Le chasseur, ne pouvant donc être coauteur, ne peut pas davantage être complice, puisqu'il s'agit d'une contravention ; mais le nouveau code pénal pourrait affaiblir son impunité, puisqu'il prévoit la complicité de contravention, lorsque du moins elle se réalise par provocation ou instruction (art. R 610-2 du nouveau code pénal). En l'espèce, il fut finalement déclaré coupable, mais d'une autre contravention qui peut être imputée à quiconque, en vertu de l'article R* 228-9, et qui consiste en un transport d'animaux non marqués.

La responsabilité du bénéficiaire du plan de chasse pour défaut de marquage initial n'est pas automatique : elle dépend de la constatation, par les juges du fond, d'une négligence mise à sa charge. Chaque fois qu'elle a approuvé une condamnation, la Cour de cassation a pris soin de relever une telle faute : tantôt elle reproche au prévenu de « n'avoir pas pris les précautions nécessaires pour faire respecter le plan de chasse » (Cass. crim. 7 mars 1978, *Bull. crim.*, n° 86) ; tantôt, et comme en l'espèce, elle souligne la faute plus grave qui consiste à « s'être, de son fait, mis dans l'impossibilité de prendre les mesures qui lui incombent en vue de faire respecter les dispositions » du plan (Cass. crim. 14 janv. 1986, *Bull. crim.*, n° 22). Il en résulte que, si un titulaire de plan de chasse est victime de l'indélicatesse ou des dissimulations de ses chasseurs, il échappe, comme eux, mais pour d'autres motifs juridiques, à la répression.

Sa situation est donc moins difficile que celle du bailleur de chasse dans une forêt domaniale dont on sait qu'il est responsable de plein droit des infractions de ses invités (Crim. 26 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 216 ; cette *Revue*, 1987, p. 899).

B. CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Michèle-Laure RASSAT

Professeur à l'Université de Paris 12

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1^{er} juillet au 31 décembre 1993)

I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

I. – NOUVEAU CODE PÉNAL ET MINIMA DES PEINES

1. *Suppression de l'emprisonnement contraventionnel*

La loi n° 93-913 du 19 juillet 1993 (JO du 20 juill. 1993) avait pour vocation principale de retarder l'entrée en vigueur du nouveau code pénal jusqu'au 1^{er} mars 1994.

Elle avait profité, cependant, de l'occasion pour supprimer, dès sa propre mise en vigueur, les peines d'emprisonnement prévues jusque-là en matière de contraventions. Si l'on peut avoir des doutes, valables tout aussi bien pour le nouveau code pénal lui-même, sur l'opportunité de cette mesure, du moins ne pose-t-elle pas de problèmes en ce qui la concerne spécifiquement. Malheureusement, le législateur a eu le grand tort de ne pas s'interroger sur les conséquences que cette suppression pouvait avoir, par ricochet, sur les peines correctionnelles.

Le grand principe du droit français est celui de la légalité. Appliqué aux peines, il interdit au juge de prononcer une peine qui n'est pas prévue par la loi dans sa nature et son quantum. La loi du 19 juillet 1993 a, dans cette perspective, modifié l'échelle des peines du droit français. En supprimant l'emprisonnement contraventionnel de moins de deux mois, ladite loi a décidé que, désormais, le minimum prévu, en droit français et à défaut de précisions particulières, pour l'emprisonnement était de deux mois, seuil qui se trouve être le maximum autrefois retenu en matière de contraventions. Les seuils minima des peines principales étaient donc devenus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet et jusqu'au 1^{er} mars 1994 (date de mise en vigueur du nouveau code), 30 F d'amende et deux mois d'emprisonnement.

Il est, dès lors, parfaitement clair que l'octroi des circonstances atténuantes en matière correctionnelle, durant cette période, ne permettait pas de descendre au-dessous d'une peine d'emprisonnement de deux mois et d'une amende de trente francs puisque aucune peine inférieure n'existait plus en droit commun.

Certes, il pouvait exister des peines d'emprisonnement correctionnel plus basses que celles-ci (il y avait notamment, dans l'ancien code, de nombreux délits punissables d'une peine d'emprisonnement de 6 jours à six mois), mais il s'agissait toujours de peines spécifiquement prévues. Certes, encore, l'article 463 du code pénal (que la loi du 19 juillet 1993 n'avait pas modifié sur ce point comme elle aurait été bien inspirée de le faire si elle voulait maintenir les solutions antérieures) continuait de dire que l'octroi des

circonstances atténuantes en matière correctionnelle autorisait « à réduire l'emprisonnement et l'amende même à deux mois et 12 000 F, ou à une peine moindre », mais il était certain, compte tenu du principe de la légalité, que cette peine moindre devait être une de celles prévues par la loi. Or nous venons de dire que la loi ne prévoyait plus de peines inférieures à deux mois d'emprisonnement et 30 F d'amende.

Cette interprétation paraît certaine sur la base de la doctrine et de la jurisprudence dominantes. En doctrine la quasi-unanimité des auteurs affirmait qu'il est impossible de descendre, par l'octroi des circonstances atténuantes, au-dessous du seuil légal prévu pour les peines de police, notamment pour prononcer une peine d'amende de moins de 30 F (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, n° 163 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, n° 558 ; Jeandidier, *Droit pénal général*, n° 430 ; Rassat, *Droit pénal*, n° 398).

La jurisprudence était dans le même sens et on note deux cassations pour prononcé de peines d'amendes inférieures au niveau minimal des amendes contraventionnelles de leur époque (13 oct. 1976, B.290, cette *Revue* 1978.81, obs. Larguier ; 9 oct. 1978, D. 1979.J.185, note Chambon, cette *Revue* 1979.821, obs. Larguier). La seconde de ces décisions est particulièrement intéressante puisque la Chambre criminelle y relève un moyen d'office tiré de l'illégalité de la peine dans une affaire où la cassation était déjà acquise pour une autre raison de fond (infraction non constituée).

On arrive au même résultat par le raisonnement. Nous savons qu'une fois la culpabilité constatée, il est interdit à la juridiction pénale de ne pas prononcer de sanction sauf à recourir aux procédés prévus à cet effet (ajournement, dispense de peine, etc.). Si l'on estimait que rien n'était changé, il aurait fallu autoriser le juge correctionnel à descendre jusqu'au minimum des peines d'emprisonnement contraventionnel et, celui-ci ayant disparu, le juge aurait pu alors prononcer... rien. C'est à l'évidence impossible.

Faute pour la Chancellerie (qui ne l'avait sans doute pas vu elle-même) d'avoir attiré l'attention des juges sur ce problème, notamment dans la circulaire d'accompagnement du texte, toutes les condamnations correctionnelles à une peine d'emprisonnement de moins de deux mois prononcées depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1993 jusqu'au 1^{er} mars 1994 (y compris pour des infractions antérieurement commises puisque la loi du 19 juillet est, à l'évidence, plus douce) sont illégales avec toutes les conséquences qui en découlent, notamment la détention arbitraire pour toutes celles qui auraient été mises à exécution effective.

2. Textes prévoyant des peines minima

On pourrait, pour se rassurer, dire qu'il s'agit là d'un cafouillage regrettable mais inévitable dans le cadre d'une entreprise aussi complexe que la mise en vigueur d'un nouveau code. Malheureusement, les choses perdurent avec une technique différente mais un résultat voisin.

Le nouveau code pénal a supprimé les circonstances atténuantes ce qui ne crée pas de grosses difficultés puisqu'il supprime le minima des peines pour toutes les infractions qu'il comporte lui-même. Sa loi d'adaptation (16 déc. 1992) a cru, d'autre part, régler la question pour toutes les infractions extérieures au code en prévoyant dans son article 322 que : « Dans tous les textes prévoyant qu'un crime ou un délit (pourquoi pas une contravention ?) est puni d'une peine d'amende et d'emprisonnement, de détention ou de réclusion, les mentions relatives aux minima des peines d'amende ou des peines privatives de liberté encourues sont supprimées. » Mais c'est oublier que, si le législateur peut modifier la législation passée, il ne lui appartient pas de brimer la liberté du législateur futur. Le législateur postérieur aurait donc dû acquiescer, pour répondre aux nouveaux principes généraux du code pénal (s'il le souhaitait, au moins), le réflexe de ne prévoir ses peines qu'avec un maximum. Certains textes, déjà examinés dans de précédentes chroniques, l'ont fait. D'autres (V. *infra*, II, I, 1) a) s'efforcent de mettre en

harmonie des textes anciens. Mais d'autres, aussi, continuent de prévoir à la fois un maximum et un minimum (c'est le cas, notamment, des très nombreuses incriminations prévues par le nouveau code de la consommation, V. *infra*, II, III, 1.) L'institution des circonstances atténuantes ayant disparu, il faut donc conclure que les tribunaux, qui retiendront une culpabilité dans le cadre de ces infractions, devront prononcer au moins le minimum des peines prévues sans pouvoir descendre au-dessous. Car on ne peut pas dire, en raison du principe constitutionnel de la liberté du législateur, que l'article 322 de la loi du 16 décembre 1992 est entré en vigueur avec le nouveau code pénal et donc qu'il a supprimé tous les minima antérieurs au 1^{er} mars 1994. Répétons que le législateur d'un moment (en l'occurrence le 16 décembre 1992) est libre de sa décision quant à la modification de la législation antérieure mais qu'il ne peut limiter en rien la liberté du législateur futur. Dans la mesure où celui-ci est censé avoir connu, au moment où il légifèrait, les principes du nouveau code pénal, il faut interpréter ses textes prévoyant un minimum comme établissant sa volonté formelle d'agir de cette façon. Et il en est d'autant plus ainsi que, comme nous venons de le dire, certaines des lois nouvelles intervenues depuis sa promulgation ont effectivement prévu leurs peines avec un seul maximum, ce qui amène à penser, selon des principes classiques d'interprétation, que celles qui ne l'ont pas fait ont adopté délibérément cette attitude. Toutes les lois promulguées en matière pénale après le 16 décembre 1992 doivent donc être présumées irréfragablement avoir exprimé la volonté formelle du législateur d'établir des solutions différentes de celles du code lui-même lorsqu'elles ont prévu à la fois un minimum et un maximum à leurs peines. Il est assez probable qu'en fait il n'en est rien, mais, en droit, il n'importe. On ne joue pas impunément avec les principes généraux du droit.

II. – CRÉATION DE L'AJOURNEMENT AVEC RÉTENTION JUDICIAIRE

La loi n° 93.1417 du 30 décembre 1993 (JO du 1^{er} janv. 1994) insère provisoirement au code de procédure pénale (art. 469-5) et à titre définitif au nouveau code pénal (art. 132.70.1 d'un § 5 nouveau de la sous-section 6 – De la dispense de peine et de l'ajournement – Du chapitre 2 – Du régime des peines – du titre 3 – des peines – du livre 1^{er}), un nouveau cas d'ajournement des peines dit « ajournement avec rétention judiciaire ».

La juridiction qui a déclaré un prévenu coupable de l'infraction prévue au deuxième alinéa de l'article 27 de l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (ne pas présenter à l'autorité administrative compétente les documents de voyage permettant d'exécuter une mesure de refus d'entrer en France, d'expulsion ou d'interdiction du territoire ou, à défaut de ceux-ci, ne pas communiquer les renseignements permettant cette exécution) peut ajourner le prononcé de la peine en enjoignant au prévenu de présenter les documents ou de donner les renseignements nécessaires. Dans ce cas, elle place le prévenu sous le régime de la rétention judiciaire.

La mesure n'est pas applicable aux mineurs de seize ans.

Le placement s'opère par voie d'ordonnance fixant le jour où il sera statué sur la peine et qui est exécutoire par provision, la juridiction ayant informé l'intéressé de ses droits (assistance d'un interprète, d'un médecin et d'un conseil ; surveillance de la mesure par un magistrat délégué qui autorise et, exceptionnellement, refuse, les visites et peut permettre de sortir sous escorte).

La rétention judiciaire ne peut excéder un délai de trois mois non renouvelable. Elle a lieu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire où les conditions de la rétention peuvent être vérifiées par le ministère public, le président de la juridiction ou un magistrat délégué.

Si le prévenu se soumet à l'injonction, le ministère public et l'autorité administrative peuvent saisir la juridiction de jugement pour qu'il soit statué sur la peine. Même sans cela, semble-t-il, la juridiction, d'office ou sur demande du prévenu, peut lever la mesure de rétention en s'assurant du maintien de l'intéressé à la disposition de la justice.

A l'audience de renvoi, la juridiction peut soit dispenser le prévenu de peine, soit prononcer la sanction prévue, soit ajourner une nouvelle fois pourvu qu'on ne dépasse pas le délai de trois mois. Si une peine privative de liberté est prononcée, la durée de la rétention est imputée sur celle-ci. Si l'intéressé est relaxé, il peut être indemnisé pour sa rétention abusive. S'il est prononcé une peine autre que privative de liberté, l'intéressé est éloigné à moins que cela ne soit pas immédiatement possible (il est alors retenu dans les conditions de l'art. 35b de l'Ordonnance).

Il n'appartient pas à la présente chronique de se prononcer sur l'opportunité de cette nouvelle mesure pour l'objectif qui est le sien. Mais on peut critiquer très sévèrement ce texte pour son insertion au code pénal. D'abord parce qu'il est inadmissible que la mise en vigueur du nouveau code pénal n'emporte pas un moratoire raisonnable des modifications qui le concernent. Ensuite parce que l'insertion parmi les dispositions générales du code d'une institution au domaine d'application si spécifique est parfaitement injustifiée. On se demande bien pourquoi le législateur ne s'est pas contenté de laisser figurer cette disposition au sein même de l'Ordonnance du 2 novembre 1945, ou même, plus simplement, au sein de la loi qui la crée.

III. - EXCEPTIONS À L'APPLICATION DE LA PEINE D'INTERDICTION DU TERRITOIRE

La loi n° 93-1027 du 24 août 1993 (JO du 29 août 1993) relative à la maîtrise de l'immigration modifie les termes du régime des exceptions apportées à la peine d'interdiction du territoire pour raisons familiales ou sociales (al. 3 à 7 de l'art. 131-30 du nouveau code pénal).

1) Alors que la version originale du nouveau code pénal prévoyait que l'interdiction du territoire n'était pas applicable à un certain nombre de condamnés (père ou mère d'un enfant français résidant en France s'il exerce l'autorité parentale ou subvient à ses besoins ; étranger marié avec un conjoint de nationalité française à condition que le mariage soit antérieur aux faits et que la communauté de vie n'ait pas cessé ; condamné ayant vécu en France depuis l'âge de dix ans ; condamné résidant régulièrement en France depuis plus de quinze ans), l'article 33 de la loi du 24 août substitue à cette interdiction une possibilité d'application de la mesure pourvue qu'elle soit assortie d'une motivation spéciale. La durée du mariage, dans le deuxième cas (autrefois 4^e) doit être, au surplus, de un an et non plus de six mois.

Le même article complète, d'autre part, la liste donnée par le code pénal originaire des infractions pour lesquelles ces restrictions ne sont pas applicables. Aux crimes contre l'humanité (art. 213-2), aux atteintes à la défense nationale (414-6), au terrorisme (422-4), aux groupes de combats (431-19) et à la fabrication de fausse monnaie (442-12), la loi nouvelle ajoute le trafic de stupéfiants (222-34, 35, 36 et 38).

2) Les articles 43 et 44 de la loi modifient dans le même sens les articles L. 362-6 du code du travail (travail clandestin) et 8-1 L. n° 73-548 du 27 juin 1973 (hébergement collectif irrégulier) en précisant, en outre, que l'interdiction du territoire n'est pas applicable à un mineur de dix-huit ans.

3) Nous avouons ne pas comprendre le sens de l'article 35 de la loi qui déclare modifier dans le même sens l'article L. 630-1 du code de la santé publique, alors que cet article a été abrogé par la loi d'application du code pénal du 16 décembre 1992.

IV. – INFRACTIONS FAISANT OBSTACLE À L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

La loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 (JO des 23 juill. et 25 août 1994) réformant le droit de la nationalité énumère les condamnations pénales qui font l'obstacle à l'acquisition de la nationalité française.

1) L'étranger né en France de parents étrangers perd le droit d'acquérir la nationalité française entre seize et vingt et un ans s'il a fait l'objet (il serait plus judicieux de dire s'il a été le sujet) entre l'âge de dix-huit et celui de vingt et un ans : d'une condamnation à l'emprisonnement pour un crime ou un délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou un acte de terrorisme ; d'une condamnation à une peine d'au moins six mois fermes pour une atteinte volontaire à la vie, des violences ayant entraîné la mort, un trafic de stupéfiants ou du proxénétisme ; d'une condamnation à une peine d'au moins six mois fermes pour atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité d'un mineur de quinze ans ou pour toute atteinte sexuelle à la personne d'un mineur de quinze ans.

2) Dans les cas autres que l'acquisition par naissance sur le sol (art. 21-7 c. civ.) ou par naturalisation des parents (art. 22-1 c. civ.), nul ne peut acquérir la nationalité française ou être réintégré dans cette nationalité s'il a été l'objet soit d'une condamnation pour crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou un acte de terrorisme, soit, quelle que soit l'infraction considérée, s'il a été condamné à plus de six mois fermes.

La première de ces deux dispositions est intéressante parce qu'elle montre que même s'il refuse, par principe, de tenir compte dans sa politique pénale, comme cela nous paraîtrait souhaitable, d'une distinction plus systématique entre les infractions violentes et les autres, le législateur est bien obligé, parfois, de s'y résoudre, même si l'on pourrait sérieusement discuter de la liste ici retenue. La seconde remarque, d'ordre criminologique, est qu'il paraît pour le moins inopportun d'avoir refusé de tenir compte des infractions commises avant dix-huit ans. Le fait que des actes aussi graves aient pu être commis par un enfant de moins de dix-huit ans révèle chez lui une particulière dangerosité qui devrait paraître de nature à rendre parfaitement inopportune l'acquisition par lui de la nationalité française.

II. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

I. – DROIT PÉNAL DU TRAVAIL

1. Loi quinquennale sur l'emploi

La loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 (JO du 21 déc. 1993) relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle intéresse le droit pénal à un double titre.

a) Elle a, d'abord, pour but de coordonner certaines dispositions (mais alors pourquoi certaines dispositions seulement alors qu'on fait le contraire immédiatement après ? V. *infra*, b) du code du travail avec les principes du nouveau code pénal : 1) disparition du minima de certaines peines ; 2) coordination des peines complémentaires avec celles du nouveau code ; 3) prévision de la possible interdiction du territoire français ; 4) implication de la responsabilité pénale des personnes morales.

Il en est ainsi en matière de travail clandestin (art. L. 362-3 à L. 362-6 nouveaux) et d'introduction de main-d'œuvre étrangère (art. L. 364-1 à L. 364-10). En outre, la

responsabilité pénale des personnes morales est retenue en cas d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier des étrangers (art. 21 Ord. 2 nov. 1945) ; de fourniture irrégulière de main-d'œuvre (L. 125-1 et L. 125-3 c. trav.) ; d'hébergement collectif irrégulier (art. 4 et 8 L. 73-548 du 27 juin 1973).

b) La loi revoit les sanctions des faits commis à l'occasion de la passation de conventions de formation professionnelle continue par les organismes dispensateurs de celle-ci. Il est cependant intéressant de noter que, alors que le début du texte, tire, comme nous venons de le voir, les conséquences des principes retenus par le nouveau code pénal, cette autre série de dispositions pénales fait comme s'il n'existait pas.

— La loi nouvelle étend les sanctions prévues en cas d'exercice irrégulier de l'activité de dirigeant d'une entreprise de formation, de non-déclaration préalable à cette activité (art. L. 920-4) et de non-déposition du bilan annuel d'activité, financier et pédagogique (art. L. 920-5 et L. 920-8) à l'absence de règlement intérieur (art. L. 920-5-1), l'absence de conseil de perfectionnement (L. 920-5-2), la non-communication au stagiaire de tous les éléments utiles pour apprécier la valeur de la formation (L. 920-5-3), la protection du stagiaire qui entreprend à titre personnel une formation (L. 920-13). La peine prévue est une amende de 2 000 F à 30 000 F.

— Elle crée deux nouvelles incriminations punissables d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 5 000 à 25 000 F :

- le fait pour un employeur, un travailleur indépendant, un membre des professions libérales ou non salariées de se soustraire à ses obligations relatives au financement de la formation professionnelle continue ;

- le fait pour les responsables des organismes collecteurs des fonds affectés à cette formation de les utiliser dans des conditions non conformes aux dispositions législatives régissant l'utilisation de ces fonds.

Ces incriminations appellent deux remarques. La première est qu'on se demande bien pourquoi le législateur a cru bon de préciser que ces infractions ne peuvent être imputées qu'à des personnes physiques alors qu'elles sont typiquement de celles qui sont susceptibles d'être commises par des personnes morales. La seconde est relative à l'inutilité de la seconde infraction dont les faits entrent clairement dans l'hypothèse de l'infraction d'abus de confiance du code pénal (pour lequel, au surplus, la responsabilité pénale des personnes morales est prévue).

— La loi prévoit la recherche et la constatation des infractions en question par les fonctionnaires habilités et ajoute que les délits d'entrave ou de résistance à ces actions ainsi que les outrages ou violences dirigés contre les agents sont punissables dans les mêmes termes que pour les inspecteurs du travail (art. L. 631-1 et L. 632 c. trav.).

2. *Hygiène et sécurité du travail*

La loi n° 93-1418 du 31 décembre 1993 (JO du 1^{er} janv. 1994) restructure le chapitre V du titre 3 (hygiène, sécurité et conditions de travail) du livre 2 du code du travail. Ce chapitre désormais intitulé « Dispositions particulières applicables aux opérations de bâtiment et de génie civil » est subdivisé en cinq sections nouvelles créant des obligations précisément réglementées aux maîtres d'ouvrages, maîtres d'œuvre et coordonnateurs de travaux de bâtiment et de génie civil ainsi qu'aux travailleurs indépendants du bâtiment tant au cours de la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet que pendant la réalisation de l'ouvrage afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé de toutes les personnes qui y interviennent (V. art. L. 235-1 à L. 235-14 et L. 235-18 nouveaux c. trav. ainsi que les modifications apportées aux articles du chapitre qui ne sont pas remplacés).

A la suite de cette modification du fond, une nouvelle rédaction est donnée à l'article L. 263-10 et un nouvel article L. 263-11 est créé pour tirer les conséquences pénales de

ces dispositions nouvelles. Ces articles se distinguent de la rédaction précédente d'abord par le fait qu'ils prévoient eux-mêmes la sanction applicable au lieu de procéder par renvoi à d'autres textes. Ils se caractérisent ensuite par une limitation du domaine de l'emprisonnement mais une augmentation considérable du niveau des amendes.

Pour les maîtres d'ouvrage le non-dépôt d'une déclaration préalable aux travaux (art. L. 235-2) est puni d'une amende de 30 000 F (60 000 en cas de récidive). Le non-respect des obligations imposées pendant la réalisation des travaux est punissable d'une amende de 60 000 F (en cas de récidive emprisonnement d'un an et amende de 100 000 F ; publication de la décision ; interdiction professionnelle de cinq ans, elle-même pénalement sanctionnée – art. L. 263-6).

Les travailleurs indépendants encourent, de leur côté, pour non-respect des obligations qui leur incombent, une peine d'amende de 30 000 F (60 000 en récidive).

II. – POLICE DES ÉTRANGERS

1. *Obligations des transporteurs*

L'article 12 de la *loi n° 93-1027 du 24 août 1993* (JO du 29 août 1993) fait passer de 5 000 à 10 000 F l'amende susceptible d'être infligée aux entreprises de transport routier exploitant des liaisons internationales en provenance d'un Etat non partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, à l'exclusion de trafics frontaliers, qui débarquent sur le territoire français en provenance d'un autre Etat, un étranger non ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne et démuné du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis par la loi ou l'accord international qui lui est applicable à raison de sa nationalité (art. 20b, Ord. 45-2658 du 2 nov. 1945).

2. *Délit de non-exécution d'une mesure de remise à un Etat étranger*

L'article 33 de la même loi prévoit que l'étranger non ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne qui a pénétré ou séjourné irrégulièrement en France peut être remis aux autorités compétentes de l'Etat membre qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire ou dont il provient directement.

Un nouveau délit est créé de nature à sanctionner tout étranger qui se sera soustrait ou aura tenté de se soustraire à l'exécution de cette décision de remise ou qui, ayant déféré à celle-ci, aura pénétré de nouveau sans autorisation sur le territoire national. La peine prévue est un emprisonnement de six mois à trois ans et l'interdiction facultative du territoire pour une durée de trois ans au plus important de plein droit reconduite à la frontière éventuellement à l'expiration de la peine.

III. – CONSOMMATION

1. *Code de la consommation*

La *loi n° 93-949 du 28 juillet 1993* (JO du 26 juill. 1993) codifie la partie législative du code de la consommation. Il ne s'agit pas cependant, d'une façon rigoureuse, d'une codification à droit égal et diverses modifications ont été apportées à la législation antérieure.

Il est impossible de faire, dans le cadre de cette chronique, une étude pénale exhaustive de ce texte. Nous nous bornons donc à signaler les nouvelles normes de citations relatives aux infractions pénales considérées :

- non-respect de la réglementation relative aux appellations d'origine : articles L. 115-16 et 17 ;
- non-respect des labels et certification des produits alimentaires et agricoles, articles L. 115-24 à 26 ;
- non-respect de la certification des services et produits autres qu'alimentaires, articles L. 115-30 à 32 ;
- infractions relatives à la publicité, articles L. 121-2 à 121-7, 121-14 ;
- non-respect de la réglementation des ventes à distance, articles L. 121-16 et 19 ;
- non-respect de la réglementation relative au démarchage, articles L. 121-28 à 33 ;
- dispositions relatives aux loteries, articles L. 121-40 et 41 ;
- vente sans commande préalable, article L. 122-2 ;
- vente à la boule de neige, article L. 122-7 ;
- abus de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne, articles L. 122-8 à 11 ;
- entrave aux opérations de constatation des infractions : articles 52, 54 et 56 de l'Ord. n° 86-1243 relative à la liberté des prix et à la concurrence ;
- fraudes et falsifications, articles L. 213-1 à 5 ; L. 214-2 à L. 217-10 ;
- non-respect des règles relatives à la prévention des dangers liés à la commercialisation des produits, article L. 223-1 ;
- dispositions relatives à l'endettement : articles L. 311-34 à 37 ;
- dispositions relatives au crédit immobilier : articles L. 313-32 à 36 ;
- dispositions relatives au crédit usuraire, articles L. 313-5 et 6 ;
- exercice irrégulier de l'activité d'intermédiaire pour le règlement des dettes, articles L. 322-1 à 3.

2. Sécurité des consommateurs en ce qui concerne les foyers de cheminées

Le décret n° 93-1185 du 22 octobre 1993 (JO du 26 oct. 1993) réglemente de façon précise les exigences de sécurité auxquelles doivent répondre les foyers fermés de cheminées construits comme tels et les appareils destinés à être encastrés dans des cheminées existantes.

Il fait encourir les peines d'amende des contraventions de la cinquième classe :

1) Aux responsables de la première mise sur le marché qui n'auront pas accepté les exigences de sécurité, apposé sur l'objet un marquage ou une plaque signalétique le garantissant, mis en garde contre les dangers de l'utilisation, accompagné l'appareil d'une notice explicative, présenté aux agents de contrôle un dossier justificatif du respect des obligations de sécurité.

2) Aux vendeurs directs ou par correspondance qui n'auront pas fait signer à l'acquéreur un formulaire informatif en deux volets (un conservé par le vendeur et l'autre remis à l'acheteur) ni conservé la partie revenant au vendeur pendant trois ans pour présentation aux agents de contrôle.

3) Aux installateurs tiers au contrat de vente qui n'auront pas rempli et signé un troisième volet du document visé ci-dessus.

IV. – SECRET PROFESSIONNEL

La loi n° 93-980 du 4 août 1993 (JO du 6 août 1993) relative au statut de la Banque de France astreint au secret professionnel, dans les termes du droit commun (par renvoi

du code pénal), les membres du conseil de surveillance (art. 10) et le personnel de l'Établissement (art. 14).

Elle prévoit, à l'inverse, que la Banque est habilitée à se faire communiquer par les établissements de crédit et les établissements financiers tous documents et renseignements qui lui sont nécessaires pour exercer ses missions et ajoute qu'elle peut entrer directement en relation avec les entreprises et groupements professionnels qui seraient disposés à participer à ses enquêtes.

V. - DÉPÔT LÉGAL

L'article 45 du décret n° 93-1429 du 31 décembre 1993 (JO du 1^{er} janv. 1994) relatif au dépôt légal applique l'amende des contraventions de la 5^e classe (et « en cas de récidive l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe en récidive », mention qui tend à devenir systématique et dont nous persistons à ne pas voir l'intérêt) pour toute une série de comportements violant les dispositions de fond arrêtées par le décret, à savoir :

1) Ne pas accompagner le dépôt d'une déclaration dont les mentions sont fixées par arrêté des ministres concernés (selon le cas, culture, communication ou intérieur) conformément aux art. 5 et 40 du décret ;

2) Ne pas accompagner le dépôt des pièces, fiches, documents et matériels obligatoires en fonction du type de produit déposé (logiciels, systèmes experts, phonogrammes, vidéogrammes, documents multimédias, documents cinématographiques, émissions, etc.) ;

3) Ne pas avoir fait figurer sur les documents soumis à l'obligation de dépôt les mentions obligatoires prévues (identification des personnes impliquées, date de conception, codes, etc.) ;

4) Avoir déposé des documents ne correspondant pas aux normes de qualité permettant d'atteindre les objectifs fixés pour le dépôt légal.

VI. - USURE

Le dernier avis fixant les seuils de l'usure (à compter du 1^{er} janv. 1994) a été publié au *Journal officiel* du 17 décembre 1993.

III. DROIT PÉNAL DES MINEURS

.....

C. CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

De la période de sûreté à la peine incompressible

A propos de la loi du 1^{er} février 1994.

Pierre COUV RAT

Professeur à la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

La loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994, selon son intitulé, institue une peine incompressible et est relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale. Titre plutôt complexe mais qui laisse apparaître la nouveauté essentielle : la cour d'assises, dans des circonstances très particulières, pourra dorénavant ajouter au prononcé d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité... la perpétuité, c'est-à-dire ordonner qu'aucune des mesures dites de confiance (notamment permission de sortir, semi-liberté, libération conditionnelle) ne pourra être accordée au condamné. C'est l'enfermement à vie sous réserve tout de même d'une faible lueur d'espoir transparaissant dans une procédure lourde laissée à l'initiative du juge de l'application des peines et ce après trente années d'exécution. Au cours des travaux préparatoires, on a parlé de perpétuité réelle, de peine perpétuelle, voire de peine inexorable (titre d'une proposition de loi de M. Pierre Mazeaud) et sur l'initiative du rapporteur du projet à l'Assemblée nationale (amendement n° 63 présenté par M. Pasquini en fin de première lecture, puis en fin de seconde lecture *JO déb. parl.* 109^e séance, 10 déc. 1993, p. 7442) on a retenu l'expression de peine incompressible, c'est-à-dire d'une peine qui ne peut être diminuée ou dont l'exécution devra tout simplement être conforme à son prononcé. La perpétuité deviendrait effective.

Cette nouveauté est réservée aux criminels visés aux seconds alinéas des articles 221-3 et 221-4 du nouveau code pénal, c'est-à-dire aux condamnés pour meurtre ou assassinat d'un mineur de quinze ans, précédé ou accompagné soit de viol soit de tortures ou actes de barbarie. Dans cette hypothèse, le livre II du nouveau code, contrairement d'ailleurs aux règles posées dans le livre I qui limite normalement la période dite de sûreté à vingt-deux ans (art. 132-23, al. 2), autorise la cour d'assises par décision spéciale à porter cette période à trente ans. Et la loi du 1^{er} février 1994, dans cette même hypothèse, présente la peine incompressible comme une alternative mise à la disposition de la cour d'assises. Les articles 221-3 et 221-4 sont dorénavant rédigés de la façon suivante : la cour peut par décision spéciale soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 131-23 ne pourra être accordée au condamné. L'accès supplémentaire de rigueur consiste donc en un renversement d'option proposé à la cour : au lieu de prononcer une période de trente ans à l'expiration de laquelle un espoir de sortie est envisageable, elle peut préférer une période de sûreté sans limite et donc sans horizon

pour le condamné... sous réserve du palliatif que le Sénat a inventé au-delà des trente premières années d'exécution de la peine. Période de sûreté limitée ou sûreté illimitée dans le temps, tel est bien l'enjeu. En raison des liens étroits qui les unissent, il apparaît indispensable d'évoquer les méandres de la législation relative à la période de sûreté avant de présenter la nouvelle peine incompressible.

1. L'évolution de la législation sur la période de sûreté

La période de sûreté, qu'il faut bien sûr distinguer du régime de sûreté (la distinction fut faite en 1978 pour éviter la confusion avec les régimes de sécurité renforcée) et de la mesure de sûreté incluse aujourd'hui dans la peine, est définie par l'article 132-23 du nouveau code comme étant un laps de temps pendant lequel le condamné ne peut bénéficier des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle. Dans certains cas, la cour d'assises et bien plus rarement le tribunal correctionnel peuvent, en effet, lors du prononcé de la peine, en décider les modalités d'exécution par le verrouillage d'une durée de temps au cours de laquelle ni le juge de l'application des peines ni le ministre ne pourront accorder de faveurs. La Chambre criminelle, bien que le Conseil constitutionnel estime que les règles sur la période de sûreté soient des règles de fond, tire les conséquences de la qualification de « modalité d'exécution de la peine » en considérant que cette décision spéciale n'a pas à être motivée et qu'elle peut être prise à la seule majorité absolue (V. en dernier lieu Crim. 5 juill. 1993, *Bull. crim.* n° 237, p. 594, et *D.* 1993.I.R.206).

Les conditions du prononcé de cette décision, qui peut être complémentaire ou accessoire, et la longueur des phases n'ont cessé de varier depuis 1978. L'histoire courte de la période de sûreté est déjà bien dense.

C'est en effet une loi du 22 novembre 1978 – soit, il faut le constater, trois ans avant l'abolition de la peine de mort – qui a imaginé ce blocage temporel pour « corriger le régime en vigueur » et « tenir compte du caractère dangereux de certains délinquants » (*J.O. déb. parl. Ass. nat.*, 1978-1979, n° 562). Si une cour d'assises condamne à une peine supérieure ou égale à dix ans de privation de liberté pour un certain nombre d'infractions graves (assassinat, détournement d'avion, proxénétisme aggravé, vol à main armée, etc.), une période de sûreté est automatiquement instaurée pour la moitié de la peine et quinze ans si la condamnation porte la perpétuité, mais la juridiction conserve la possibilité soit de réduire cette période (ce qu'elle ne fait pratiquement jamais), soit surtout de l'augmenter dans la limite des deux tiers et de dix-huit ans au cas de réclusion à perpétuité. A cela, dès 1978, s'ajoutent deux autres éléments : d'abord, au cours de l'exécution, sur demande du juge de l'application des peines, la juridiction du lieu de détention peut réduire, voire supprimer, la période de sûreté ; d'autre part cette fois quelle que soit la nature de l'infraction, une période de sûreté purement facultative peut toujours être imposée dès qu'une peine supérieure à trois ans est prononcée (dont le maximum est également des deux tiers de la peine et de dix-huit ans au cas de réclusion à perpétuité).

La loi « Sécurité et liberté » du 2 février 1981 ajoute à la liste des infractions ouvrant la période de sûreté de plein droit un certain nombre d'infractions de violence et la prévoit obligatoirement dès que la condamnation prononcée est supérieure à cinq ans au lieu de dix. Mais l'on sait que la loi du 10 juin 1983 a abrogé une partie de cette loi de 1981, si bien que le droit de la période de sûreté est redevenu celui de 1981 (même si des gages sérieux et non plus exceptionnels suffisent pour que la juridiction accorde une réduction de la période de sûreté).

Quatrième loi déjà en 1986. Pas de modification au fond si ce n'est que la réduction ou la suppression de la période en cours d'exécution ne peut plus être envisagée que lorsque les deux tiers de la période sont déjà écoulés. Mais la loi du 9 septembre 1986

apporte un nouvel étage venant se superposer aux échelons existants : dans un certain nombre de cas plus réduits (meurtre accompagné de tortures ou actes de barbarie, meurtre d'un mineur de quinze ans ou d'une personne vulnérable, enlèvement suivi de mort, etc.), qui correspondent pratiquement aux hypothèses qui jusqu'en 1981 étaient punissables de la peine de mort, la période de sûreté de plein droit qui reste de la moitié de la peine et de quinze ans au cas de condamnation à perpétuité peut dorénavant être portée à trente ans au lieu de dix-huit. C'est cette forme allongée de sûreté qui a pu, à juste titre, être considérée comme un substitut à la peine de mort. Mais le château de cartes n'est pas pour autant encore terminé.

Pour le nouveau code pénal, il faut distinguer entre sa partie générale (livre I) et sa partie spéciale (ici le livre II). Sur ce point, la partie générale est le reflet des ambiguïtés du code tout entier, tantôt plus répressif, tantôt moins et les deux à la fois : il allonge la période de sûreté de plein droit de quinze à dix-huit ans au cas de condamnation à perpétuité, mais il limite tout maximum possible à vingt-deux ans et n'ouvre la période de sûreté facultative, indépendante de la nature de l'infraction, qu'à partir d'une peine supérieure à cinq ans au lieu de trois (le rapporteur à l'Assemblée nationale, Ph. Marchand, proposait même sept ans). Quant à la partie spéciale, où figure dorénavant auprès de chaque infraction concernée l'annonce de la période de sûreté de plein droit (par des renvois aux deux premiers alinéas de l'article 132-23), ce qui n'est qu'un changement de technique législative, elle prévoit à son tour un étage supplémentaire pour les hypothèses limitées de meurtre ou assassinat d'un mineur de quinze ans accompagné de viol ou de tortures. Dans ce dernier cas, la cour d'assises peut prononcer trente années de période de sûreté si la condamnation est la réclusion à perpétuité.

M. Jean Favard, non sans humour, constate que peuvent se rencontrer dans une même cellule quatre condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité ayant respectivement vocation à bénéficier de la libération conditionnelle après quinze, dix-huit, vingt-deux ou trente ans selon l'époque de leur crime et la nature de celui-ci... auxquels pourraient se joindre deux autres passés du régime de dix-huit à quinze ans et de trente à vingt-deux (J. Favard, *Les prisons Domino*, Flammarion 1994, p. 104). Et l'auteur d'ajouter : « Comment se convaincre de la valeur d'un système s'il varie au gré des vents ? »

Il ne serait sans doute guère honnête de tenir compte dans cet imbroglio législatif de la loi dite d'adaptation du 16 décembre 1992, car celle-ci s'est bornée à réduire l'article 720-2 du code de procédure pénale (qui était l'un des plus longs de ce code), qui ne constitue plus guère qu'un simple renvoi aux dispositions afférentes du code pénal à ce sujet.

Mais les articles 221-3 et 221-4 du nouveau code, avant même d'être mis en application, ont servi de rampe de lancement à la loi du 1^{er} février 1994. C'est en effet dans ces mêmes hypothèses limitées que la période de sûreté de trente ans peut laisser place, sur décision tout aussi spéciale de la cour d'assises, à une sûreté à vie décidée dans l'arrêt de condamnation. L'incompressibilité ne porte plus seulement sur une période, elle porte alors sur la peine tout entière.

2. *L'institution dans le code pénal d'une peine incompressible*

Sur l'échafaudage que nous venons de reconstituer (échafaudage que certains voudraient bien voir s'écrouler) vient s'ajouter la peine incompressible. Nous sommes là dans l'hypothèse où la condamnation prononcée est la réclusion criminelle à perpétuité pour meurtre ou assassinat d'un mineur de quinze ans accompagné de viol ou de tortures. La période de sûreté selon le nouveau code est de droit de dix-huit ans et peut être portée à trente. La cour peut dorénavant décider que dans l'avenir aucune mesure d'aménagement de la peine ne pourra être prise. Période de sûreté illimitée, a-t-on dit, ou perpétuité à exécuter sans possibilité de sortie.

C'est bien cette peine incompressible que le projet déposé par le gouvernement visait entre autres « pour améliorer, dans un souci de pragmatisme, l'efficacité de la justice pénale ». Le ministre de la Justice a tenu à répondre à l'émotion de l'opinion publique et à satisfaire, si faire se peut, les familles des victimes de viols d'enfants suivis de meurtre. Le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale (Rapport de P. Pasquini, AN, 2 déc. 1993, n° 786) a fait part des risques considérables de récidive en matière d'agressions sexuelles et indiqué nominativement les criminels qui ont violé et tué des enfants au cours de permission de sortir ou pendant leur libération conditionnelle. La seule vraie garantie pour éviter toute récidive est à coup sûr l'emprisonnement à vie.

Dans l'esprit des rédacteurs des nouveaux textes, le domaine d'application de cette mesure doit rester très étroit. Il a été dit que si les viols de mineurs de moins de quinze ans ont été en forte progression (de 45 en 1984 à 326 en 1991), treize personnes seulement entre ces années ont été condamnées pour viol d'un mineur de quinze ans accompagné d'homicide volontaire ; si bien que la sanction exemplaire nouvelle, si elle avait été applicable, n'aurait concerné au mieux que treize criminels en sept ans. La portée de la nouvelle disposition est donc réduite. De plus, son application ne sera que lointaine puisque, par rapport à l'autre option d'une période de sûreté de trente ans, des effets différents ne se produiront au plus tôt qu'en 2024. Les opposants au projet de loi n'ont pas manqué de qualifier ces textes de « trompe-l'œil » et de « loi de circonstance », tout en faisant valoir qu'ils correspondaient à l'établissement d'une « hiérarchie dans les horreurs » et aboutissaient à banaliser d'autres formes de criminalité tout aussi odieuses (les crimes contre l'humanité seraient-ils moins graves ?).

Quoi qu'il en soit, et même si en l'état l'application apparaît ponctuelle et décalée dans le temps, la peine incompressible est maintenant créée et l'éventualité d'une extension par le législateur à d'autres hypothèses n'est pas à écarter.

La place que trouve cette nouvelle peine mérite d'être mise en évidence. Elle n'est certes pas dans la partie générale du nouveau code puisqu'elle ne constitue qu'un rajout (peine complémentaire ou modalité complémentaire d'exécution) portée au livre II dans les articles relatifs au meurtre avec circonstances aggravantes. Elle n'en est pas moins dans le code pénal et le rapprochement à cet égard des dispositions du code pénal et de celui de procédure pénale ne manque pas d'intérêt, car à première lecture les affirmations des deux codes sont en apparence divergentes. Comment imaginer à la lecture du seul code pénal que la peine incompressible... peut devenir compressible ? Cependant la loi du 1^{er} février 1994, tout en introduisant la peine dans un code, apporte en même temps une sorte de démenti dans l'autre. Il est vrai que chaque code doit avoir sa vocation.

3. *L'échappatoire introduite dans le code de procédure pénale*

C'est le Sénat qui, tout en acceptant le principe d'une peine perpétuelle réelle, a voulu en tempérer les effets en créant ce qu'on a appelé au cours des travaux une « grâce judiciaire » ; le condamné aurait tout de même une raison ultime d'espérer un jour une sortie et, pour reprendre une expression plusieurs fois utilisée, ne serait pas ainsi transformé en « bête fauve ». Lorsque le condamné à la peine incompressible aurait purgé au moins trente années de détention, une procédure en deux temps pourrait être mise en œuvre. Dans un premier temps, le juge de l'application des peines pourrait saisir un collège de trois experts médicaux désignés par le bureau de la Cour de cassation qui aurait à se prononcer sur l'état de dangerosité du condamné et, dans un second temps, le garde des Sceaux saisirait une commission composée de cinq magistrats de la Cour de cassation chargée de décider s'il y a lieu de ne plus appliquer la décision d'incompressibilité de la peine prise par la cour d'assises.

C'est à quelque chose près cette procédure qui est portée dorénavant à l'article 720-4 du code de procédure pénale depuis la loi du 1^{er} février 1994. La seule différence est que

le second temps n'est plus précédé d'une intervention du ministre de la Justice ; la commission de magistrats de la Cour de cassation détermine directement, au vu de l'avis du collège d'experts, s'il y a lieu de « mettre fin à l'application de la décision de la cour d'assises ». Dans ce cas, le condamné retrouve le droit commun de l'exécution et peut donc éventuellement bénéficier d'une libération conditionnelle. Le processus est complexe ; comme l'a remarqué un député (A. Marsaud, *déb. parl. Ass. nat.*, 10 déc. 1993, p. 7392), le nombre d'acteurs qui interviendront conduira à diluer les responsabilités le jour où l'acte de récidive se produira... Le juge de l'application des peines ne sera plus seul à porter le chapeau.

Le Sénat a également souhaité que ces détenus condamnés à la peine perpétuelle réelle (qui sont décidément l'objet de beaucoup d'attentions) exécutent dans l'avenir leurs peines dans des établissements assurant un suivi médical et psychologique adapté (disposition introduite à l'article 718 du code de procédure pénale), ce qui devrait conduire à une extension des actuels services médico-psychologiques régionaux à des établissements pour peines. Car sur proposition du rapporteur à l'Assemblée nationale (V. rapport P. Pasquini, n° 786, p. 61, préc.), et bien qu'on puisse voir là une certaine déviation des débats, il a été décidé de faire bénéficier de ces mesures sanitaires tous les condamnés pour infractions sexuelles (art. 222-23 à 222-32 et 227-25 à 227-27), ce qui représente selon les dires du ministre à l'Assemblée nationale environ 4 000 détenus. De plus, dans tous ces cas (sauf évidemment cette fois pour les condamnés à la peine incompressible), les mesures accordées en cours d'exécution par le juge de l'application des peines (mises à part les réductions de peine) ne pourront l'être sans une expertise psychiatrique préalable.

Au sujet de ces extensions on peut poser quelques questions. Qu'en sera-t-il en pratique ? Combien de temps faudra-t-il pour que ces mesures soient mises en application ? Les psychiatres doivent-ils se réjouir de la grande confiance qui leur est faite ? Était-il bien nécessaire d'inclure ici tous les condamnés tant délictuels que criminels, y compris ceux qui le sont pour seule exhibition sexuelle punissable au maximum d'un an d'emprisonnement ? Surtout ne fallait-il pas modifier l'intitulé du titre III de la loi du 1^{er} février 1994 portant « dispositions relatives aux crimes commis contre des mineurs de quinze ans », puisque certaines dispositions incluses dans ce titre sont en réalité applicables en matière délictuelle et plus encore sans que les mineurs de quinze ans soient impliqués ? Enfin fallait-il, selon la nouvelle formulation de l'article 722 du code de procédure pénale, soumettre à la chambre d'accusation le recours éventuel du procureur de la République, alors que la plupart de ces mesures « en droit commun » peuvent être déférées dans le même délai par ce même magistrat au tribunal correctionnel ? La conciliation ou la combinaison des articles 722 et 733-1 risque d'être bien délicate.

Et la peine incompressible suscite aussi bien des questions. Complète-t-elle utilement la période de sûreté (que certains n'ont pas hésité à qualifier d'institution inutile et pernicieuse : P. Poncela, cette *Revue*, 1993, p. 466) ? Constitue-t-elle, avec son palliatif, le substitut à la peine de mort tant attendu ? N'est-elle pas en contradiction avec l'évolution du droit pénitentiaire depuis 1945 ? Répondre à ces questions serait une excellente occasion de repenser tout le droit de l'exécution des peines et d'imaginer autrement sa judiciarisation.

Une remarque pour terminer : il est vraisemblable que l'échappatoire proposée par le Sénat a « sauvé » la loi du 1^{er} février 1994. Car, si la peine réellement incompressible avait été retenue, elle aurait très certainement été déclarée contraire à la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel a été saisi par les sénateurs de l'opposition le 23 décembre 1993 et l'analyse de la décision de conformité en date du 20 janvier 1994 (*JO* du 26 janv., p. 1380) conduit à cette constatation. L'arrêt pose que le principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme s'étend aux mesures de sûreté qui les assortissent ; et c'est seulement parce qu'une procédure

« ouvrant au ministère public et au condamné le droit de saisir le juge de l'application des peines » permet de mettre fin à la décision d'incompressibilité de la cour d'assises « au regard du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité » que ces dispositions ne sont pas contraires au principe de nécessité des peines. Sinon la solution relative à la constitutionnalité du texte eût été autre. L'attendu principal est tout à fait significatif : « Considérant que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion. » La lueur d'espoir, aussi faible soit-elle, est donc bien indispensable... Elle a été salutaire pour le législateur.

D. CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. Droits de l'homme

Renée KOERING-JOULIN

*Professeur à la faculté de droit, de sciences politiques et de gestion
de l'université Robert Schuman de Strasbourg*

Même s'il s'avère toujours du plus grand intérêt pour le pénaliste de prendre connaissance d'une année de jurisprudence de la Cour dans la discipline qui est la sienne, l'enrichissement ainsi obtenu ne peut totalement dissiper le malaise parfois éprouvé. Certes l'encombrement des instances européennes est un fait bien connu, sans aucun doute en voie de règlement; mais que sur vingt-huit arrêts dénombrés, vingt-sept soient rendus par une chambre a de quoi déconcerter. Ainsi, à tort ou à raison, éprouve-t-on quelquefois le sentiment que les hasards de la composition d'une chambre donnent à la décision rendue un caractère sinon hasardeux du moins aléatoire, et ce, qu'il s'agisse d'arrêts constatant une violation ou d'arrêts rejetant les prétentions du requérant...

Article 25

Curieuse espèce que l'affaire *Stamoulakatos c/ Grèce* (26 oct. 1993, série A, n° 271), encore que ce ne soit ni la première ni la dernière fois que les instances européennes divergent dans leurs analyses ! Il s'agissait de savoir si les griefs du requérant (entre autres, il plaidait la violation des articles 6-1 et 6-3 pour n'avoir pas été cité à comparaître dans des procédures conduisant à sa condamnation, et n'avoir donc pu se défendre utilement) entraient dans la compétence *ratione temporis* de la Cour alors même qu'ils visaient des faits antérieurs à la date de prise d'effet de l'acceptation du droit de recours individuel par la Grèce, le 20 novembre 1985. Dans une interprétation favorable au requérant, la Commission a déclaré la requête recevable (sur ces griefs au moins) au motif que si les procès menés par défaut avant 1985 échappaient à sa compétence, il n'en allait pas de même des appels et du recours en annulation formés après 1985. La Cour au contraire, dans une interprétation favorable à l'Etat défendeur, estime que les recours précités « quoique postérieurs à la "date critique" du 19 novembre 1985, ... s'avèrent étroitement liés aux procédures ayant abouti à sa condamnation : tant dans ses appels que dans ses demandes en annulation et en révision, il dénonçait l'irrégularité des citations à comparaître et de la signification des jugements rendus par défaut. Dissocier ces recours des faits qui les avaient suscités équivaldrait à priver d'effet, en l'espèce, la déclaration grecque précitée... » (§ 33). Et la Cour d'accueillir à l'unanimité l'exception soulevée par le gouvernement grec. Pourtant, quelque fondée en droit que soit cette solution, on ne

peut que déplorer l'effet produit par une telle contrariété de jurisprudences au sein même des instances européennes¹.

I. - DROITS SUBSTANTIELS

Article 3

Alors qu'on souhaiterait révolue l'approche, sous l'angle de l'article 3, des comportements policiers, elle demeure d'une regrettable actualité. Un an après l'arrêt *Tomasi* (27 août 1992, série A, n° 241 A) condamnant la France de ce chef, c'est un arrêt *Klaas c/ Allemagne* (22 sept. 1993, série A, n° 269)² qui pose à nouveau le problème mais lui donne une réponse opposée : par six voix contre trois la Cour, se séparant de la Commission, refuse de considérer comme des traitements inhumains et dégradants les violences corporelles infligées par deux policiers à la requérante lors de son arrestation pour conduite en état d'imprégnation alcoolique. En une motivation manquant d'ailleurs de fermeté, la Cour faisant peser la preuve de l'usage immodéré de la force policière sur la requérante conclut, à l'instar des juridictions internes devant lesquelles l'intéressée a tenté, en vain, d'obtenir satisfaction, que cette preuve n'est pas rapportée ; en effet, la Cour estime ne posséder « aucune donnée convaincante qui puisse l'amener à s'écarter des constatations de fait des juges nationaux » (§ 30). Cette solution suscite les vives critiques des juges minoritaires, notamment français et luxembourgeois ; pour ce dernier « ... il appartient à la Cour... d'évaluer les preuves, et non pas au tribunal régional de D... ou à la cour d'appel de X... » ; pour le premier, le fardeau de la preuve ainsi lourdement posé sur les épaules du requérant fait fi d'une part des rapports du Comité européen contre la torture en matière de brutalités policières (y compris surtout le rapport relatif à l'Allemagne), d'autre part des enseignements des écoles de police européennes et des codes européens de déontologie policière.

Article 5

La question d'une éventuelle violation de l'une ou l'autre disposition de l'article 5 est abordée au fond et directement par deux arrêts et, de manière indirecte, par le biais d'une réserve (art. 64) ou de la dérogation de l'article 15, par deux autres arrêts.

L'affaire *W. c/ Suisse* (26 janv. 1993, série A, n° 254³) traite de la détention avant jugement à travers la durée de cette détention (art. 5-3). Le requérant, poursuivi pour plusieurs infractions économiques dont des escroqueries, avait subi une détention provisoire de quatre ans et trois jours. La Cour, après avoir rappelé que l'incarcération avant jugement « ne se justifie, dans une espèce donnée, que si des indices révèlent une véritable exigence d'intérêt public prévalant, nonobstant la présomption d'innocence, sur la règle du respect de la liberté individuelle » (§ 30), examine la pertinence des motifs avancés par les juridictions suisses pour maintenir W. en détention, puis la diligence manifestée par les magistrats dans la conduite de la procédure. Eu égard aux motifs, et contrairement à l'avis de la Commission (§ 145 du rapport en date du 10 sept. 1991), la Cour se rallie à l'opinion des magistrats helvétiques, dont elle salue les décisions scrupuleusement motivées, pour conclure à la pertinence et à la suffisance du danger de fuite et du danger de collusion ; quant à la conduite de la procédure, « elle ne discerne aucune période pendant laquelle les enquêteurs n'aient pas procédé aux recherches avec

1. V. Flauss, *AJDA*, 1994, p. 16 et s., not. p. 17, reprochant à la Cour son acharnement à vouloir se comporter comme un juge d'appel des décisions de recevabilité de la Commission.

2. V. Flauss, *AJDA*, 1994, p. 29.

3. V. Sudre, *JCP* 1994.I.3742, n° 8.

la promptitude nécessaire, ni aucun ralentissement dû à un éventuel manque d'effectifs ou d'équipements » (§ 42) ; et elle impute la durée de la détention « pour l'essentiel, à l'exceptionnelle gravité de l'affaire et au comportement du requérant » (*ibid*). La légitimation par la Cour européenne d'une détention provisoire aussi longue en matière correctionnelle ne pouvait être acquise à l'unanimité ; en ce sens, on lira avec le plus grand intérêt les opinions dissidentes émises notamment par le juge belge et le juge français ; on comparera ainsi leurs « manières » respectives, à savoir le laconisme incisif du juge De Meyer qui considère comme inacceptable une telle atteinte portée à la liberté individuelle et à la présomption d'innocence, et l'analyse dense et circonstanciée du juge Pettiti pour lequel cet arrêt contredit autant la jurisprudence traditionnelle de la Cour que les pratiques européennes internes en matière correctionnelle ; d'où le regret exprimé (et partagé) que l'affaire n'ait pas été portée en plénière... Une remarque s'impose à la lecture de cet arrêt, serait-il l'arrêt d'une chambre : les velléités manifestées par la Commission ⁴ de ressusciter la notion de plafond de détention provisoire semblent bien condamnées.

Dans l'affaire *Navarra c/ France* (23 nov. 1993, série A, n° 273 B), le requérant, inculpé de vol à main armée puis bénéficiaire d'un non-lieu, se plaignait de ce qu'un appel formé contre une ordonnance de rejet d'une demande de mise en liberté n'ait été examiné qu'au bout de sept mois, soit en violation de l'exigence du « bref délai » de l'article 5-4. Refusant toute appréciation temporelle abstraite de cette notion (ce qui aurait donné gain de cause au requérant), la Cour se livre à une analyse concrète et globale du cheminement judiciaire de la demande de liberté tant au regard des dispositions du droit français ⁵ qu'au regard de l'objectif de protection contre l'arbitraire poursuivi, en droit européen, par l'article 5-4. Constatant qu'entre le 25 mars et le 24 octobre 1986 la procédure fut ponctuée par l'intervention de trois arrêts (deux de chambres d'accusation et un de la Cour de cassation) sans que le requérant n'usât de son droit à former une nouvelle demande d'élargissement, la Cour, tout en exprimant les doutes qu'elle éprouve sur la durée de cet examen, conclut à l'unanimité au respect de l'article 5-4.

Si l'arrêt *Brannigan et Mac Bride c/ Royaume-Uni* (Cour plénière 26 mai 1993, série A, n° 258 B ⁶) traite lui aussi de la détention avant jugement au sens de l'article 5-3 ⁷, son véritable objet vise les conditions de mise en œuvre du droit de dérogation de l'article 15 CEDH « en cas de guerre ou... d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Les deux requérants (le second est entre-temps décédé) arrêtés au début de l'année 1989 en Irlande du Nord, dans le cadre de la lutte anti-terroriste, sont placés en garde à vue administrative, le premier plus de six jours et le second plus de quatre jours. *A priori* identique à l'affaire *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* (29 nov. 1988, série A,

4. V. déjà *Birou c/ France*, rapport de la Commission du 17 avril 1991, § 47 ; sur cette notion V. Koering-Joulin, *Les affaires Birou et Tomasi et la détention avant jugement, Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, sous la direction de F. Sudre, éd. Engel 1994, p. 185 et s.

5. Le gouvernement français a tenté de soutenir que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes faute pour lui d'avoir intenté contre l'Etat une action en réparation sur le fondement de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire. La Cour a écarté l'exception au motif notamment que les conditions d'ouverture très strictes posées à l'exercice de ce recours le privent d'effectivité (V. déjà *Vernillo c/ France*, 20 févr. 1991, Série A, n° 198, § 27, relatif à la durée d'une procédure civile).

6. V. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1993, p. 818 et s. ; Flauss, *AJDA*, 1994, p. 29 et 30.

7. La Cour aborde également dans cet arrêt, et pour la première fois à notre connaissance, la question de savoir en quoi consiste, au regard de l'article 4-1 du Pacte de l'ONU, l'« acte officiel » par lequel un Etat membre proclame « un danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation ». Les requérants soutenaient un effet, en l'espèce, que faute de cet « acte officiel », la dérogation du Royaume-Uni se trouvait « en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». La Cour estime que la déclaration du ministre de l'Intérieur, devant la Chambre des communes, le 22 déc. 1988, expliquant les raisons pour lesquelles le Royaume-Uni a décidé d'user du droit de dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention et de l'article 4 du Pacte, « cadrerait bien avec la notion de proclamation officielle » (§ 73). Comme le souligne M. Flauss (*AJDA*, 1994, p. 30), « la Cour de Strasbourg arrête, s'agissant d'une disposition du Pacte onusien de 1966, une interprétation non pas authentique, mais constituant pour le moins un précédent difficilement contournable ».

n° 145 B, où le même type de garde à vue, d'une durée de quatre jours et six heures fut déclaré contraire à l'article 5-3), l'affaire étudiée s'en distingue dans la mesure où, au lendemain de l'arrêt *Brogan*, le Royaume-Uni informait le secrétaire général du Conseil de l'Europe que son gouvernement entendait se prévaloir du droit de dérogation précité. Renouant avec sa jurisprudence *Irlande c/ Royaume-Uni* (18 janv. 1978, série A, n° 25), la Cour rappelle que la mise en œuvre de l'article 15 relève d'une large marge d'appréciation sans pour autant que celle-ci échappe à tout contrôle européen ; en effet, la Cour s'autorise à apprécier « la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé » (§ 43). Et, comme il fallait s'y attendre, après avoir analysé la réalité de l'état d'urgence, la date de la dérogation, l'opportunité d'opter pour une détention administrative plutôt que judiciaire (en raison du nombre réduit et de la vulnérabilité aux attaques terroristes du corps judiciaire), enfin l'effectivité des différentes garanties offertes aux détenus, la Cour, par vingt-deux voix contre quatre, conclut « que le gouvernement n'a pas excédé sa marge d'appréciation en considérant que la dérogation répondait aux strictes exigences de la situation » (§ 66). Pourtant, quelle que soit la réalité et la gravité du terrorisme en Irlande du Nord, cet arrêt suscite une interrogation : en utilisant à nouveau sa faculté de dérogation, quelques semaines après l'arrêt *Brogan*, le gouvernement britannique n'a-t-il pas « tenté de se soustraire aux conséquences de cet arrêt » ? (opinion dissidente de M. De Meyer et dans le même sens de M. Pettiti).

Quant à l'arrêt *Chorherr c/ Autriche* (25 août 1993, série A, n° 266 B ; V. également *infra* sous art. 10⁸), il a trait aux conditions de validité des réserves posées par l'article 64 CEDH, à travers le jeu de l'article 5. Le requérant, arrêté et détenu quelques heures par la police pour avoir délibérément perturbé le déroulement d'une cérémonie militaire, plaidait la violation de l'article 5-1 c : il estimait en effet ne pas avoir troublé l'ordre public par un comportement de nature à causer le scandale, au sens de la loi autrichienne sur la procédure administrative. Le gouvernement répliquait que cette loi était couverte par la réserve exprimée lors du dépôt de l'instrument de ratification de la Convention en 1958, et ainsi libellée : « les dispositions de l'article 5 de la Convention seront appliquées sans préjudice des dispositions des lois de procédure administrative BGB 1 (*Journal officiel fédéral* n° 172/1950), concernant les mesures de privation de liberté qui resteront soumises au contrôle postérieur de la Cour administrative ou de la Cour constitutionnelle... ». Or, le requérant contestait la validité de cette réserve au motif qu'elle était contraire d'une part à l'article 64-1 CEDH parce que générale, d'autre part à l'article 64-2 parce que lui faisait défaut « un bref exposé de la loi en cause ». Comme la Commission, la Cour repousse à l'unanimité les deux griefs, sur le fondement notamment de sa jurisprudence *Belilos c/ Suisse* (28 avr. 1988, série A, n° 132). Elle rappelle d'abord que par réserve générale « l'article 64 entend notamment une réserve rédigée en des termes trop vagues ou amples pour qu'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exact » (§ 19) ; or elle relève qu'en l'espèce la réserve autrichienne englobe « un nombre limité de lois » formant « un système bien circonscrit et cohérent de dispositions administratives de fond et de procédure » (*ibid.*) et qu'en outre toutes ces lois se trouvaient en vigueur au 3 septembre 1958, date de la ratification de la CEDH par l'Autriche. Elle estime ensuite que l'exigence du « bref exposé » est satisfaite dès l'instant que « le renvoi au *Journal officiel fédéral* – précédé du reste d'une mention de l'objet des textes dont il s'agit – permet à chacun d'identifier avec précision les lois en question et de se renseigner sur elles » (§ 21). En conséquence, la réserve se révélant compatible avec l'article 64, la Cour constate l'absence de violation de l'article 5.

8. V. Flauss, *AJDA*, 1994, p. 17 et 18.

Article 8

1. Le droit à la vie privée de l'homme de la rue

Dans l'affaire *Modinos c/ Chypre* (22 avr. 1993, série A, n° 259⁹), la condamnation de l'Etat défendeur n'est pas une surprise ; comme dans les affaires *Dudgeon c/ Royaume-Uni* (22 oct. 1981, série A, n° 45) et *Norris c/ Royaume-Uni* (26 oct. 1988, série A, n° 142), une législation pénalisant les relations homosexuelles entre adultes et en privé se voyait contestée ; en outre, comme dans l'affaire *Norris*¹⁰, le requérant se présentait devant les instances européennes non comme une victime effective mais comme la victime virtuelle d'une application possible de ladite législation. Bien que le gouvernement cyprite ait tenté de plaider la quasi-abrogation par désuétude de la législation incriminée, la Cour ne le suit pas ; certes, elle lui concède que depuis l'arrêt *Dudgeon*, l'*attorney general*, maître des poursuites, « a pour politique constante de ne pas en intenter pour des actes homosexuels accomplis en privé, partant de l'idée que la loi pertinente est lettre morte... » (§ 23). Pourtant, ajoute-t-elle, cette pratique ne garantit pas qu'un futur *attorney general* continuera à ne pas appliquer la loi ; en outre, le requérant ne se trouve à l'abri ni d'investigations policières, ni de poursuites engagées par des particuliers. Et par huit voix contre une, la Cour conclut à la violation de l'article 8.

2. Le droit à la vie privée de l'« accusé » lato sensu

● Ecoutes téléphoniques

Des écoutes téléphoniques remontant à 1980 ont conduit à nouveau à une condamnation de la France pour violation de l'article 8 (A. 23 nov. 1993, série A, n° 277 B). Mme A. après avoir été inculpée en 1981, entre autres de tentative d'homicide volontaire sur M. de Varga, bénéficie dix ans plus tard d'un non-lieu. Or à l'origine de son inculpation se trouve justement l'enregistrement litigieux : l'un des futurs co-accusés de la requérante avait prévenu un commissaire divisionnaire que Mme A. l'avait chargé d'assassiner M. de Varga. Et pour preuve de la réalité de ses dires, il proposait au fonctionnaire de police de téléphoner devant lui à Mme A. afin que le fonctionnaire puisse procéder à l'enregistrement de la conversation. Dans le cadre de l'instruction ouverte ultérieurement du chef de tentative d'homicide volontaire, le juge d'instruction ordonna que la cassette lui soit remise. Mme A. porte plainte contre les deux acteurs de l'enregistrement mais en vain : les juridictions françaises repoussent ses prétentions¹¹. La requérante s'adresse alors aux instances européennes. La Commission, par neuf voix contre une, puis la Cour à l'unanimité concluent qu'il y a eu ingérence dans le droit de Mme A. au respect de sa « correspondance » (V. *Kruslin c/ France*, 24 avr. 1990, série A, n° 176 A, § 26) et que cette ingérence était dépourvue de toute base en droit interne. La condamnation était inévitable : comme l'a reconnu le gouvernement lui-même, la mesure n'était même pas conforme à la jurisprudence de l'époque (V. par ex. *Crim.* 9 oct. 1980, *Bull.* n° 255) qui, pour tenter de donner un visage juridique acceptable au procédé, exigeait notamment que l'écoute intervînt dans le cadre d'une procédure judiciaire, et qu'elle fût ordonnée par un magistrat instructeur.

9. V. Sudre, *JCP* 1994, chron. précitée n° 3 et 28.

10. *Dudgeon*, lui, avait fait l'objet d'une mesure précise d'exécution de la part de la police même si ultérieurement aucune poursuite n'avait été engagée contre lui.

11. Le gouvernement soulevait une exception d'irrecevabilité tirée de ce qu'en l'espèce, le pourvoi en cassation n'ayant aucune chance d'aboutir, le délai de six mois à observer pour saisir la Commission commençait à courir à partir de l'arrêt frappé de pourvoi. La Cour rappelle qu'à supposer même qu'il fût probablement voué à l'échec, l'introduction du pourvoi « ne constituait... pas une initiative futile » (§ 30).

● *Visites domiciliaires et saisies*

Les affaires *Funke, Crémieux et Miaille c/ France*¹² (25 févr. 1993, série A, n° 256 A, B et C) posaient la question de savoir si le droit français (antérieur aux réformes de 1986 et 1989) des visites domiciliaires et des saisies de documents pratiquées par des agents des douanes était compatible avec le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance de la personne soupçonnée. Alors que la Commission (par six voix contre six, mais avec la voix prépondérante de son président) a conclu à la non-violation de l'article 8, la Cour, par huit voix contre une, a estimé le contraire. Lors de l'examen de l'ingérence litigieuse, la Cour commence par refuser de trancher la question de savoir si, comme l'a pensé la Commission et soutenu le gouvernement français, l'article 64 C D complété par une abondante jurisprudence assurant un contrôle *a posteriori* fort efficace, satisfaisait ou non à l'exigence d'une prévision légale de qualité ; elle remarque ensuite brièvement que le but poursuivi par le droit en vigueur (« le bien-être économique du pays ») est légitime ; enfin, et c'est sur ce seul élément qu'elle assoit sa condamnation, la Cour se penche sur le caractère nécessaire des mesures incriminées et conclut à leur disproportion. Certes, reconnaît-elle, les États éprouvant les plus grandes difficultés à lutter contre l'évasion des capitaux et des impôts, on comprend qu'ils recourent à des procédés tels que les visites domiciliaires et les saisies afin d'établir la preuve des faits et de poursuivre éventuellement leurs auteurs. Mais, ajoute-t-elle, « encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus » (§ 56, arrêt *Funke*) ; or, en l'espèce, il n'en allait pas ainsi à l'époque des faits ... « l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges ; elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le gouvernement apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché » (§ 57¹³). Ajoutons que sur le terrain de l'article 50 CEDH, si le préjudice moral de M. Funke a été réparé à hauteur de 50 000 F, celui de M. Miaille pour un montant de 50 000 F et de Mme Miaille pour 25 000 F chacune (28 nov. 1993, série A, n° 277 C), en revanche, la Cour a estimé, s'agissant de M. Crémieux, que l'arrêt constatant la violation constituait pour lui une satisfaction équitable suffisante de son dommage moral.

Article 9

Dans l'affaire *Kokkinakis c/ Grèce* (25 mai 1993, série A, n° 260 A¹⁴) le requérant, témoin de Jéhovah condamné pénalement à plusieurs reprises pour infraction de prosélytisme¹⁵, plaidait essentiellement l'atteinte portée à l'exercice de sa liberté de religion. L'affaire était d'importance puisque, comme le rappelle M. Pettiti dans son

12. Sur les trois arrêts V. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1993, p. 581 et s. ; Renucci, *D.* 1993.Somm. comm. p. 388 ; Sudre, *JCP* 1994, chron. précitée n° 29. Sur l'arrêt *Funke*, *adde JCP* 1993.II.22073 R. et A. Garnon ; *D.* 1993, p. 457, note Pannier. *Adde.* Dugrip, *La conformité du droit des visites domiciliaires en matière de concurrence, douanière et fiscale*, avec l'article 8 CEDH. *Le droit français et la CEDH*, préc. p. 143 et s.

13. Précisons que dans l'arrêt *Funke*, la Cour ajoute à ces considérations générales une observation particulière tenant à ce que l'administration des douanes ne porta jamais plainte contre le requérant pour infraction à la réglementation relative aux relations financières avec l'étranger. Dans l'arrêt *Miaille*, son observation particulière a trait au caractère massif et indifférencié des saisies subies par les requérants : « ... à telle enseigne que les douanes jugèrent sans intérêt pour l'enquête plusieurs milliers de documents et les restituèrent aux intéressés » (§ 39).

14. Sur le rapport de la Commission en date du 3 décembre 1991, V. Flauss, *Petites affiches*, 1992, n° 85, p. 22.

15. Le prosélytisme est défini par la loi grecque comme « toute tentative directe ou indirecte de pénétrer dans la conscience religieuse d'une personne de confession différente dans le but d'en modifier le contenu... » par toutes sortes de prestations, secours, moyens frauduleux, abus...

opinion partiellement concordante, c'est « la première véritable procédure concernant la liberté de religion portée devant la Cour européenne ». La Commission à l'unanimité, puis la Cour par six voix contre trois, ont conclu à la violation de l'article 9. La Cour commence par aborder la question en termes de « principes généraux », ce qui lui permet de rappeler que, conformément à la lettre de l'article 9 CEDH, « si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle "implique" de surcroît, notamment, celle de " manifester sa religion " ... ; en outre, elle comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un " enseignement ", sans quoi du reste " la liberté de changer de religion ou de conviction ", consacrée par l'article 3, risquerait de demeurer lettre morte » (§ 31). Puis la Cour examine l'application de ces principes au cas d'espèce, en précisant qu'elle « se bornera autant que possible, à examiner le problème soulevé par le cas concret dont elle se trouve saisie » (§ 35), ce que lui reprochera le juge français qui aurait préféré une condamnation en soi de la législation pénale grecque relative au prosélytisme. Eu égard à l'exigence de prévision légale de l'infraction, la Cour s'en satisfait compte tenu de ce qu'une jurisprudence « constante..., publiée et accessible » (§ 40) des juridictions grecques complétait la loi de manière « à permettre à M. Kokkinakis de régler sa conduite en la matière » (*ibidem*). Le but légitime poursuivi par la législation grecque, à savoir la « protection des droits et libertés d'autrui » paraissant à la Cour satisfait, il reste à celle-ci à analyser le caractère nécessaire des condamnations prononcées par les juridictions nationales à l'encontre du requérant. Soulignant qu'il importe de clairement distinguer le « témoignage » licite du « prosélytisme abusif » illicite, à l'instar, ajoute la Cour, de ce que semble faire la législation concernée (mais on notera la rédaction hésitante de l'arrêt sur ce point, § 48, al. 2), la Cour relève que les juridictions se sont contentées de reproduire le texte de loi « sans préciser suffisamment en quoi le prévenu aurait essayé de convaincre son prochain par des moyens abusifs » (§ 49). Dès lors, conclut-elle, la condamnation du requérant n'obéissant pas à un « besoin social impérieux », la mesure incriminée n'était « pas proportionnée au but légitime poursuivi ni, partant, "nécessaire dans une société démocratique", "à la protection des droits et libertés d'autrui" » (*ibid.*). En cantonnant de la sorte la portée de la condamnation prononcée aux seules décisions des juridictions grecques, la Cour esquivait la vraie question à elle posée : l'article 9 CEDH pouvait-il s'accommoder de la définition donnée au prosélytisme par une loi qui plus est pénale ? On rejoindra donc M. Pettiti lorsque, entre autres reproches adressés à l'arrêt, il écrit : « La formulation adoptée par la majorité de la Cour pour conclure à la violation, à savoir que la condamnation de l'intéressé ne se justifiait pas dans les circonstances de la cause, laisse trop de place à une interprétation ultérieure, répressive de la part des juridictions grecques, alors que c'est l'exercice de l'action publique qui doit aussi être contrôlé... ».

Article 10

Dans l'affaire *Chorherr c/ Autriche* précitée, le requérant, arrêté quelques heures pour avoir troublé une cérémonie militaire, plaidait la violation de son droit à la liberté d'expression. La Cour examine d'abord l'exigence de la prévision légale de l'ingérence et, contrairement à l'argumentation du requérant, conclut que la disposition de la loi sur la procédure administrative prévoyant que « quiconque trouble l'ordre public par un comportement de nature à causer le scandale... commet... une infraction administrative », telle qu'interprétée par les autorités nationales, est satisfaite ; elle observe ensuite que, compte tenu de l'attitude perturbatrice du requérant durant le défilé militaire, son arrestation par la police « poursuivait au moins l'une des fins légitimes au regard de l'article 10, paragraphe 2 : assurer la défense de l'ordre » (§ 29) ; enfin, et contrairement à la Commission (mais celle-ci par sept voix contre sept, avec la voix prépondérante de son président), la Cour n'estime pas l'ingérence disproportionnée : compte tenu d'une part du comportement du requérant qui, alors même qu'il gênait le déroulement de la

manifestation (les hautes pancartes exhibées gênaient la vue de certains spectateurs), refusait d'obtempérer aux ordres de la police, d'autre part de l'ampleur effective et symbolique de la cérémonie militaire susceptible de « justifier un renforcement du dispositif destiné à en garantir la bonne fin » (§ 33), l'arrestation du requérant suivie de sa libération une heure et demie après la fin de la manifestation n'eut « rien d'excessif » (*ibid.*). En conséquence, on peut penser avec la Cour qu'il existait « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé » (§ 34).

II. – DROITS PROCESSUELS

Article 6.1

1. *Impartialité objective*

Quatre arrêts illustrent l'exigence d'impartialité objective du tribunal compétent pour examiner le bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

Dans l'affaire *Fey c/ Autriche* (24 févr. 1993, série A, n° 255 ¹⁶), le requérant se plaignait d'avoir été traduit, pour escroquerie, devant le juge même qui, durant la phase préparatoire, avait accompli divers actes d'instruction à son égard ; il invoquait à l'appui de sa requête la jurisprudence *De Cubber c/ Belgique* (26 oct. 1984, série A, n° 86) selon laquelle une telle confusion des rôles « a de quoi inspirer des appréhensions légitimes » au requérant. Pourtant, au nom d'une appréciation *in concreto* qui, au fil des arrêts, de distinguo en distinguo, finit par plonger tous juristes confondus dans des abîmes de perplexité ¹⁷, la Cour, à l'inverse de la Commission, affirme que, si dans l'affaire belge « l'impartialité du tribunal... avait pu sembler au requérant sujette à caution, notamment parce qu'un des juges avait mené des investigations approfondies comportant de nombreux interrogatoires de l'accusé... » (§ 35), en l'espèce, il n'apparaît pas que les diverses mesures prises par le magistrat avant le procès fussent propres à l'amener à préjuger du fond » (§ 34). On peut regretter le silence conservé par la Cour sur le fait que, en l'espèce, le magistrat autrichien siégeait à juge unique, ce qui, à notre sens, pouvait renforcer la crainte éprouvée par le requérant. On peut aussi plus simplement, à l'instar du juge Spielmann dans son opinion dissidente, réfuter le principe même d'une distinction « entre investigations approfondies et investigations moins approfondies ».

Dans l'affaire *Padovani c/ Italie* (2 févr. 1993, série A, n° 257 B ¹⁸), le requérant avait été traduit en « flagrant délit », devant le juge d'instance après que celui-ci l'avait entendu sur les faits, avait confirmé son arrestation, puis l'avait cité à comparaître devant sa juridiction. Autrement dit, le magistrat italien cumulait les fonctions du ministère public et du juge de jugement. Une telle situation a paru à la Commission, à une très forte majorité, contraire à l'exigence d'impartialité objective « quelle que puisse avoir été, par ailleurs, l'activité déployée par ce magistrat dans le cas concret » (rapport du 2 juin 1991, § 34). Pour la Cour au contraire, et à l'unanimité, même « si pareille situation pouvait susciter des doutes chez l'intéressé, on ne saurait pour autant les considérer comme objectivement justifiés » (§ 28). Ce qui fait éprouver à M. Sudre des... appréhensions légitimes : « ... la jurisprudence "séparatiste" de la Cour, écrit-il, interdisant à un juge

16. V. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1993, p. 369 ; Sudre, *JCP* 1994, chron. précitée, n° 18.

17. La chose est particulièrement grave pour les magistrats. En ce sens, V. l'opinion dissidente du juge Martens : la situation de la Cour au sein de la communauté juridique instituée par la Convention... « commande à la Cour de ne pas fonder ses décisions (uniquement) sur les particularités de l'espèce, mais de s'efforcer (en outre) de les motiver, si possible, de manière à donner des directives claires aux juridictions et autorités nationales pour la catégorie d'affaires concernée ».

18. V. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1993, p. 369 ; Sudre, *JCP* 1994, chron. précitée, n° 18.

ayant connu de l'affaire avant la phase de jugement de juger au fond, paraît progressivement s'effiloche : si cette jurisprudence laxiste est de nature, par sa souplesse, à éviter aux petites juridictions de réelles difficultés d'organisation, elle ne renforce pas, à notre sens, la sécurité juridique. »

L'affaire *Nortier c/ Pays-Bas* (24 août 1993, série A, n° 267)¹⁹ a connu un grand retentissement en France parce qu'elle posait une question de principe aisément transposable dans notre procédure : dans ses fonctions cumulées de magistrat instructeur et de juge de jugement, le juge des mineurs contrevient-il à l'exigence d'impartialité objective ? La Cour se garde d'apprécier abstraitement le système juridique néerlandais pour se livrer à une analyse concrète de la manière dont le magistrat s'est comporté en l'espèce, et conclure à l'unanimité que la crainte du requérant de voir le juge manquer d'impartialité n'était pas objectivement justifiée. En revanche, elle refuse d'aborder, comme le souhaitait le gouvernement et certains membres de la Commission²⁰ (la Cour plénière l'aurait-elle fait ?), la question de savoir si l'article 6 doit s'appliquer à une procédure pénale dirigée contre un mineur de la même manière que s'il s'agissait d'un adulte. Il est donc permis de préférer à cet arrêt laconique et casuiste, l'opinion concordante du juge Morenilla qui souligne bien la spécificité du droit et de la juridiction des mineurs, liée au but essentiellement rééducatif poursuivi. C'est d'ailleurs ce message que passe avec autant de hauteur que de clarté le procureur général après la cour d'appel de Reims dans le pourvoi qui a conduit à l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993²¹ : « ... identifier de manière générale et absolue "impartialité" et "incompatibilité fonctionnelle" est réducteur et infondé ; les finalités propres à la juridiction des mineurs, la primauté des facteurs psychologiques, la recherche d'une influence sur les structures mentales du mineur, appellent entre celui-ci et son juge une relation singulière d'autant plus nécessaire que les intervenants éducatifs sont plus nombreux et variés ; ... en conséquence, l'unicité du magistrat, au long du cursus procédural, favorable à cette relation singulière, n'est qu'une modalité parmi d'autres de la spécificité procédurale nécessaire à la juridiction pour mineurs ».

Reste l'affaire *Holm c/ Suède* (25 nov. 1993, série A, n° 279 A). Le requérant, s'estimant victime d'une diffamation aggravée, voit ses accusations et sa demande de dommages et intérêts rejetées par le tribunal. Or ce tribunal était composé, entre autres, de neuf jurés parmi lesquels cinq membres d'un parti politique auquel appartenait également l'auteur présumé des écrits diffamatoires. M. Holm plaidait donc le défaut d'indépendance et d'impartialité objective des cinq jurés membres du même parti que celui qu'ils avaient à juger. Le Cour conclut que l'indépendance et l'impartialité du tribunal étaient sujettes à caution et ce, d'autant plus que les réponses négatives sur la culpabilité données par le jury liaient le tribunal dans son entier et même la cour d'appel ; de la sorte, « le vice entachant la procédure au premier degré ne pouvait se corriger au second » (§ 33).

2. *Durée raisonnable de la procédure*

Quelle que fût l'exceptionnelle complexité de l'affaire *Dobbertin*, en raison notamment de la gravité des faits reprochés à l'intéressé (intelligences avec des agents d'une puissance étrangère), il fallait s'attendre à ce que l'accusé vint se plaindre à Strasbourg de la durée excessive de la procédure dirigée contre lui, à savoir un peu plus de douze ans et dix mois. Le gouvernement français a tenté de plaider que la suppression de la Cour de sûreté de l'Etat d'abord, des tribunaux permanents des forces armées ensuite, puis la transmission du dossier aux juridictions de droit commun, justifiaient ce retard. En vain. La Cour²²

19. V. Sudre, *JCP* 1994, chron. précitée, n° 19.

20. V. opinion concordant de MM. Trechsel et autres.

21. *JCP* 1993.II.22 151, note Allaix ; *D.* 1993, p. 553, note Pradel.

22. 25 février 1993, série A, n° 256 D ; V. Renucci, *D.* 1993.Somm.comm. p. 384 ; Sudre, *JCP* 1994, chron. précitée, n° 20.

conclut à l'unanimité à la violation de l'article 6-1 en relevant notamment que « si la Cour de sûreté de l'Etat puis le tribunal permanent des forces armées de Paris paraissent avoir montré la diligence voulue, ... après les avoir supprimés, les pouvoirs publics n'adoptèrent aucune mesure pour assurer un traitement rapide des causes qui demeureraient pendantes, dont celle du requérant » (§ 44). M. Dobbartin a reçu 200 000 F en réparation du tort moral subi ; en revanche, les frais et dépens ne lui ont été remboursés qu'en égard à « la fraction excédentaire imputable au dépassement du "délai raisonnable" » (§ 51).

Quant à l'arrêt *Bunkate* (26 mai 1993, série A, n° 248 B), il a permis à la Cour de condamner à l'unanimité les Pays-Bas pour violation de l'article 6-1, « une phase d'inactivité totale de quinze mois et demi » des juridictions pénales néerlandaises, ayant été jugée inacceptable (§ 23).

Article 6.2

Le droit à la présomption d'innocence est garanti à « l'accusé » tout au long du procès, sous des formes variées : c'est elle qui interdit à un magistrat de manifester, par ses propos ou attitudes, la supposition voire la conviction que l'accusé est coupable (Comm. rapport, 30 mars 1963, *Autriche c/ Italie*, Ann. Conv., vol. 6, p. 740), c'est elle encore qui fait peser la charge de la preuve de la culpabilité sur le ministère public, le doute devant profiter à l'accusé (rapport préc., p. 783), c'est toujours elle qui condamne, dans certaines circonstances, tel mode de classement d'une affaire « ... donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable » (*Minelli c/ Suisse*, 25 mars 1983, série A, n° 62, § 37). Mais la présomption d'innocence intéresse aussi l'après-procès, comme le montre l'affaire *Sékanina c/ Autriche* (25 août 1993, série A, n° 266 A). Le requérant, poursuivi pour l'assassinat de sa femme mais acquitté en cour d'assises, réclamait une indemnisation pour détention provisoire abusive ; sa demande fut repoussée par les juridictions du premier et du second degré au motif que, malgré la décision d'acquiescement, tous les soupçons pesant sur lui n'avaient pas été dissipés. La Cour (comme avant elle la Commission) conclut à l'unanimité à la violation de l'article 6-2 : en effet, si « l'expression de soupçons sur l'innocence d'un accusé se conçoit tant que la clôture des poursuites pénales n'emporte pas décision sur le bien-fondé de l'accusation, on ne saurait s'appuyer à bon droit sur de tels soupçons après un acquiescement définitif » (§ 30)²³.

En revanche, dans l'affaire *Kremzow c/ Autriche* (21 sept. 1993, série A, n° 268 B), la Cour n'a pas retenu la violation de la présomption d'innocence : condamné pour le meurtre de celui qu'il avait escroqué, le requérant reprochait à la Cour suprême chargée d'examiner l'appel formé contre cette décision de condamnation d'avoir énoncé qu'il avait accompli ce meurtre pour « couvrir ses propres délits financiers ». La Cour refuse l'analyse du requérant : ce dernier « avait déjà été convaincu de meurtre et... les remarques de la Cour suprême concernaient uniquement le mobile du crime ». En outre, ajoute la Cour : « la mention de "délits financiers" ne peut s'interpréter comme le constat d'une infraction précise imputable au requérant » (§ 77).

Articles 6.1 et 6.3

– Article 6-1 et 6-3 b et c

Le droit « à la défense » *stricto sensu* est illustré à des titres divers par quatre affaires.

Dans l'affaire *Imbroscia c/ Suisse* (24 nov. 1993, série A, n° 275), le requérant, poursuivi

23. Comp. *Englert et Nölken-Bockhoff c/ Allemagne*, 25 août 1987, série A, n° 123 : les poursuites dirigées contre les requérants ayant pris fin, l'une en raison de l'insignifiance de la peine encourue, l'autre en raison du décès de l'accusé, donc avant toute décision définitive sur le fond, la Cour n'a pas considéré le refus d'indemniser la détention subie comme contraire à l'article 6-2 CEDH.

pour infraction à la loi sur les stupéfiants, se plaignait de ne pas avoir bénéficié de l'assistance d'un avocat lors d'interrogatoires conduits par la police puis par le procureur de district. La Cour commence par rappeler au gouvernement helvétique sa jurisprudence selon laquelle même si « l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation..." il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement » (§ 36). Pourtant, quelque tardive que fût en l'espèce l'entrée en scène de l'avocat (et, ajouterons-nous, quelque lourd que soit le poids pesé ultérieurement par les premières déclarations faites par un suspect), la Cour, replaçant cette carence dans le contexte global du déroulement de la procédure dans son ensemble, conclut à l'absence de violation des articles 6-1 et 6-3 c. Cet arrêt, économe des droits de la défense, a provoqué la dissidence des juges belge, français et portugais. Avec sa concision coutumière, le juge De Meyer se borne à faire référence à la « bible » du procès équitable que constitue l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Miranda c/ Arizona* (13 juin 1966) ; l'arrêt garantit à chacun le droit à être informé avant tout interrogatoire, de son droit à l'assistance d'un avocat, et de son droit au silence aussi longtemps qu'un avocat ne l'assiste pas. Or, pour le juge belge, ce sont ces principes, « substance même du procès équitable », que la Cour méconnaît en l'espèce...

Dans l'arrêt *Melin c/ France* (22 juin 1993, série A, n° 261 A)²⁴, le requérant, un ancien avocat reconnu coupable d'escroquerie au premier puis au second degré, dépose un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel dans l'attente d'une copie dudit arrêt. Cette copie ne lui parvient jamais, en raison de sa propre négligence plaide le gouvernement, en raison de la négligence des autorités judiciaires répond le requérant. Près de quatre mois et demi après l'arrêt d'appel, aucun moyen n'ayant été produit devant elle, la Chambre criminelle rejette le pourvoi du requérant. Ce dernier invoque devant les instances européennes la violation des articles 6-1 et 6-3 b et c par les autorités judiciaires françaises qui auraient dû lui adresser à temps copie de l'arrêt d'appel, puis l'avertir et du délai dans lequel il devait déposer son mémoire ampliatif au greffe de la Cour de cassation, et de la date à laquelle son pourvoi serait examiné par la Haute juridiction. La Commission à l'unanimité et quatre juges de la Cour vont suivre l'argumentation du requérant, en faisant peser sur les autorités judiciaires nationales l'obligation de tenir l'« accusé » au courant du déroulement de la procédure le concernant et des mesures qu'il lui appartenait de prendre. La Cour au contraire, à la majorité d'une voix, tirant argument de ce que le requérant, ancien avocat, et surtout ancien collaborateur d'un avocat au Conseil, était « rompu aux arcanes de la procédure judiciaire » (§ 24), conclut qu'à partir du moment où il avait délibérément renoncé à l'assistance d'un avocat il lui appartenait de « témoigner lui-même de diligence » (§ 25). Assurément, même si la question ici posée était proche de celle traitée par la Cour dans l'affaire *Hadjianastassiou c/ Grèce*²⁵, la qualité du requérant, dans l'affaire française, explique sans doute le refus européen de constater la violation.

C'est en revanche un arrêt de condamnation de la France très sévère, qui a été rendu par la Cour dans l'affaire *Poirimol* (23 nov. 1993, série A, n° 277 A). Le requérant, poursuivi pour non-représentation d'enfant pour avoir refusé de se soumettre à la décision civile lui enjoignant de regagner la France avec ses enfants, est condamné par jugement contradictoire (art. 411 c. pr. pén.) à un an d'emprisonnement ; un mandat d'arrêt est décerné contre lui par le tribunal. La cour d'appel, puis la Cour de cassation, prenant acte de son refus délibéré de comparaître, lui dénie tout droit à se faire

24. V. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1993, chron., p. 816 et s.

25. 16 décembre 1992, série A, n° 252. En l'espèce la Cour conclut à l'unanimité à la violation des articles 6-1 et 6-3 b car le requérant, malgré les efforts déployés pour obtenir copie de l'arrêt le condamnant, fut contraint d'étayer son pourvoi par des éléments entendus lors des débats. Et lorsque enfin le procès-verbal de l'audience lui fut communiqué, c'était à une date telle qu'il se trouvait forcé de présenter des moyens additionnels.

représenter par un avocat. Au requérant qui tente de plaider la violation de son droit à l'assistance d'un avocat (art. 6-3 c), le gouvernement répond de manière convaincante qu'on ne saurait confondre droit à l'assistance et droit à la représentation d'un avocat²⁶. La Cour, avec un libéralisme inattendu, considérant comme disproportionnée la « sanction » ainsi infligée au requérant par la jurisprudence française, conclut, par cinq voix contre quatre, à la violation combinée des articles 6-1 et 6-3 c. Dans son opinion dissidente, le juge Pettiti, non content de souligner la confusion des notions déjà mentionnée, reproche à la Cour d'excéder les exigences raisonnablement comprises du procès équitable et, conséquemment, de sacrifier les droits des victimes parties civiles : « l'égalité des armes ne peut être considérée seulement dans les rapports accusé et ministère public, mais aussi dans les rapports victimes, parties civiles et accusé. L'absence de l'accusé par refus de comparaître est un élément majeur de toute procédure pénale, sauf cas de force majeure ou excuse légitime... »²⁷.

Dans le droit fil de ces remarques, on mentionnera l'arrêt déjà cité *Kremzow c/ Autriche*. Parmi une série de violations relatives à la comparaison de l'« accusé » invoquées par le requérant (condamné pour meurtre), l'une d'entre elles trouve grâce aux yeux de la Cour : celle relative à la comparution devant la Cour suprême compétente en appel sur la peine ; en effet, il appartenait à cette juridiction « de déterminer si elle devait infliger à l'intéressé une peine d'emprisonnement non plus de vingt ans mais perpétuelle, et le condamner à la subir dans une prison ordinaire plutôt que dans un établissement spécial pour délinquants aliénés » (§ 67). Vu « l'importance cruciale » de cette audience qui « impliquait une appréciation non seulement du caractère du requérant et de son état d'esprit à l'époque de l'infraction, mais également de ses mobiles... le caractère équitable de la procédure voulait que ce dernier assistât aux débats relatifs aux appels et eût l'occasion d'y participer conjointement avec son avocat » (*ibid.*). En conséquence, « la Cour estime que vu la gravité de l'enjeu, M. Kremzow aurait dû pouvoir "se défendre lui-même" comme l'exige l'article 6-3 c de la Convention » et que, en l'espèce, l'Etat autrichien, malgré l'absence de demande en ce sens formée par le requérant, avait « l'obligation positive d'assurer sa présence aux débats » (§ 68).

– Article 6-1 et 6-3 d

A l'instar des arrêts *Delta* (12 déc. 1990, série A, n° 191) et *Cardot* (19 mars 1991, série A, n° 200), l'arrêt *Saïdi* (20 sept. 1993, série A, n° 261 C²⁸) vient rappeler la France à l'ordre, en matière de preuve par témoignage. En l'espèce, le requérant est condamné pour infraction à la législation sur les stupéfiants, en correctionnelle et en appel, sur la base des déclarations de témoins à charge, sans qu'aucune confrontation avec ces derniers n'ait eu lieu ni lors de l'enquête de police, ni lors de l'instruction, ni lors des audiences de jugement. La Commission par treize voix contre une, puis la Cour à l'unanimité concluent à la violation des articles 6-1 et 6-3 d. Certes, « la Cour ne méconnaît pas les indéniables difficultés de la lutte contre le trafic de stupéfiants – notamment en matière de recherche et d'administration des preuves –, non plus que le ravage provoqué par celui-ci dans la société » (§ 44) ; pourtant une telle limitation apportée aux droits de la défense lui paraît inacceptable. Dans son opinion concordante, le juge Pettiti donne un conseil judicieux aux magistrats : afin de déjouer la tactique de l'« accusé » consistant à laisser aux magistrats de jugement l'initiative de ne pas réclamer l'audition des témoins à l'audience, pour ensuite plaider à Paris, puis à Strasbourg, la violation de l'article 6-3 d, il conviendrait que ces magistrats procèdent d'eux-mêmes à ces auditions. Sur le terrain de l'article 50, comme dans

26. En ce sens, V. not. Velu et Ergoc, *La Convention européenne des droits de l'homme* (Bruylant, 1990), n° 603.

27. Sur le terrain de l'article 50 CEDH, la Cour a refusé de réparer le dommage matériel invoqué par le requérant : « La Cour ne saurait spéculer sur la conclusion à laquelle la cour d'appel aurait abouti si elle avait autorisé le requérant à se faire représenter. »

28. V. Sudre, *JCP 1994*, chron. précitée, n° 25 ; *adde JCP 1994.II.22 215*, note Chambon.

l'arrêt *Poitrimol* (V. note 27), la Cour refuse de spéculer sur le résultat auquel la procédure litigieuse aurait abouti si la violation de la Convention n'avait pas eu lieu ; en conséquence... « le présent arrêt fournit à l'intéressé une compensation suffisante », énonce-t-elle (§ 48) ; auparavant, elle rappelle au requérant qui souhaitait bénéficier d'un nouveau procès que la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'Etat français l'ouverture d'un nouveau procès ou à tout le moins des mesures administratives de clémence (effacement de la condamnation au casier judiciaire, droit au séjour...)

3. Autre droit de la défense

On en terminera avec cette question en signalant un point important souligné par l'arrêt *Funke c/ France*, précité. Condamné pénalement pour avoir refusé de produire les documents que lui réclamait l'administration des douanes, le requérant plaidait qu'en le contraignant à témoigner contre lui-même l'administration violait son droit au procès équitable. Cette référence extrêmement large à l'article 6-1 s'explique par le fait que contrairement à l'article 14-3 g du Pacte de l'ONU²⁹, l'article 6-3 CEDH est muet sur cette garantie du droit au silence. Or, à la différence de la Commission³⁰, la Cour conclut que les particularités du droit douanier (à savoir la reconnaissance à l'administration d'un droit de communication pénalement sanctionné) « ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout "accusé"... de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination » (§ 44).

III. SATISFACTION ÉQUITABLE (article 50)

La question ayant été abordée avec l'examen de certains arrêts rendus au principal, on se bornera ici à mentionner deux arrêts séparés, relatifs à des affaires jugées au principal antérieurement à la période étudiée.

Dans l'affaire *Windisch c/ Autriche* (27 sept. 1990, série A, n° 186 ; art. 50 : 28 juin 1993, série A, n° 255 D), la Cour refuse toute réparation d'un préjudice matériel ou moral au requérant, condamné en majeure part en violation des articles 6-1 et 6-3 d, au motif que la nouvelle procédure dont il a pu bénéficier, avec imputation de l'emprisonnement déjà subi, avait « conduit à un résultat aussi proche d'une *restitutio in integrum* que la nature des choses s'y prêtait » (§ 14).

Dans l'affaire *Kemmache c/ France* (27 nov. 1991, série A, n° 218 ; art. 50 : 2 nov. 1993, série A, n° 270 B), la Cour refuse de réparer le préjudice matériel invoqué (à la suite d'une détention provisoire et d'une procédure pénale de durée excessive) faute d'un lien de causalité entre le manquement constaté et le préjudice subi. En revanche, elle alloue 75 000 F au requérant en réparation de son préjudice moral, au motif que les constats de violation ne remédiaient pas à eux seuls au préjudice en question.

IV. RADIATION DU RÔLE (art. 49 du règlement de la Cour)

Dans l'affaire *K. c/ Autriche* (2 juin 1993, série A, n° 255 B), le requérant, accusé d'avoir acheté de l'héroïne à un couple poursuivi pour trafic de stupéfiants, refusait de témoigner au procès dirigé contre ces personnes, en raison de l'instance pendante contre lui, sans

29. *Addé* CJCE 18 oct. 1989, *Orkam*, *Rec. CJCE* 1989.9, p. 3343.

30. V. également rapport de la Commission (13 oct. 1992, *K. c/ Autriche*) cité *in fine*, dans lequel la Commission a refusé de considérer comme contraire à l'article 6-1 l'obligation faite à un accusé de témoigner dans une instance pénale distincte de celle la concernant.

en avoir reçu l'autorisation du tribunal et parce qu'il persistait dans son attitude de refus, M. K. se voyait condamné à une amende puis à cinq jours d'incarcération. Dans son rapport en date du 13 octobre 1992, la Commission refuse d'appliquer l'article 6, notamment paragraphe 3 *a à c* à la procédure d'infliction de l'amende ; en revanche, elle conclut que le refus de reconnaître au requérant le droit de ne pas témoigner a heurté sa liberté d'expression (art. 10) (mais non son droit à un procès équitable (art. 6-1)), et que son incarcération a violé les paragraphes 1 et 4 de l'article 5. Le gouvernement autrichien ayant ultérieurement dédommagé le requérant, la Cour, à l'unanimité, a décidé de rayer l'affaire du rôle.

II. Droit pénal international

Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français *

M. MASSÉ

Professeur à la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Premiers de tous les crimes, les crimes contre l'humanité sont le dernier des soucis des praticiens récemment confrontés à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. La raison en est double : non-rétroactivité des lois pénales créant de nouvelles incriminations (encore qu'en cette matière...) et absence de compétence universelle des juridictions françaises à l'encontre de tels crimes. Il faut y voir, malgré tout, l'une des innovations les plus importantes du nouveau code.

D'une simple qualification au second degré – recouvrant des crimes du droit pénal spécial commun pour leur appliquer un régime de répression spécifique imposé par le droit international auquel faisait écho, s'agissant de l'imprescriptibilité, la loi du 26 décembre 1964 – les crimes contre l'humanité sont devenus des incriminations à part entière du droit pénal français. Au-delà « d'une construction jurisprudentielle originale élaborée par la Cour de cassation sur le fondement du droit international, une intervention législative était indispensable afin d'inscrire clairement dans la loi pénale¹ des dispositions qui expriment des valeurs de civilisation essentielles » (circulaire d'application du code du 14 mai).

Le problème était posé depuis les années 1970 (premiers arrêts *Touvier*) alors même que la rédaction d'un nouveau code pénal était mise en chantier. Il fallut cependant attendre 1986 et le dépôt du projet de loi au Sénat pour que ces crimes apparaissent en tête de la litanie des infractions (art. 211-1 à 213-5) dans un chapitre qui, jusqu'à la fin 1991, suscita davantage de déclarations de principe que de discussions éclairées. Devant l'Assemblée nationale en seconde lecture, après que le Sénat en eut discuté deux fois, le rapporteur de la commission des lois déclarait : « le texte (...) adopté ne nous donnait pas satisfaction ni dans son écriture ni sur le fond ; nous avons, depuis, travaillé avec des juristes spécialistes » ; et il regrettait : « il nous aura manqué certainement une bonne quinzaine de jours pour aller plus au fond sur des sujets d'une importance extrême ». (*JO déb.* déc. 1991, p. 6980.) Quinze jours... Au bout de dix-sept ans de travail préparatoire ! Fait rarissime, le plan lui-même de ce chapitre n'a été arrêté qu'en commission mixte paritaire.

Nous prendrons une première vue d'ensemble avant d'examiner les trois incrimina-

* Les premiers commentaires sont ceux de J. Francillon, Crimes de guerre, contre l'humanité, *fascicule du Jurisclassateur pénal annexes*, mars 1993, spéc. n° 75 et s. ; C. Grynfogel, Le concept de crime contre l'humanité. Hier, aujourd'hui et demain, *RD pén. crim.* janvier 1994, 13 s. spéc. 33 s. ; P. Truche et P. Bouretz, Crimes de guerre – crimes contre l'humanité, *Encyclopédie Dalloz, droit pénal*, août 1993, spéc., n° 47 et s.

1. Alors qu'« un Serbe a été inculpé de complicité de génocide en Allemagne » (*Le Monde* 17 févr. 1994) et qu'« en vertu d'une loi américaine qui permet aux étrangers d'engager une action civile contre une injustice perpétrée en violation du droit international » un tribunal américain a condamné le général haïtien Prosper Avril pour avoir torturé des opposants (*même journal, même date*).

tions de base et nous terminerons par des dispositions diverses relatives aux peines, à la responsabilité et à la procédure².

A. – Situés au début (titre 1) du livre II, les crimes contre l'humanité sont des crimes contre les personnes (alors que les crimes de guerre peuvent aussi recouvrir certaines atteintes aux biens). Ces crimes vont au-delà des « atteintes à la personne humaine » (titre 2) qui comprennent pourtant, selon le plan du code, les atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux libertés, à la dignité et à la personnalité. Il peut certes arriver qu'ils soient tout cela à la fois. Mais, au-delà des moyens employés, et bien que le mot n'apparaisse pas dans le titre I, c'est bien l'atteinte à la dignité de la personne humaine (humanité au sens de ce qui fait l'homme) qui définit le mieux le genre de ces crimes, en tout cas lorsqu'une telle atteinte vise tout un groupe d'êtres humains (partie de l'humanité au sens de communauté des hommes)³.

Le nouveau code oppose, en deux chapitres, le génocide aux « autres crimes contre l'humanité » (innomés, au sens où il ne leur est pas attribué de qualification pénale particulière). Il en est d'ailleurs ainsi en droit international, si ce n'est que ces derniers y sont apparus les premiers (art. 6 c du statut du tribunal militaire international, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945), le génocide n'ayant été défini qu'après coup (Convention du 9 déc. 1948), et que le droit des gens qualifie en outre de crime contre l'humanité l'apartheid (Convention du 30 nov. 1973) dont on ne trouve aucune trace en droit français⁴. Ces différences et quelques autres mises à part, le code, qui s'inspire énormément du droit international, ne le cite en aucune manière alors que la loi de 1964 y renvoyait expressément. Le gain est en autonomie et en légalité. Mais il n'aurait pas

2. En législation existaient déjà : l'article 2-4 c. pr. pén. relatif à la constitution de partie civile des associations, l'article 24, al. 3, de la loi du 20 juillet 1881 sur la presse incriminant la provocation à commettre des crimes contre l'humanité et la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice dans son article 8, al. 2, relatif aux crimes contre l'humanité modifié le 13 juillet 1990.

La loi du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité se réfère spécifiquement aux définitions données en 1945 et l'article R. 40 3° du code pénal (introduit par décret du 18 mars 1988) réprime le fait de porter ou exhiber en public un uniforme, insigne ou emblème rappelant ceux qui ont été portés (...) par une personne reconnue coupable (...) d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité « mentionnés à la loi du 26 décembre 1964 ». Le nouveau code pénal a élargi le champ d'application de ce dernier texte, l'article R. 645-1 nouveau ajoutant : « ou par les articles 211-1 à 213-3 ». En revanche, l'article 24 bis introduit le 13 juillet 90 dans la loi de 1881 pour incriminer le négationnisme n'a pas été modifié et ne se réfère qu'à l'article 6 du statut du TMI. Avec la jurisprudence *Touvier* de la Chambre criminelle il constituera l'un des derniers vestiges d'un droit du passé dont les textes ici commentés assurent non point le relais – car il y aura eu impunité des crimes commis entre 1945 et 1994 – mais l'avenir.

3. L'atteinte à la dignité des victimes décrit l'essence, une caractéristique essentielle, des crimes contre l'humanité plutôt qu'un élément constitutif techniquement parlant. Cette référence est constante dans tous les écrits du procureur général P. Truche. Cf. le développement de J. Francillon, n° 72, qui relève également, n° 53, l'intervention du sénateur M. Rudloff pour que ces crimes soient placés avant même les crimes contre les personnes. C. Grynfolgel, *Le crime contre l'humanité, notion et régime juridique*, thèse Toulouse, 1991, p. 175 et s., et article précité, reprend la formule de F. de Menthon : « crime contre la condition humaine ». M. Pezet (*JO déb. Ass. nat.*, déc. 1991, p. 6980) a donné la définition suivante : « crimes commis systématiquement en application d'une idéologie qui refuse par la contrainte à un groupe d'hommes le droit de vivre sa différence, qu'elle soit originelle ou acquise. Traitée sans humanité, comme dans tout crime, la victime se voit en plus contestée dans sa nature humaine et rejetée de la communauté des hommes ».

Le caractère collectif de la victimité n'empêche pas les poursuites si une seule victime est identifiée ou plaignante. J. Francillon (n° 61) cite Graven pour lequel « il y a intention de faire une victime collective à travers la victime individuelle ».

4. Accord de Londres : déc. n° 45-2267 du 6 octobre 1945, *JO* du 7, rectif. le 10. Convention sur le génocide : déc. n° 50-1449 du 24 nov. 1950, *D.* 50.274. En revanche, la France n'a pas signé la convention sur l'élimination et la répression de l'apartheid. Une résolution du 18 décembre 1992 de l'Assemblée générale des Nations unies affirme en outre que la pratique massive et systématique d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition relève des crimes contre l'humanité (ces faits sont incriminés par l'article 219-1).

été mauvais que le code cite ici ses sources, signées et ratifiées par la France, qu'il ne peut contredire et qui resteront utiles à son interprétation.

Un troisième chapitre, intitulé « Dispositions communes », ne les comporte cependant pas toutes. Mettons en exergue trois autres constantes :

1. La peine principale, identique pour toutes les infractions, est la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté obligatoire de 18 ans pouvant être portée par la cour d'assises jusqu'à 22 ans, mais pouvant également être réduite (art. 132-23)... Sans se laisser aller à la surenchère, on peut tout de même s'étonner qu'il y ait plus loin dans le code – aux articles 221-3 et 4, dès avant la loi du 1^{er} février 1994 et *a fortiori* depuis cette loi tendant à une perpétuité « incompressible » – « pires » crimes que ceux-là, pourtant qualifiés de « crimes hors du commun » (circulaire du 14 mai 1993), de « formes les plus odieuses de la barbarie » (M. Vauzelle *JO déb. Sénat*, juill. 1992, p. 2458), « d'odieux dans l'odieux de l'odieux » (M. Pezet, *JO déb. Ass. nat.* déc. 1991, p. 6997).

2. Un élément constitutif ou, plus exactement, une condition préalable apparaît dans toutes les infractions qui doivent avoir été commises « en exécution d'un plan concerté ». Cette notion, relativement accessoire à l'incrimination elle-même en droit international, achève ainsi son irrésistible ascension en droit interne⁵.

La raison est d'ailleurs loin d'en être évidente. Les commentaires officiels⁶ indiquent que cette notion, « trouvée en droit international » et déjà « éprouvée en jurisprudence », a été préférée, parce que plus objective, aux références jusqu'ici faites aux mobiles des auteurs pour caractériser les crimes contre l'humanité. Les travaux parlementaires montrent plus précisément que, s'agissant du génocide, la notion de plan concerté a été choisie parce qu'elle était intermédiaire entre une définition par la seule intention (effectivement jugée trop subjective) et un amendement prévoyant que l'infraction devrait être « commise par une autorité nationale, politique, ethnique raciale ou religieuse » (ce qui était considéré comme trop restrictif). Ces travaux montrent surtout que la notion a été introduite par l'Assemblée nationale par crainte d'une banalisation du génocide et pour bien le distinguer des autres crimes contre l'humanité (*JO déb. Ass. nat.* déc. 1991, p. 6997-6998). Or, en fin de compte, devant la commission mixte paritaire, cette condition s'est trouvée généralisée à l'ensemble des incriminations du titre I, généralisation produisant l'effet contraire de celui qui était initialement recherché.

L'interprétation non plus n'ira pas de soi, l'existence d'un plan concerté étant une condition (matérielle) préalable qui devra être prouvée et le fait d'agir en exécution d'un tel plan un élément (moral) relevant du dol spécial. Question, entre autres : savoir qu'un plan concerté existe et vouloir s'y rallier suffira-t-il à en être considéré comme l'un des « exécutants » si la personne poursuivie n'est pas de ces maillons dont les actes ont été peu ou prou « planifiés » ?

3. Disposition commune enfin, érigée en incrimination distincte par l'article 212-3, le fait de s'associer (au sein d'un groupement ou d'une entente) à des actes matériels préparatoires d'un des autres crimes contre l'humanité, autrement dit... à la mise au point d'un plan concerté, dont les penseurs sont ainsi réprimés aussi sévèrement que les exécutants⁷.

5. V. la précédente chronique : L'affaire *Touvier*. L'échappée belle, cette *Revue* 1993, 372 p.

6. Commentaire du code de F. Desportes et F. Leguenech, circulaire du 14 mai 1993, intervention de M. Sapin à l'Assemblée nationale (*JO déb.*, déc. 1991, p. 6986), réponse du ministre à la question écrite n° 58817 de M. J.P. Kucheide (*Droit pénal* févr. 1993, p. 5)...

7. Sur la comparaison avec l'association de malfaiteurs, la *conspiracy* et le complot (expression elle-même utilisée par l'article 6 c, al. 2, du statut du TMI et dont l'incrimination figure aujourd'hui à l'article 412-2 nouv. c. pr. pén.), V. J. Francillon, n° 81 et 86.

B. – Les trois incriminations de base (art. 211-1, 212-1 et 212-2) ont chacune une inspiration aisément identifiable : convention de 1948 sur le génocide pour la première, statut du Tribunal militaire international pour la seconde et jurisprudence *Barbie* de la Cour de cassation pour la troisième. La rédaction de ces textes fait à première vue considérer que nous sommes en présence d'infractions bien différenciées, ce qui n'est vrai ni de leurs éléments constitutifs ni même de certains mobiles animant les auteurs.

1. Le génocide (art. 211-1) se caractérise avant tout par la volonté (planifiée) de destruction totale ou partielle d'un groupe. Bien que le mot ne soit pas utilisé, il s'agit d'une destruction physique et pas seulement de soumission ou de discriminations (ce qui correspondrait à l'apartheid) ni d'anéantissement culturel (ce pourquoi certains parlent d'ethnocide). Les moyens de mise en œuvre d'une telle volonté sont limitativement énumérés (à l'instar de la convention de 1948 fidèlement reproduite) : « atteinte volontaire à la vie ; atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique (ce qui est suffisamment large pour couvrir toutes sortes de manipulations psychiatriques ou génétiques) ; soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ; mesures visant à entraver les naissances ; transferts forcés d'enfants ».

Le groupe visé peut être « national, ethnique, racial ou religieux » – comme en 1948 – ou encore « déterminé à partir de tout autre critère arbitraire ». La formule laisse pour le moins perplexe : existerait-il donc des critères non arbitraires de détermination d'un groupe d'êtres humains dont on programmerait la liquidation. Et les travaux préparatoires ne sont guère plus éclairants (V. *JO déb. Ass. nat.* déc. 1991, p. 6897)...

2. L'infraction de l'article 212-1 se distingue du génocide essentiellement par ses moindres conséquences (si l'on ose écrire) : elle se consomme sans que la disparition du groupe, en tant que tel, ne soit atteinte ni même recherchée. Les autres différences – celle-là est fondamentale – sont plus apparentes que réelles. Nous le montrerons sur trois points.

a) Les persécutions dont il s'agit (le mot figurait dans le texte de 1945, mais il n'a pas été repris) ne sont pas, en effet, fondamentalement différentes des faits constitutifs de génocide, l'énumération de l'article 212-1 incluant celle de l'article 211-1 et inversement.

Dans ces conditions, sauf dévotion aux textes internationaux dont on s'inspire, on ne voit pas pourquoi avoir dressé deux listes distinctes. La seconde est-elle moins limitative ? C'est bien l'impression générale, confirmée, *in fine*, par l'utilisation d'une expression très ouverte (« actes inhumains »). Mais on n'en voit pas la raison. Si l'une des infractions devait être moins délimitée que l'autre dans ses éléments matériels, ce serait plutôt le génocide. Faut-il alors comparer mot à mot ? On s'aperçoit que les tortures, expressément visées dans le seul article 212-1, sont évidemment englobées dans les atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique de l'article 211-2. On constate que les viols, bien que non visés par ces textes (dans ceux de l'après-guerre, ils ne l'étaient d'ailleurs que par l'article 2 de la loi n° 10 du conseil de contrôle en Allemagne) sont évidemment inclus dans les atteintes graves à l'intégrité de l'article 211-1 comme dans les actes inhumains de l'article 212-1. Finalement, on remarquera seulement le côté un peu plus moderne de la seconde liste qui mentionne « les enlèvements de personnes suivis de leur disparition » pratique qualifiée de crimes contre l'humanité par l'Assemblée générale de l'ONU en 1992⁸. Mais l'article sur le génocide n'exclut point de tels faits...

b) Même remarque au sujet des mobiles, politiques, raciaux ou religieux, auxquels l'article 212-1 ajoute le motif philosophique que l'incrimination du génocide n'exclut nullement.

c) Enfin, le groupe persécuté doit être « une population civile », précision-restriction qui ne figure pas dans le texte d'incrimination du génocide. Mais peu importe, en

8. V. P. Truche et P. Bouretz, n° 8.

revanche, qu'il constitue une entité nationale, raciale ou religieuse ; pris à la lettre le texte n'exige point « d'autres liens entre les victimes que la volonté des auteurs »⁹.

Il ne semble pas, toutefois, que l'opposition avec le génocide, sur ce point comme sur les précédents, puisse être poussée très loin. *Primo*, il est assez artificiel que les mots utilisés dans un cas pour qualifier le groupe victime le soient dans l'autre pour spécifier les motifs des auteurs. Le groupe persécuté pour des motifs raciaux sera un groupe racial, et inversement. *Secundo*, on ne voit pas très bien pourquoi des militaires pourraient être victimes d'un génocide et non de persécutions qualifiées crimes contre l'humanité dès lors que ces persécutions seraient infligées pour des considérations sans lien avec leur appartenance à un groupe armé. Nous touchons ici le problème délicat de la distinction entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité¹⁰. En termes de concours de qualifications, la solution française serait alors que le génocide (pouvant être commis contre des militaires)¹¹ absorberait les crimes de guerre qui absorberaient eux-mêmes les autres crimes contre l'humanité ? Une telle hiérarchie ne se justifierait ni techniquement (par une définition fondamentalement différente des deux groupes victimes, *V. primo*) ni moralement (par une gravité décroissante des infractions d'ailleurs sanctionnées des mêmes peines).

A la vérité, l'explication de l'exigence d'une population civile n'a pas à être recherchée dans l'opposition avec l'article sur le génocide qui précède l'article 212-1. Elle est dans l'article suivant.

3. L'article 212-2 incrimine en effet exactement les mêmes faits, punis des mêmes peines et par ailleurs soumis au même régime, lorsque de tels actes sont commis « en temps de guerre (...) contre des combattants du système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité ».

La comparaison s'impose avec la définition donnée par la Cour de cassation le 20 décembre 1985 dans l'affaire *Barbie* : « actes inhumains et persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition »¹², définition souvent critiquée en ce qu'elle ferait fi de l'opposition entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité telle que établie en droit international.

a) La nouvelle infraction suppose réunies deux conditions préalables qui, additionnées, en restreignent assez considérablement le champ d'application : 1. une guerre ; 2. au cours de laquelle des crimes contre l'humanité sont perpétrés.

Selon la définition de la Cour de cassation, il suffisait qu'un État pratique une politique d'hégémonie idéologique. Ce n'est plus nécessaire désormais, comme nous le verrons ci-dessous, mais ce ne serait même plus suffisant. Il faudrait que, de surcroît, cette politique ait déjà dégénéré en crimes contre l'humanité¹³. On peut d'ailleurs douter que cette conséquence ait bien été recherchée par les rédacteurs du texte dont une précédente version visait « ... les actes suivants lorsqu'ils sont commis en temps de guerre contre ceux qui combattent le système idéologique dont procèdent les actes ».

9. *Idem*, n° 9.

10. Problème crucial en droit interne, du fait que seuls les crimes contre l'humanité sont déclarés imprescriptibles, mais pas en droit international où il n'y a guère de différence de régime entre les uns et les autres.

11. V. P. Truche et P. Bouretz, n° 52.

12. V. l'ensemble des définitions données par la jurisprudence française dans la chronique citée note 5.

13. Lecture faite également par J. Francillon, n° 85. L'expression crime contre l'humanité, ici, paraît viser le seul article 212-1 et non pas le génocide qui, applicable lorsque les victimes appartiennent à un groupe déterminé à partir d'un quelconque critère arbitraire (militaires, combattants, opposants...), paraît se suffire à lui-même.

b) Les éléments constitutifs matériels sont, nous l'avons dit, les mêmes que ceux de l'article 212-1 (au demeurant parfaitement résumés par le raccourci de la Cour de cassation : « actes inhumains ou persécutions »).

c) Les auteurs peuvent être et seront le plus souvent les mêmes que ceux des crimes préalablement commis au cours de la guerre, logiques et persistants dans leur criminalité. S'il n'est plus nécessaire qu'ils agissent au nom d'un Etat, encore faut-il, condition générale dans le nouveau code, que les crimes soient commis en exécution d'un plan concerté (de manière systématique disait la Chambre criminelle) fondé sinon sur une politique du moins sur un « système idéologique ». Ce système n'est pas précisément qualifié d'hégémonique, mais il se disqualifie par ses actes criminels.

d) Ce sont les victimes qui changent. Les crimes préalablement commis au cours de la guerre, justiciables de l'article 212-1, l'étaient contre des groupes de population civile. Ceux-là le sont contre « ceux qui combattent le système idéologique » (combattants que l'on suppose armés par comparaison aux formules moins guerrières de 1985 – « adversaires, quelle que soit la forme de leur opposition » – qui, pourtant, visaient en l'espèce des « résistants »).

Il semble que tout un groupe de combattants doive être visé, menacé, sinon atteint. Le texte ne l'exige point expressément, mais c'est une des caractéristiques des crimes contre l'humanité, tant en droit international que dans la jurisprudence de la Chambre criminelle qui les a qualifiés de « crimes contre une collectivité »¹⁴.

e) Le mobile change-t-il aussi ? La réponse est à première vue affirmative puisque l'article 212-2 ne se réfère qu'aux « actes visés par l'article 212-1 » sans allusion aux mobiles qui les inspirent. (« Non seulement, disait la Cour de cassation, en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires... ») L'intention de réduire les opposants serait donc le mobile spécifique des crimes de l'article 212-2.

Mais il y a des arguments en sens contraire.

Primo, une lecture attentive de l'arrêt du 20 décembre 1985 montre que la Chambre criminelle s'intéressait en réalité davantage aux mobiles des victimes qu'à ceux des auteurs : « ... alors que l'arrêt constate que les crimes atroces dont ces personnes ont été systématiquement ou collectivement les victimes étaient présentés, par ceux au nom de qui ils ont été perpétrés, comme justifiés politiquement par l'idéologie national-socialiste, et alors que ni les mobiles animant ces victimes, ni leur éventuelle qualité de combattants, ne sauraient exclure l'existence, à la charge de l'inculpé, de l'élément intentionnel constitutif des infractions poursuivies... ». Commis contre des civils ou contre des résistants, les crimes contre l'humanité seraient animés de la même idéologie et constitués du même élément intentionnel.

Secundo, l'article 212-2 peut très bien se lire comme n'ayant d'autre portée que d'étendre au contexte de guerre et à des populations non civiles les crimes de l'article 212-1. Des motifs militaires viendraient seulement s'adjoindre à des motifs politiques (gagner la guerre) ou philosophiques (faire triompher le système idéologique que l'on croit le meilleur), sinon raciaux ou religieux (lorsque les victimes sont de celles qui auraient été visées même si elles ne s'étaient pas opposées).

Les interrogations, on le voit, demeurent nombreuses. Le droit français, persistant à maintenir la prescription des crimes de guerre, n'a toujours pas réussi à clarifier la distinction de certains d'entre eux et des crimes contre l'humanité. Deux interprétations, extrêmes, sont envisageables :

Première interprétation : exiger que les victimes soient considérées en tant qu'elles constituent un groupe et persécutées pour des raisons autres que strictement militaires.

14. V. la chronique précitée, note 5.

Apparaît alors une certaine spécificité, justifiant leur imprescriptibilité, de ces crimes commis en temps de guerre.

Deuxième interprétation : se contenter que les victimes soient considérées en elles-mêmes et seulement en ce qu'elles sont des combattantes. La différence avec les crimes de guerre se réduit alors à l'existence d'une condition préalable sur la définition de laquelle on peut d'ailleurs hésiter (v.a) : guerre au cours de laquelle des crimes contre l'humanité relevant de l'article 212-1 ont déjà été commis ou, moins restrictif, guerre résultant d'une idéologie ou d'un système justifiant qu'on le combatte au nom de l'humanité.

Véritables crimes contre l'humanité commis en temps de guerre contre des militaires ou autres opposants armés ou bien crimes de guerre plus ou moins aggravés ? Le flou demeurera après que le législateur eut beaucoup hésité. L'Assemblée nationale en seconde lecture (projet de loi transmis au Sénat, documents parlementaires Sénat, décembre 1991, n° 120) avait modifié le plan et les intitulés du code ainsi conçus : Titre I, « Des crimes contre le droit des gens » (de droit des gens eût été préférable) ; Chapitre I, « Des crimes contre l'humanité », comprenant le génocide et les crimes innomés ; Chapitre II, « Des autres crimes de droit des gens », isolant les infractions commises contre les combattants, que le rapporteur de la commission des lois qualifia de « crimes de guerre aggravés » (*JO déb. Ass. nat.*, déc. 1991, p. 6981)¹⁵.

Mais cette solution ne fut pas retenue par la commission mixte paritaire à laquelle on doit le plan actuel qui distingue le génocide (dans un chapitre I) puis les crimes commis en temps de guerre contre des opposants (dans un article séparé du chapitre II) des autres crimes contre l'humanité.

C. – Un chapitre III, intitulé « Dispositions communes », complète les peines prévues aux chapitres précédents et détermine le régime des crimes contre l'humanité du point de vue de la responsabilité et de la prescription.

Passons sur les dispositions relatives aux peines complémentaires (213-1 et 213-2) naturellement parmi les plus graves applicables aux crimes les plus graves¹⁶. Leur énumération systématique (la première du code, ce qui en a rendu l'élaboration laborieuse au Parlement) manifeste la casuistique de ce nouveau code, dont on ne sait encore si elle rendra aux juges tous les services attendus ou ne leur tendra pas plutôt des pièges entre les lignes.

L'article 213-3 prévoit l'imputabilité de ces infractions à des personnes morales, c'est une des grandes innovations de la réforme, « dans les conditions prévues par l'article 121-2 », c'est à dire à l'exclusion de l'Etat lui-même (al. 1) ou de ses collectivités territoriales (al. 2, de tels crimes ne pouvant, de toute évidence, relever d'une quelconque activité de service public susceptible d'être déléguée...). Ces exclusions s'appliquent *a priori* aux Etats ou administrations étatiques étrangères, non point par interprétation des articles précités, ni même par application de la loi pénale française dans l'espace, mais en vertu des principes du droit international interdisant à un Etat, de prétendre imposer sa puissance à un autre.

L'article 213-4 reproduit une règle désormais classique du droit international en écartant les faits justificatifs de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime. Il le fait en utilisant les propres termes de l'article 122-4. De telles circonstances ne peuvent être prises en considération, ainsi que l'indiquait déjà le statut du Tribunal de Nuremberg, qu'au moment du choix de la peine.

15. J. Francillon, n° 85, conserve ce vocabulaire ainsi que C. Grynfogel, p. 45. P. 47, cet auteur désigne les infractions de l'article 212-1 comme « des crimes contre l'humanité *stricto sensu* » (cf. p. 17 la note 7). Le crime contre l'humanité *stricto sensu* nous paraît plutôt être le génocide. Les autres, plus largement entendus, sont des crimes demeurés *innomés* que l'on pourrait qualifier de persécutions.

16. « A ces pratiques (...) massives et concertées répond un droit pénal tout aussi massif. » P. Couvrat, Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal, cette *Revue*, 1993, 469.

L'article 213-5 reprend la loi de 1964 « tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité » en lui ajoutant cette précision que le principe s'applique à l'action publique « ainsi que pour les peines prononcées ». Cela va de soi par raison *a fortiori*¹⁷. C'est enseigné par le droit international dont il n'est pas interdit, à ceux qui n'ont pas signé les conventions, de tirer les leçons. La Chambre criminelle l'a reconnu en 1988¹⁸. Il est regrettable que l'on n'en ait pas pris conscience dès le début des procédures *Touvier* et *Barbie*, car on aurait pu, les jugeant ou rejugeant pour le tout, faire, pour l'histoire, des procès qui n'auraient pas été tronqués en droit.

17. V. cette chronique 1989, p. 799-800.

18. Conventions des Nations Unies du 26 novembre 1968 et du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1974. Crim. 3 juin 1988, V. précédente chronique.

E. CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

Le XI^e Congrès international de criminologie et le « destin de la criminologie »

Reynald OTTENHOF

*Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Directeur du Centre de recherche et d'études en délinquance
et inadaptation juvéniles*

En ces temps où la foi dans la science aurait tendance à reculer devant la fascination qu'inspire la voyance, la question de l'avenir de la criminologie, si souvent posée de manière plus ou moins explicite par les criminologues en quête d'identité, demeure d'actualité. Il n'est dès lors guère surprenant que le professeur Albert Reiss, président de la Société internationale de criminologie, ait clôturé les travaux du XI^e Congrès international de criminologie de Budapest (22-27 août 1993), par une conférence magistrale intitulée « The Future of Criminology ».

Si le savant professeur à l'université de Berkeley ressemble plus à un sage qu'à un mage, force est de convenir que seul l'avenir permettra de confirmer le pronostic. Incertaine dans l'évocation du passé, déchirée sur l'analyse du présent, la criminologie semble bien souvent contrainte d'échapper à ses contradictions actuelles en spéculant sur l'avenir. De là le succès des modèles prédictifs, des modèles de prévention, et plus généralement des modèles de politique criminelle, dont le président Marc Ancel s'empressait d'ajouter, à l'indispensable dimension scientifique, l'inévitable touche « artistique » qu'implique tout choix pour demain. Il serait, au demeurant, trop facile de tomber dans le rappel au « flou » que l'on se plaît à accoler à ce dernier adjectif.

Soucieux de donner dans cette chronique un écho, même partiel, aux travaux du XI^e Congrès international de criminologie¹, nous avons éprouvé le besoin de nous reporter aux comptes rendus des deux précédents congrès dans cette *Revue*², afin de tenter de déceler le sens d'une évolution possible, sans jamais perdre de vue, toutefois, les limites inhérentes à ce genre d'exercice. Il est en effet constant que l'observateur, d'une part, ne peut jamais être totalement neutre, et que, d'autre part, le déroulement de ces grands messes quinquennales que sont les congrès internationaux invitent davantage le plus zélé des paroissiens à participer au pèlerinage qu'à contribuer à son édification, en raison de la multiplicité et de la dispersion des offices...

Le choix de Budapest comme lieu du Congrès correspondait au désir des promoteurs de mettre l'accent sur les problèmes spécifiques que pose cette partie de l'Europe, au

1. V. un excellent compte rendu du Congrès par le secrétaire général de la société, G. Ficca, cette *Revue*, 1994, p. 157 et s.

2. V. not. J. Vérin, Le contrôle social extra-pénal et informel au Congrès de Vienne, cette *Revue*, 1984, p. 143 et s. ; V. Sabatié, X^e Congrès international de criminologie, cette *Revue*, 1989, p. 190 et s.

regard du thème central baptisé « changements socio-politiques et crime : un défi pour le XXI^e siècle ».

La nature du thème, la séduction du lieu, sa position centrale non seulement au regard de l'Europe, mais aussi pour l'ensemble des continents représentés, le dynamisme de l'équipe chargée de l'organisation au plan local³ expliquent la présence de près d'un millier de participants. La participation de personnalités éminentes, occupant de hautes fonctions dans leur pays, illustre la crédibilité dont jouit la Société internationale de criminologie, mais, plus généralement, l'intérêt pour une discipline parfois considérée « en haut lieu » comme mineure.

Plus encore que dans le nombre de participants, c'est dans les cent soixante quatorze communications présentées tant au cours des séances plénières qu'au sein des nombreux ateliers qu'il faut rechercher la vitalité de la criminologie. Et l'on ne peut que regretter que la formule, victime de son succès, conduise à l'éclatement des centres d'intérêt, et à l'inévitable dispersion des lieux.

Inutile de dire que, de Vienne (1983) à Budapest (1993), la criminologie, à l'image du Danube, est loin d'apparaître comme un « long fleuve tranquille ». Si l'humeur fut moins sombre qu'à Vienne⁴, où la « gueule de bois » attribuée alors par Patrick Tornüdd aux excès du radicalisme ne pouvait que se dissiper sous l'effet conjugué du vin blanc et de la musique tzigane – mais aussi de la légèreté de l'air que donne la liberté retrouvée –, il est permis de se demander si, en définitive, on n'est pas passé à côté d'une grave indigestion. Autant dire, pour être sincère, que dans ce menu copieux, il y avait « à boire et à manger ». A côté de robustes plats de résistance, on put goûter à des mets qui, déjà servis ailleurs, avaient le goût de « réchauffé ». C'est que, dans leur grand libéralisme, les responsables de la Commission scientifique, sous l'impulsion courtoise et généreuse du professeur H.J. Kerner, et les organisateurs locaux, avaient laissé la porte largement ouverte à des intervenants en quête d'une scène internationale, pour une audience limitée soit par la portée du thème, soit par la volonté de se retrouver entre initiés. Loin de nous l'idée de critiquer une telle orientation, qui fait honneur aux organisateurs. Il est seulement permis de se demander si ce bilan pléthorique ne soulève pas, une fois encore, la question de l'incertitude du *domaine* de la criminologie, l'éclectisme de ses *méthodes*, et enfin la scientificité de son *objet*.

*
**

S'agissant du domaine, les travaux du congrès étaient partagés en sessions plénières, en ateliers et enfin en programmes et visites professionnelles proposées par la Société hongroise de criminologie.

A. – Les sessions plénières comportaient, le matin, des réunions consacrées à un thème général et, l'après-midi, des réunions consacrées à un thème spécial.

1. Les thèmes généraux portaient sur la criminalisation des conduites, notamment de la criminalité d'affaires, des actes de groupes constitués et surtout de leurs atteintes à l'environnement, les perspectives théoriques et méthodologiques sur la criminalité et la criminalisation : conflits et convergences ; les perspectives sur les recherches comparatives sur le crime et la criminalisation, les réponses au crime et à la criminalité : prévention, traitement et justice pénale.

2. Les sessions plénières spéciales de l'après-midi avaient pour objet : la criminalité d'Etat, la criminalité économique et la responsabilité collective ; quel avenir pour la

3. Un hommage particulier doit être rendu au professeur András Szabo, à sa collègue Katelin Gönczöl, et à leurs collaborateurs Miklós Levai et Klara Kereszi, soutenus par le secrétariat de la Société internationale de criminologie, pour la bienveillance de l'accueil et la qualité de l'organisation.

4. V. Compte rendu précité de J. Vérin, cette *Revue*, 1989, p. 143 et s.

police? ; la victimologie, la politique à l'égard des victimes et la justice pénale ; l'approche féministe de la criminologie et la criminalité des femmes, les changements sociaux et politiques ; évolution de la criminalité du point de vue macro-structural ; les problèmes d'actualité des tribunaux et de la justice pénale ; les alternatives à l'incarcération et les problèmes pratiques de leur application.

3. Il serait vain de vouloir rendre compte de l'extraordinaire variété des thèmes abordés dans les ateliers. C'est là que se sont réfugiées, si l'on peut dire, les communications portant sur les aspects actuels de la criminologie clinique et celles qui avaient pour but de rendre compte de recherches récentes en matière de délinquance et inadaptation juvéniles. De nombreux ateliers furent consacrés aux différents aspects de la victimologie, à la médiation, à la politique criminelle, aux criminologies régionales (spécialement à la criminologie latino-américaine) et à la pénologie.

4. Quant aux visites professionnelles, elles eurent essentiellement pour objet d'étudier les problèmes relatifs au traitement des toxicomanes, aux traitements des détenus, au rapport entre les média et la criminalité, aux aspects constitutionnels de la lutte contre la criminalité et à la formation des officiers de police en Hongrie.

Ce qui frappe en définitive l'observateur, c'est la place importante faite à l'analyse critique du fonctionnement du système de justice pénale (*Criminal Justice System*). Certes, l'influence de la criminologie interactionniste, et spécialement de la criminologie de la réaction sociale, expliquent la place plus ou moins délibérément faite aux thèmes de cette nature. Mais, par-delà les intitulés, il apparaît à la lecture des noms des rapporteurs, des intervenants mais aussi des personnalités présentes que ces thèmes ont mobilisé davantage des praticiens, des acteurs de terrain, des juristes (professeurs, hauts magistrats, administrateurs de haut niveau) que des criminologues « purs » qui ont abandonné ce secteur aux spécialistes de la « sociologie du pénal ». Si bien que, ballottée entre le droit pénal, la procédure pénale, la pénologie, la politique criminelle, la criminologie semble chercher sa voie propre dans un éclectisme multidisciplinaire, en quête d'une méthodologie spécifique.

*
**

Au cœur de cette tour de Babel, dont certains pans s'effondrent pendant que d'autres se construisent en empruntant les pierres récupérées çà et là, on a parfois le sentiment de découvrir avec les uns, de partager avec d'autres, de protester avec certains et, le plus souvent, de s'interroger sur le bien fondé de tel ou tel point de vue. Cette agitation, ce bouillonnement intellectuel constituent la réaction légitime de l'intelligence humaine appelée à contempler et à tenter de comprendre ce monde en évolution.

Mais il arrive aussi que, perdu au milieu de cette foule bigarrée, réduite pour les besoins de la communication à s'exprimer par des stéréotypes proférés en « crimino-volapuk », on se sente envahi d'un profond sentiment de solitude. Comment trouver sa voie, accéder à l'escalier conduisant au sommet de la tour, en l'absence d'un guide, d'une main-courante, permettant de cheminer en gardant le cap sur l'essentiel, sans risquer de s'enliser dans les banalités consternantes ou de se laisser piéger par le miroir des jeux de l'esprit ?

Faute de rigueur disciplinaire, fondée sur des « règles méthodologiques minima », condition du consensualisme indispensable à la tenue d'un cap, le criminologue se voit contraint de tourner en rond. Qu'on en juge ! En 1983, J. Vérin (*op. cit.*), pouvait s'interroger sur « le contrôle social extra-pénal et informel » au Congrès de Vienne. Dix ans plus tard, Maurice Cusson, dans une magistrale conférence sur « l'effet structurant du contrôle social » dont il faudra méditer le contenu (sans que l'on soit nécessairement d'accord sur les conclusions), se trouve conduit à soulever les mêmes questions, à

parvenir aux mêmes résultats, quitte à proposer des solutions différentes qu'il n'hésite pas à fonder sur un retour « aux idées de Beccaria et de Bentham ».

Que la sagesse conduise, de nos jours, en criminologie, à reculer pour mieux sauter montre indiscutablement qu'à l'incertitude des fondements est venue s'ajouter la constatation d'un échec au plan méthodologique, faute d'avoir su définir, avec suffisamment de précision, l'objet de la criminologie.

*

**

Dispersée dans son domaine, incertaine dans ses méthodes, la criminologie se trouve nécessairement en quête d'un *objet* spécifique, seul susceptible de donner à la discipline sa dimension scientifique⁵. Comme l'a excellemment montré le professeur R. Gassin⁶, il existe un lien étroit entre le premier et la seconde, dès lors que l'on souhaite s'accorder sur l'objet. Or, à l'évidence, la participation aux débats, après la lecture du programme, et à la lumière des quelques travaux déjà publiés, reflète nettement l'incertitude ressentie sur ce point. En un sens, n'hésitons pas à le répéter, de cette incertitude naît sans doute une production abondante dans laquelle, avec le recul du temps, mais au risque d'une certaine obsolescence, la criminologie finira probablement par trouver sa voie.

Le risque réside, à l'heure actuelle, dans une perte de crédibilité dans l'efficacité des enseignements de la criminologie. Faute d'être en mesure de discerner, dans la masse de la production contemporaine, les travaux obéissant à des critères scientifiques rigoureux, la discipline se trouve exposée aux aventures idéologiques souvent suscitées par des récupérations aléatoires, auxquels sont tentés de se livrer des « décideurs » désireux d'acquiescer à bon compte une légitimité pseudo-scientifique.

La confusion des rôles, aujourd'hui entretenue par les organisations internationales à caractère universel ou régional intervenant dans le domaine de la politique criminelle, ne peut qu'accroître un tel risque. C'est ainsi que les quatre grandes associations (Association internationale du droit pénal, Société internationale de criminologie, Société internationale de défense sociale, Fondation internationale pénale et pénitentiaire) qui agissaient autrefois dans leur domaine spécifique, mais de façon coordonnée au sein du Comité international de coordination (CIC), ont vu leur identité se diluer dans un organisme élargi (ISPAC)⁷, aux missions incertaines.

S'il est vrai que, de nos jours, l'objet de la criminologie ne saurait se borner à la seule étude de l'action criminelle, pour s'y adjoindre l'étude de la « valeur scientifique des moyens de lutte contre la délinquance »⁸, force est de constater que la criminologie doit, sur ce point, se doter de moyens sérieux d'évaluation. On regrettera, dans ces conditions, que l'étude des méthodes et des techniques d'évaluation tant des politiques publiques que des prises en charge cliniques ait été aussi absente du Congrès de Budapest.

On serait tenté de dire que, en l'état actuel des choses, mieux vaut peut-être ne pas trop s'attarder sur ce terrain, en attendant des jours meilleurs.

5. V. Pinatel, *Traité de criminologie*, 3^e éd. n° 7 et s.

6. R. Gassin, *Criminologie*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1990, n° 18 et s.

7. International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program.

8. R. Gassin, *op. cit.*, n° 45.

F. CHRONIQUE DE POLICE

Police en mouvement

Jean SUSINI

*Président honoraire de l'Association française de criminologie **

En marge de ses recompositions structurelles, la police dévoilerait-elle ses invariants – chargés de sens – de portée anthropologique? Au travers desquels se devine la recherche constante d'une légitimation spécifique. Déjà en 1705, Nicolas De la Mare la fondait à partir du constat de dysfonctionnements sociaux. Dont le traitement conférait tout simplement à la police de travailler pour le bonheur des peuples! Notamment celui de la cité¹.

Ce paradigme vit toujours. On y part du constat d'un défaut dont le traitement est l'occasion de produire un bien. Les actuels dysfonctionnements du milieu urbain suivent la même trajectoire de sublimation. L'insécurité a déclenché une politique de production de sécurité.

On a confié à l'Institut des hautes études sur la sécurité intérieure (IHESI) la mise à l'étude d'une problématique de la sécurité dans la perspective de la sensibilisation générale des polices. Il s'agit de la sécurité intérieure.

Il se trouve que l'Etat, qui jouait le rôle de référent de la police, est lui-même en pleine transformation paradigmatique.

Dans un livre récent, J.-J. Gleizal², visant surtout les rapports de l'Etat et de la police, en vient à clore son discours analytique par une réflexion philosophique qui nous paraît mettre l'accent sur la dimension métaphysique de la police : l'observateur « a le sentiment d'être perpétuellement à la recherche d'un objet insaisissable ».

La police interroge l'Etat, celui-ci l'observe! (J.-J. Gleizal voit dans la police, un « laboratoire de l'Etat ».)

Les plus anciens discours fondateurs se rencontrent, par-delà les millénaires, avec les plus actuels : la police est vouée au bonheur des peuples!...

Dans son rapport au roi (destiné à l'empereur germanique) en 1770, J.B. Le Maire décrivait une curieuse police judiciaire³.

L. Chevalier, dans *Classes laborieuses et classes dangereuses*⁴, notait que la police de l'époque cherchait à comprendre la signification des tragédies qu'elle observait. Les rapports de police insistaient sur les causes sociales de la criminalité et des désordres.

* Ancien chef du bureau de la criminologie et des sciences humaines de la police nationale.

1. Cette *chronique*, cette *Revue* 4.1973.

2. Jean-Jacques Gleizal, *La Police en France*, Paris, Presses universitaires de France, collection « Que sais-je ? », 1993.

3. Cette *chronique*, cette *Revue* 2.1990.

4. Plon, 1958.

N'appréciaient pas les faits en seuls termes de répression ou d'autorité. Il faut savoir que certaines situations critiques « laissent entrevoir le tréfonds charnel » de l'existence collective urbanisée.

On devine à l'œuvre l'appel pour un futur paradigme de la police qui la fonde sur la conscience d'être, depuis les origines légendaires de sa création, un témoin réaliste de la misère qui peut, à un certain moment, déclencher les formes « inférieures » de la révolution⁴.

Notes pour une anthropologie de la police

Les chemins de toute légitimation passent par le détour anthropologique. D'ailleurs s'observe une crise générale de l'institutionnalisme. Il semble que les institutions soient débordées ou inefficaces par épuisement paradigmatique, c'est-à-dire de la référence au nom de laquelle elles interviennent dans la vie du sujet-roi.

Nous avons souligné qu'il y a appel à la police dès que les valeurs vitales sont en jeu. Par là nous voulions indiquer que la police doit disposer d'une référence fondamentale qui ne peut pas être confondue avec toute forme ordinaire de discipline : régulation, gestion, managérialisme... De plus graves valeurs sont en jeu. Le modèle institutionnel de la police doit notamment prévoir qu'elle n'intervient que lorsque les institutions ordinaires sont en perte de vigueur au niveau des référentiels dont la légalité n'est qu'une pâle idole.

Mais le référentiel de la police n'est-il pas, lui-aussi, quelque peu démodé ! Dans les recherches sur la police, on fait allusion à un besoin de revitaliser cette légitimité qui pour elle s'enracine dans les fondements mythiques de l'ordre social.

Mais le ressort généalogique de la police lui vient directement des dysfonctions sociales. Il est reconnu, en conséquence de la décentralisation administrative, que la police dépend de deux demandes, entre lesquelles elle s'interpose : le pouvoir et la société civile. Aux polices monarchiques royales ou républicaines elle substitue un modèle de style aporétique. Il lui faut, constitutionnellement (au sens organique) faire valoir en même temps deux sphères de valeurs condamnées à la coexistence.

D'où de nouveaux besoins d'implantation et surtout une nouvelle formation, devant ensementer des ressources nouvelles. Des capacités de donner vie à la fameuse autonomie qui s'impose dans l'exercice de la police dite de proximité, c'est-à-dire tout simplement agissant à l'échelle d'une agglomération...

Il est curieux qu'une relation toujours servie par la police municipale paraisse une nouveauté ! Mais l'important est que la formation soit à la mesure de cette forme nouvelle de légitimation anthropologique de la police. Il se peut d'ailleurs que cette évolution se recoupe avec celle de la justice. Cette dernière n'est-elle pas par essence et par méthode, monographique et singularisante ! Donc tout à fait à son aise pour agir ainsi plus anthropologiquement que selon le style généraliste de l'action administrante. On observera que la police est bien cet indispensable chaînon qui, dans certaines situations, réalise *synthétiquement* une unité des pouvoirs.

Mais ces considérations seront sans doute dépassées, en ce sens que de nouvelles alliances interfonctionnelles vont s'imposer, face aux problèmes, qui constituent le référentiel le plus puissant.

Deux approches seront examinées ici. L'anthropologie dogmatique et l'anthropologie juridique. Nous proposerons des réflexions. Les matières sont bien trop riches et complexes pour subir d'excessives simplifications.

L'Etat, porte-parole consacré de toute légitimité, recompose sa façon d'être et d'agir. Mais le politique ne peut attendre. On comprend que la recherche d'un nouveau référentiel pour la police soit prioritaire. On peut s'attendre à ce que l'Etat s'oriente plus

vers l'<institution> de la vie civile que dans le sens d'une intimidation centraliste. La police entrera dans un nouveau style de participation avec la population. Ceci au travers des services locaux. Mais cette participation à la vie sociale générale, qui se réalisera par des politiques de prévention sociale générale, ne règlera pas tout. L'insécurité, analysée dans sa structure, renvoie à des réponses sociales. Ce qui, nous l'avons souligné, aboutit à la production de sécurité. Mais cette sécurité « sociale » ne concernerait qu'une forme d'insécurité. Celle qui vise l'emploi, c'est-à-dire la raison et les moyens de vivre des êtres humains.

Dans notre introduction, nous avons évoqué des risques de violence, incontestablement légitimes dans leurs revendications. Les exemples se multiplient où des citoyens en colère s'écrient publiquement devant la télévision « qu'ils n'ont plus rien à perdre »...

De nouvelles formes de violences sont-elles à redouter ! Elles seraient produites par des formes d'anomie imposée. Le paradoxe, pour la police, serait d'être obligée de pacifier, en respectant les motivations, au point de voir en elles des légitimités contraintes de subir les processus du passage à l'acte⁵. De sa propre légitimité la police ne doute pas, à moins que la société civile ne la lui refuse, lui reprochant de n'être que *légaliste*, de n'avoir qu'une légitimité légale. Ce qui poserait, précisément, le problème des rapports entre la légalité et la déontologie. Toutes ces éventualités doivent être évoquées. Car une solution déontologique, légale et légitimante peut être dégagée. Nous y ferons allusion.

Notons, dès maintenant, que le besoin, comme le désir de police, s'entrecroisent dans la vie courante. La police serait-elle un processus institutionnel très particulier ! Il serait intéressant d'y voir de plus près. Une institution qui n'en est pas une, ou qui ne fonctionne pas comme les autres ! La sociologie de la police, comme le droit public, semblent s'arrêter dans leurs explorations de la police au moment de l'action : on en parle après...

La police n'a pas manqué de prendre en main sa propre légitimation. Elle intègre progressivement en elle l'esprit déontologique. La déontologie ne doit pas être perçue comme une limite au pouvoir politique d'employer la police. Mais comme une contrainte à pratiquer une politique dans laquelle le recours à la force ne jouerait aucune carte politicienne. La déontologie mobilise l'ensemble des actants impliqués dans la politique de traitement d'une problématique. La déontologie entre en scène de façon disciplinaire. Elle devra devenir un espace juridique confirmé. Un jour, l'esprit et le droit déontologiques produiront des effets spectaculaires. De nouvelles façons de « policer » ne sont-elles pas déjà en train de naître dans certains points chauds de l'Europe. Où l'on fait savoir que l'action n'excuse pas tout. Et que la catégorie d'une justice du type jugement dernier ne sera plus une utopie ! Les nouvelles générations de policiers seront peut-être heureuses de se référer à la référence déontologique.

*Invitons l'anthropologie dogmatique à se présenter*⁶

Du prologue par Pierre Legendre à « Fondement généalogique de la psychanalyse » nous présentons les traits les plus suggestifs :

– interrogation sur la mise initiale de toute vie humaine : être né de deux sujets parlants. Se trouve concerné l'ordre généalogique, la filiation en tant qu'ordre lié à la reproduction de la parole... ;

– toute pratique touchant le sujet humain est une pratique de la référence, implique donc le respect de la loi constitutive du « vivant parlant » (ce qui éclairera mieux la pratique, si grave, de l'identification qui est au cœur de toute police ne fonctionnant pas

5. Tel que la criminologie clinique le décrit !

6. *Filiation – Fondement généalogique de la psychanalyse*, Alexandre Papageorgiou et Pierre Legendre, Fayard, 1990.

comme organe anonymisateur, massifiant et qui gouverne en toute dignité (quasi mirandolienne) la démarche de police dite judiciaire) ;

– il faut instituer la « chair humaine » pour qu'elle vive, et se reproduise humainement marquée. D'où, partout et toujours, la notion de filiation. Concept universel qui doit être traité en principe politique d'organisation, devant assurer l'assemblage du biologique, du social et du subjectif ;

– d'où la possibilité de comprendre la société comme figure de l'espèce. Les techniques de filiation sont réponses sociales à l'impératif de différenciation dont dépendent la vie et la reproduction de l'humanité. (Notons, de suite, que l'une des fonctions incorruptibles inscrites dans l'être décrites par E. de Greeff a pour versant psychologique un irrésistible sentiment de destinée, soit d'être attendu, prévu, d'être individuellement reconnaissable, et dont le refoulement ou l'altération intéresse la criminologie clinique) ;

– tout cela parce qu'une société est une « organisation soumise au statut de la parole » ce qui lui confère de se reconnaître elle-même comme entité douée d'un pouvoir normatif et composée d'humains subjectivement différenciés ;

– la psychanalyse est une voie d'accès à la reconnaissance de l'impératif de différenciation où fonctionne le processus de subjectivation (soutenir l'humanisation des nouveaux venus) ;

– ce qui contraste avec un conformisme tendant à voir les choses institutionnelles comme une pure gestion d'un bétail de consommateurs-citoyens, censé rivé à la normalité comportementaliste. L'image du sujet auto-fondé serait inassumable, donc terrifiante... ;

– on constate là encore convergence avec la théorie des fonctions incorruptibles d'E. De Greeff. Ces fonctions sont irrésistibles, déjà là dès la naissance et sont a-morales, aveugles. Elles s'expriment psychiquement par des sentiments évoquant la destinée, la responsabilité, le sentiment de justice ;

– si ces impératifs sont court-circuités, il y a risque de dé-subjectivation, avec désespoir... De ces incertitudes constitutives du sujet il doit être tenu compte : c'est la tâche du principe de filiation, dans chaque société ;

– entre en jeu le principe généalogique, traduction de la logique de la référence partout dans l'espèce parlante. Ce principe désigne l'institution du sujet, avec agencement du principe de raison – qui serait la référence fondatrice. Ce qui fait que l'homme se trouve inscrit dans une société, laquelle est arrimée à l'espèce... ;

– chaque être doit être capable d'entrer dans les liens, en métabolisant ce qui fait obstacle à la vie (inceste – meurtre), à quoi répond l'interdit comme capacité d'assurer l'institution de la vie ;

– dans cette perspective, la représentation du père est un indispensable ressort structurant ;

– tout finalement gravite autour du thème « pourquoi des lois ? ». Comment faire jouer le *lien vivant* du sujet face à cette énigme ?... Les Romains parlaient d'instituer la vie. Il faut pour cela redécouvrir les frontières de l'être, au cœur duquel se joue le destin des filiations, en chacun de nous, en tant que sujets ;

– d'où l'importance du *nom*. Il met en scène, en abrégé, la légalité d'une appartenance à l'humanité. Demander son nom à une personne est chose délicate. Un référentiel sérieux doit organiser cette question. Toute relation du type « faire connaissance » s'achève par l'offre de son état-civil. Et les montages institutionnels impliquent tous le nom du sujet. Il s'agit d'une économie symbolique de base, pour tous les rapports au monde et même de soi à soi. « Le nom colle aux os », disait-on jadis...

C'est donc une question délicate, anthropologiquement surdéterminée que celle d'être nommé. Le nom et la filiation n'ont pas fini de s'articuler au bénéfice du sujet.

Cette présentation est suffisante pour notre propos. Elle suggère bien des commentaires. On y reviendra pour définir un éventuel nouveau référentiel, en quelque sorte fondateur des activités de police.

Écoutons l'anthropologie juridique

La police se découvrant dualiste doit équiper ses personnels selon une nouvelle hiérarchisation des savoirs. De nouveaux éclairages s'imposent. Dans le creuset formateur, les recherches d'anthropologie juridique sont appelées à jouer un rôle déterminant tant dans la conception du travail de terrain que dans son exécution à distance humaine de l'observation des choses et du respect du pluralisme culturel imposé à notre civilisation où le droit positif doit s'ouvrir aux interprétations anthropologiques. Et la police ne peut plus agir au nom d'un unique visage du droit. Il lui revient d'agir au niveau des conflits qui sont son quotidien en évitant toute pratique impliquant une contrainte acculturante de principe.

Nous nous contenterons d'évoquer cet inestimable enrichissement de ses ressources adaptatives en évoquant une remarquable étude consacrée à une thématique qui recoupe si bien son champ d'intervention : *La vengeance*⁷.

Il s'agit d'études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie, présentées par MM. Verdier et Courtois. Le droit y est perçu comme système socio-culturel et linguistique dans des civilisations différentes. Par le thème, il s'agit d'une étude sur les rapports de la violence et du droit.

En refoulant la vengeance, on s'est privé de la connaissance d'une forme universelle de l'interaction sociale. L'étude anthropologique de la vengeance a permis de distinguer entre le mouvement vindicatif pur et une logique vindicatoire. La vengeance s'inscrit dans d'authentiques coutumes et institutions. Elle peut se parcelliser phénoménologiquement dans diverses conduites conflictuelles. Et s'inscrire dans des combinaisons synchroniques de pratiques différenciées de rétorsion. Elle peut jouer quasi institutionnellement. Il apparaît que les causes de la violence ainsi thématiquées peuvent être réglées autrement que par un strict monopole étatique.

Réflexions générales d'ordre policologique

Compte tenu du caractère particulier du travail de la police, l'anthropologie dogmatique l'invite à rechercher sa référence par une exploration anthropologique des désirs et des besoins de police, tels qu'ils s'affirment actuellement. Ceci dans une perspective prospective. On a proposé le mot de sécurité comme stimulant général de l'ensemble des pratiques de sécurité. Pour la police, la formule se particularise en insistant sur sa dimension spécifique et cela donne sécurité intérieure. Ce référentiel postule la cohérence d'une problématique trans-institutionnelle générale. Son caractère référentiel serait confirmé par le travail de transformation d'un mal en un bien. Mais aussi avec l'exercice d'une fonction réductrice de l'anomie socialement engendrée. Cette protection morale rejoindrait celle qu'est supposée réaliser par la voie symbolique le référent évoqué par l'anthropologie dogmatique, contre l'angoisse du vide indicible, de l'abîme irréprésentable...

Nécessité du rôle d'un tiers social qui puisse intervenir au niveau et au moyen d'un éventuel déterminisme symbolique. L'intensité des valeurs de survie sous-tend l'émergence d'un interdit anthropologiquement légitimé. Cela permet de calmer l'angoisse devant l'énigme du « pourquoi des lois ». Par ailleurs, dans la même mouvance

7. *La vengeance*, 4 tomes (Sociétés extra-occidentales, Quelques civilisations antiques, Pensée occidentale), Editions Cujas, 1994.

anthropologique, le nom permet au sujet de disposer d'une dignité état-civilement fondée.

L'IHESI a mission d'étudier la problématique de la sécurité intérieure : il assemble dans cette perspective les potentialités de toutes les pratiques de police, y compris la police privée⁸.

Dans l'élaboration d'une telle problématique, la formation (perçue comme un ensemencement de ressources susceptibles de structurer en termes de durée une capacité d'adaptation perpétuellement en alerte et ouverte) devra être en constante interaction avec des ensembles chercheurs tels que celui qui a permis à M. Verdier d'éditer les résultats de la vaste recherche sur la vengeance que nous avons évoquée⁹.

L'approche anthropologique éclairera autrement les rapports du droit et de la police, d'une manière qui est cousine de celle que la criminologie lui a depuis longtemps proposée...

8. V. notes sur la police privée, J. Susini, cette *Revue* 1973.2.

9. Norbert Rouland, L'Etat, la violence et le droit, in *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Editions Odile Jacob, Paris, 1991.



I. – NÉCROLOGIE

Jean COSSON
(1916-1993)

Jean Cosson, conseiller honoraire à la Cour de cassation, nous a quittés le 3 décembre 1993 et la *Revue de science criminelle* à laquelle il avait apporté une précieuse collaboration ressent cruellement la disparition d'un homme dont la personnalité exceptionnelle doit être évoquée sous ses trois aspects : le magistrat, le résistant, le juriste.

Ce qui est à noter tout d'abord, c'est que le début de sa carrière judiciaire se confond avec ses activités de patriote intransigeant. Il n'est pas sans signification de constater qu'il était né en pleine bataille de Verdun, le 8 mars 1916 à Bar-le-Duc, ville dont son père était alors le procureur de la République, et que le déroulement de la carrière paternelle l'a ensuite amené à passer sa jeunesse en Lorraine et en Alsace « recouvrée ». C'est au collège de Saverne qu'il commence ses études secondaires, qu'il les poursuit au lycée de Metz et qu'il les termine en classe de philosophie au lycée Henri-Poincaré à Nancy.

En 1935, il entre à la faculté de droit de Nancy et obtient sa licence le 10 juillet 1938. Presque aussitôt, il prête le serment d'avocat stagiaire et entre en septembre au parquet du tribunal de Nancy en qualité d'attaché stagiaire.

En 1939, il passe avec succès deux diplômes d'études supérieures de droit privé et quelques jours après la déclaration de guerre épouse une étudiante originaire de Pologne.

Élève-officier de réserve à l'École des chars de combat, il est nommé aspirant le 2 février 1940 et affecté à un régiment de chars.

Dès sa démobilisation, il est recruté par le professeur Paul Rivet, ami de son père, pour le réseau de résistance du Musée de l'homme, puis il franchit clandestinement la frontière de la zone interdite, en forêt de Saint-Dizier, et reprend à Nancy ses fonctions d'attaché au parquet et d'avocat stagiaire. Avec son épouse qu'il a retrouvée, il commence à faire acte de résistance en apportant son aide aux prisonniers évadés. Ce qui ne l'empêche pas de préparer avec acharnement le concours de la magistrature, auquel il est reçu en juillet 1941.

Nommé en octobre juge suppléant à Nancy, il profite de ses fonctions intérimaires dans plusieurs tribunaux du ressort pour assurer des liaisons utiles avec des groupes de résistance de Lorraine. Le 1^{er} avril 1943, il est installé comme juge d'instruction à Briey, et le chef régional de l'ORA (Organisation de résistance de l'Armée) le nomme chef du secteur qui correspond à l'arrondissement administratif. Ses fonctions judiciaires vont ainsi faciliter celles du résistant, lesquelles consistent en particulier à cacher et à convoier les habitants de cette région annexée qui, échappant à l'incorporation de force dans la *Wehrmacht*, sont féroceement pourchassés par la police allemande de Briey.

Certaines organisations de résistance, notamment Libération-Nord et Résistance-Fer, organisent de manière intense des sabotages sur les grandes lignes ferroviaires et dans les aciéries de la région. Jean Cosson est chargé par ses chefs de prendre contact avec ces réseaux et de préparer leur unification. Bien souvent, les gendarmes, en langage convenu, transmettent au juge d'instruction un message annonçant un sabotage. Après l'attentat, le jeune magistrat organise un transport de justice au cours duquel il rencontre

les agents de la Gestapo. Il feint de partager leur indignation, non sans échanger des regards complices avec les gendarmes et les techniciens de la SNCF, tous « dans le coup ».

En mars 1944, un agent de l'ORA arrêté par les Allemands fait prévenir Jean Cosson par le gardien-chef de la prison qu'il a parlé sous la torture. L'homme s'est suicidé dans sa cellule et, dans les heures qui suivent, des arrestations interviennent, laissant prévoir que tout ce réseau va être démantelé.

Sur le conseil du sous-préfet, Jean Cosson se résout à s'enfuir avec son épouse. Tous deux dissimulés dans le camion d'un laitier gagnent Nancy où des amis et un cousin vont leur permettre de se cacher.

Il est présenté au chef régional de l'ORA, Gilbert Grandval (le futur ministre), qui l'informe de l'unification des mouvements de résistance sous le nom de FFI et lui donne mission d'aller la réaliser dans le secteur de Briey, dont il le nomme chef, sous le pseudonyme de « commandant Duval ».

Et c'est ainsi que le juge d'instruction, devenu clandestin, organise et commande le maquis du secteur nord de la Meurthe-et-Moselle et d'une partie du département de la Meuse. Les actions se succèdent : réceptions de parachutages, coupures de voies ferrées et de lignes téléphoniques. Le jeune chef est secondé par sa femme qui n'a cessé de partager ses activités, son idéal et ses risques. Elisabeth Cosson devient l'agent de liaison du réseau auprès de Gilbert Grandval, lequel en juillet 1945 lui remettra la Croix de guerre « sur le front des troupes », place Stanislas à Nancy.

Mais le débarquement approche et le 1^{er} juin 1944 le message d'alerte passe à la BBC. Le 5 juin à 19 heures, parmi plusieurs messages personnels, la radio de Londres diffuse celui qui est destiné au secteur de Jean Cosson.

Dans les jours qui suivent, les actes de sabotage et guérilla s'accroissent. L'action la plus spectaculaire est l'attaque par le commandant Duval et ses maquisards, le 30 juin à minuit, en pleine ville de Longuyon, d'un dépôt de la *Wehrmacht*. La prise de deux tonnes et demie de carburant permettra d'intensifier le harcèlement des unités allemandes qui battent en retraite vers l'est.

Le 31 août, à Verdun, il prend contact avec l'Etat-major du général Patton, et annonce qu'il partira, le lendemain, en avant-garde à la poursuite de la *Wehrmacht*. Le soir du 1^{er} septembre, il libère la ville de Briey.

Jusqu'à la fin du mois, il combat avec l'armée américaine. Toujours en avant-garde, il entre le premier à Luxembourg, le 10 septembre. Plusieurs de ses FFI seront blessés à Vianden et soignés par les dames luxembourgeoises.

Le 1^{er} octobre, il prend à Longwy le commandement du bataillon 4/20 qui, en décembre, près de Sedan, sera affronté à l'armée Von Rundstedt. Au mois de mars 1945, le bataillon est incorporé au 26^e R.I., lequel, affecté à la VII^e Armée US, entrera en Sarre et en Rhénanie.

Le magistrat s'était effacé devant le soldat. Il reprend ses fonctions, fin juin 1945, comme « officier »-juriste au *Kreis* de Constance, où il procède à la réouverture des tribunaux allemands. Les années suivantes, il contrôlera, à divers titres, la justice allemande de la zone française d'occupation, auprès de son ami Robert Schmelck, et contribuera à sa réorganisation. En 1953, il sera le juge français à la Cour suprême des restitutions, à Berlin.

En 1957, il rentrera en France comme substitut au tribunal de la Seine. Il retournera dans sa Lorraine natale, en 1974, comme procureur général à Metz, où d'ailleurs son père avait été Avocat général en 1934.

Enfin, le 4 mars 1977, il est nommé conseiller à la Cour de cassation et affecté à la Chambre criminelle qu'il quittera le 9 mars 1984 pour prendre sa retraite.

De même que le patriote intransigeant a fait de la Résistance au plus haut niveau, le magistrat veut donner toute sa mesure en qualité de juriste.

Dès son affectation comme substitut à la section financière du Tribunal de la Seine, Jean Cosson perçoit la véritable dimension de la criminalité financière qui fausse le jeu de la libre concurrence, engendre sur le plan social des inégalités et provoque sur le plan humain la ruine de familles entières. Il mesure, en particulier, l'ampleur de la fraude à l'impôt qui se traduit par des infractions de toute nature qui sont réalisées au moyen d'opérations occultes ou fictives. Le substitut Cosson ne se contente pas de traquer, dans l'exercice de ses fonctions, ceux qui se livrent à ces manœuvres, mais il dénonce publiquement ce qu'on appellera désormais grâce à lui la « délinquance en col blanc ». Il publie des ouvrages devenus célèbres et qui lui assurent une réputation internationale : *Les industriels de la fraude fiscale* et *Les grands escrocs en affaires*.

Il démontre que les fraudeurs utilisent des firmes de façade et des hommes de paille, mécanismes décrits sous la dénomination devenue classique des « sociétés taxis ».

Les travaux de Jean Cosson sont dès lors donnés en exemple à tous les magistrats de France. En juin 1965, le garde des Sceaux adresse à tous les procureurs généraux une circulaire ayant pour objet la répression des fraudes sur la « taxe à la valeur ajoutée ». Pour inciter les magistrats du ministère public à mieux exercer cette répression, le document recommande la lecture d'une étude parue dans un recueil de droit pénal sous la signature de Jean Cosson : Un scandale méconnu : les fraudes sur la TVA.

C'est à une véritable croisade qu'il se consacre, exposant ses idées et ses réflexions non seulement dans des revues juridiques, mais aussi dans la grande presse française ou étrangère. Avec le courage qui le caractérise, il n'hésite pas à s'exprimer en toute liberté au cours d'une conférence publique et critique certaines pratiques des services du ministère des Finances, ce qui lui vaut un rappel à l'ordre du garde des Sceaux par la voie hiérarchique. Il lui est reproché d'avoir méconnu l'obligation de réserve !

Il n'en continue pas moins à parfaire la doctrine qu'il a réussi à introduire dans le droit pénal des affaires et, bien entendu, une fois conseiller à la Cour de cassation, il apporte avec talent sa contribution à l'œuvre de la Chambre criminelle dans l'élaboration et l'affinement de sa jurisprudence en matière financière et fiscale.

Jean Cosson continue à publier articles et commentaires à la *Semaine juridique*, au *Dalloz* et à la *Revue de science criminelle*. Il participe à de nombreux colloques internationaux où son audience est incontestée, dans la mesure où il sait exprimer sa pensée juridique originale grâce à son aisance dans la pratique des langues anglaise et allemande.

Officier d'Etat-Major, Officier de liaison interalliée, colonel de Réserve, il fut aussi auditeur à l'Institut des hautes études de défense nationale. Toutes ses décorations lui furent attribuées à titre militaire, jusqu'à la Croix de Commandeur de la Légion d'honneur.

De 1945 à sa mort, il se dévouera sans compter pour le rapprochement de la France et de l'Allemagne. Ce combat – un de plus – qui le verra, entre autres, présider de 1981 à 1991 l'Association pour les échanges entre juristes français et allemands, sera couronné, en 1992, par la Cravate de Commandeur de l'Ordre du mérite de la République fédérale d'Allemagne.

Les magistrats de la Chambre criminelle sont fiers d'avoir compté parmi eux ce grand Français, ce magistrat exemplaire, ce fin juriste. Les collaborateurs de la *Revue de science criminelle* partagent cette fierté et garderont longtemps le souvenir de celui qui avait su les faire bénéficier à la fois de sa compétence et de son amitié.

André BRAUNSCHWEIG
Ancien président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

II. – CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

COLLOQUE INTERNATIONAL DE L'AIDAC (ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DÉVELOPPEMENT COMMUNAUTAIRE) (Banglamung (Thaïlande), avril 1993)

Gestion de l'environnement et des ressources humaines par le développement communautaire

Le colloque annuel de l'AIDAC était inspiré de l'idée centrale suivante ; les problèmes d'environnement et de ressources naturelles, avec leurs multiples aspects, ne constituent pas uniquement une préoccupation pour les gouvernements. Sans doute, ce que les autorités nationales peuvent réaliser dans ce domaine est hautement important et essentiel. Mais les problèmes se manifestent aussi sur le terrain, là où les hommes et les femmes mènent leur vie quotidienne, c'est-à-dire au sein de leurs communautés. C'est la raison pour laquelle nous devons agir à ce niveau, imaginer des idées nouvelles, inventer et diffuser des attitudes et des comportements nouveaux.

Le but du colloque était donc de découvrir ensemble les possibilités d'action à la base, dans différents domaines comme :

- la gestion et la conservation des ressources (forêt, eau, sol, matières premières...),
- la lutte contre les diverses formes de pollution,
- le recours aux technologies appropriées et localement disponibles,
- l'introduction de nouveaux comportements en matière de consommation, sans gaspillage, sans imitation servile de modèles étrangers, sans être victime de la publicité,
- l'utilisation de modes de production qui respectent la nature et l'environnement,
- la collecte, la destruction et la transformation des déchets, etc.

Suivant la tradition des colloques de l'AIDAC, nous avons étudié les sujets de nos travaux en trois étapes. D'abord, nous avons écouté les rapports des participants qui rendaient compte des expériences de leur pays ou mouvement. Ensuite, nous avons discuté ces expériences en ateliers, suivant un schéma commun. Enfin, nous avons conclu ces échanges par des propositions pratiques qui résumaient les idées émises.

Des rapports ont été exposés par des participants venus des pays suivants (dans l'ordre des présentations) : Thaïlande, Grande-Bretagne, Corée du Sud, Fédération européenne des ONG de l'environnement, Cameroun, Sri Lanka, île Maurice, Pakistan, Côte-d'Ivoire, Afrique du Sud, Inde, Hong Kong, Koweït, Chine, Nigeria, Australie, Egypte, Mozambique, Zaïre.

Dans leurs conclusions, les participants ont souligné les caractéristiques principales de la démarche de développement communautaire dans la gestion des ressources naturelles et pour résoudre les problèmes posés par l'environnement.

1. Le développement communautaire (DC) a élaboré une méthodologie éprouvée pour identifier les problèmes et les besoins d'une population, avec la collaboration de celle-ci.
2. Le développement communautaire (DC) implique dans son processus les habitants de nos villes et de nos villages, avec leurs familles, et est soucieux de les mobiliser et de les rendre responsables de leur destinée.
3. Le développement communautaire (DC) est aussi une démarche pour concevoir des projets et pour les réaliser.
4. La participation des membres de la collectivité est l'élément clé de la méthode. Elle

doit être présente à chaque étape du processus. Elle garantit que les projets sont considérés par les gens comme étant les leurs. Ils savent que ce sont eux qui en bénéficieront.

5. Le développement communautaire (DC) assure l'éducation et la formation. Or, la gestion des ressources naturelles et humaines a besoin de l'une et de l'autre.

6. Le développement communautaire (DC) est une des meilleures voies pour introduire des innovations.

Les participants ont aussi dégagé les critères auxquels doit répondre un bon projet de développement communautaire :

1. émaner d'une communauté bien délimitée,
2. répondre aux besoins clairement identifiés d'une population déterminée,
3. mettre en valeur des ressources humaines et matérielles locales,
4. se greffer sur une initiative déjà prise sur place, qui garantit la volonté de progrès des intéressés,
5. avoir des objectifs définis avec précision et dotés de moyens adéquats,
6. être reproductible et susciter un effet d'entraînement,
7. arriver, dans un temps raisonnable, à se suffire en hommes et en moyens financiers,
8. être géré et contrôlé par des procédés démocratiques, par la participation de la population,
9. avoir un leadership reconnu et compétent,
10. être périodiquement évalué en cours d'exécution.

Les projets prennent en charge les problèmes et répondent aux besoins. Les problèmes ne sont pas d'égale importance. Il faut donc arbitrer entre les projets pour les résoudre. Les priorités sont à choisir grâce à un dialogue continu entre la population locale et les professionnels du développement communautaire.

Pour que cela soit possible, la pratique du développement communautaire exige :

1. la formation de tous les intéressés (les leaders locaux, les hommes et les femmes, les jeunes, etc.),
2. l'accès à l'information, y compris la compréhension des données sociales, économiques et techniques des problèmes et des projets,
3. l'appui des autorités publiques,
4. l'accès à l'assistance technique.

Il faut toujours tenir compte du contexte local particulier, des coutumes, des mentalités qui conditionnent, en dernière analyse, les choix de la population.

Les organisations de développement communautaire rencontrent d'autres acteurs sur le terrain, aussi bien des organisations non gouvernementales que des agences gouvernementales. Il est important d'éviter les doubles emplois, les concurrences, et à cet effet le dialogue et la concertation, dans le respect de la spécificité de chacun, s'imposent.

Les projets de développement communautaire suivent une approche globale. Cela signifie que toute initiative est à intégrer dans une démarche qui s'attaque aux problèmes sous tous leurs aspects. Ainsi, la question de l'environnement et des ressources naturelles n'est pas isolée des activités qui conditionnent sa solution : projets économiques, culturels, éducatifs, etc.

Rudolf REZSOHAZY
Président de l'AIDAC

VALEUR ET PRINCIPES DE LA CODIFICATION PÉNALE : LES EXPÉRIENCES ITALIENNE, FRANÇAISE ET ESPAGNOLE COMPARÉES

(Florence, 18 et 19 novembre 1993)

Le Colloque international, organisé par la Faculté de droit et le Département de droit comparé et pénal de l'Université de Florence sur « Valeur et principes de la codification pénale : les expériences italienne, française et espagnole comparées », a réuni les 18 et 19 novembre 1993, à Florence, des spécialistes de différents pays.

Après le discours d'ouverture du doyen de l'université de Florence, et l'introduction du président de la faculté de droit, le professeur Francesco Palazzo, en sa qualité de directeur du Département, a indiqué la raison principale du colloque, c'est-à-dire la nécessité de penser au code non seulement comme à un ouvrage technique mais aussi et surtout comme à un texte « historique », dans un moment où s'effectue un processus de nouvelle codification en Italie, en Espagne et en France. Dans cette perspective, a conclu M. Palazzo, la rencontre entre spécialistes des trois pays vise non seulement à confronter des expériences différentes dans le but de parvenir à des résultats homogènes dans un contexte européen mais surtout à réfléchir sur le rôle du code dans la complexité de l'expérience juridique des sociétés modernes.

Les travaux se sont ouverts sur la communication introductive du professeur Giovanni Fiandaca de l'université de Palerme. M. Fiandaca a souligné la nécessité d'une réflexion sur le rôle du modèle de code dans les systèmes juridiques contemporains face à la crise des codes, liée à la naissance et à l'expansion de l'Etat social, et à la prolifération des lois spéciales qui en découle, qui a conduit à la « marginalisation » progressive du code. La réflexion de M. Fiandaca qui s'appuie sur la confrontation des expériences ou des projets de codification en Italie, en France et en Espagne, s'articule essentiellement sur trois points : l'aptitude du code pénal à refléter un système de valeurs commun dans les sociétés pluralistes modernes ; l'apport d'une nouvelle codification pour que la forme-code retrouve sa centralité ; enfin, le rapport entre nouveaux codes et renforcement de la valeur de certitude, c'est-à-dire que la norme pénale doit être avant tout clairement reconnaissable. Pour ce qui est du premier point, M. Fiandaca a observé que même les projets de code, comme le projet espagnol, qui visent à marquer un point de rupture politico-culturel avec le passé, n'offrent pas de nouveautés significatives en ce qui concerne le choix des valeurs protégées mais que ce sont surtout de nouvelles formes d'agressions à des biens déjà consolidés qui ont été caractérisées. Cela confirme, selon M. Fiandaca, la grande complexité du processus de sélection des biens qui font l'objet de la tutelle pénale, difficilement réductible à une référence au catalogue des biens constitutionnels, pour un ensemble de raisons qui peuvent toutes être ramenées à la profonde crise de légitimation du droit pénal contemporain. Sur le deuxième point, M. Fiandaca a observé qu'une nouvelle codification, qui placerait dans le code nombre des délits les plus importants prévus par les lois spéciales, ne pourrait cependant pas exclure des corps normatifs séparés, réservés à des matières sujettes à la contingence du moment, ou particulièrement complexes du point de vue technique, ou encore caractérisés par des formes de tutelle articulées, pénales et non pénales. Par conséquent, selon M. Fiandaca, une nouvelle codification pourrait ne pas arrêter, ou ne pas arrêter pour longtemps, le mouvement centrifuge à partir du code. Sur le troisième point enfin, M. Fiandaca a observé que le renforcement de la valeur de la certitude demanderait la formulation dans le nouveau code d'un nombre limité de normes, claires et visant à protéger des biens appréciés comme valeurs dans le corps social. Ces conditions pourraient difficilement se vérifier dans un code qui doit répondre aux exigences de tutelle de sociétés complexes.

Sur la base de ces considérations, l'intervenant a conclu en observant que la structure

des sociétés complexes d'aujourd'hui incite à douter de la possibilité de codifier : la prétention à ordonner la réalité selon une rationalité unitaire, propre au XVIII^e siècle, semble, en effet, avoir disparu. On prend au contraire conscience de la nécessaire présence de systèmes ou sous-systèmes normatifs différents, par rapport auxquels l'effort réformateur vise surtout à éliminer les contrastes les plus criants.

La communication de M. Fiandaca a été suivie par celle de Mme le professeur Mireille Delmas-Marty, de l'université de Paris I-Panthéon-Sorbonne. Se référant au nouveau code français, cette communication a développé deux thèmes de fond : la prudence du législateur français dans ses choix explicites et la « lourdeur de ses silences », des choix non effectués, qui se répercutent plus négativement sur le code que des décisions explicites. Prudence du législateur signifie avant tout, selon Mme Delmas-Marty, permanence, c'est-à-dire conservation, pour l'essentiel, de l'esprit du code de 1810 qui s'exprime tout d'abord par le maintien du binôme faute-responsabilité au centre du droit pénal ; donc par la conservation de la répartition traditionnelle des délits et substantiellement aussi par la construction d'une partie spéciale réorganisée, mais non radicalement nouvelle. Prudence signifie également continuité dans le sens d'une lente évolution vers l'élargissement du domaine pénal et l'enrichissement des pouvoirs discrétionnaires du juge qui détermine les sanctions ; enfin, cela signifie aussi précaution dans les innovations, annoncées dans une large mesure.

Mme Delmas-Marty a ensuite examiné les silences du législateur en reconnaissant les effets négatifs sur le plan de la qualité de la loi, entendue comme accessibilité des prévisions, avec, en conséquence, la prévisibilité des effets des infractions. Selon l'intervenante, dans le code pénal français, l'attention pour la prévisibilité nécessaire des conséquences de l'infraction n'est pas accompagnée de choix aptes à garantir l'accès aux textes, accès qui dépend tant de techniques de rédaction appropriées des lois pénales que de la construction d'un *corpus* normatif organique, pouvant recueillir toutes les dispositions pénales du système juridique. Ce dernier objectif a été négligé par le législateur du nouveau code qui s'est essentiellement limité à conserver dans le code les dispositions qui en faisaient déjà partie. On n'a donc pas donné suite à la proposition, faite au cours des travaux préparatoires, de regrouper toutes les dispositions pénales contenues dans des lois différentes dans huit livres complémentaires au code et prévoyant, entre autres, une méthode de dénomination informatique des infractions qui aurait remédié à l'absence de *nomen iuris* de nombreuses dispositions de lois spéciales et aurait facilité l'harmonisation du langage pénal. Toutefois, selon Mme Delmas-Marty, le défaut le plus grave du code est d'avoir négligé le contexte, témoignage d'une myopie du législateur, qui semble avoir oublié à la fois le développement, à côté du code pénal, du système de sanctions non pénales, et les exigences de tutelle et d'intégration normative dérivant de l'adhésion à la Communauté européenne. En ce qui concerne le premier point, le législateur n'a pas indiqué les critères qui président au choix entre différents types de sanctions, les indicateurs de gravité des faits et les éléments dont le législateur même déduit l'utilité de la sanction pénale. Pour le second point, Mme Delmas-Marty a observé que la construction européenne du droit pénal est absolument invisible dans le code : dans la partie spéciale, en effet, il n'existe aucune norme de tutelle des intérêts financiers de la CEE et, dans la partie générale, on a évité d'affronter le thème de l'intégration normative entre normes pénales nationales et normes de source communautaire.

Le professeur Antonio Pagliaro de l'université de Palerme, président de la Commission qui a rédigé le projet de loi déléguée pour un nouveau code pénal italien, a ensuite pris la parole. M. Pagliaro a examiné la signification des valeurs constitutionnelles dans le cadre d'une nouvelle codification et des principes contenus dans le projet italien de loi déléguée en tant que concrétisation de ces valeurs.

A propos de valeur de la légalité, en particulier, l'intervenante a observé qu'elle touche aussi le thème des rapports entre code et lois spéciales, vu que l'accès aux normes pénales

est également garanti par un code ayant retrouvé sa centralité. Ce thème a aussi ouvert la deuxième partie de la communication. M. Pagliaro a ainsi illustré les solutions choisies par le projet pour redonner au code sa place centrale : avant tout, insérer dans le code nombre des délits les plus importants prévus aujourd'hui par les lois spéciales ; puis différents mécanismes destinés à étendre les principes des codes au droit pénal accessoire ; enfin, une disposition importante visant à sanctionner la priorité des normes du code sur celles des lois spéciales existantes qui classaient un même fait comme infraction, à moins que ces dernières ne soient confirmées par une loi déléguée spéciale.

L'intervenant a ensuite examiné les lois du projet chargées de redéfinir le principe de culpabilité, en rappelant que la conscience de la « signification » du fait a été incluse dans l'objet du dol, que la responsabilité objective a disparu, que l'inculpation pour faute involontaire a été révisée, et que des innovations ont été introduites dans le système des sanctions pour limiter l'application des peines de détention et assurer l'efficacité préventive de la sanction pénale.

Après cette première série d'interventions, le professeur Ferrando Mantovani de l'université de Florence, membre de la Commission ministérielle, a pris la parole. M. Mantovani a souligné l'importance de retrouver la centralité du code dans l'effort de rationalisation du droit pénal moderne. Retrouver ce rôle central du code se fera, selon M. Mantovani, en y concentrant avant tout les normes touchant à la tutelle des biens fondamentaux, en faisant ainsi du code le lieu d'un droit pénal régulier ou le lieu de la rationalité, et en réservant aux lois spéciales le droit pénal de l'exception et de la nécessité. M. Mantovani a ensuite rappelé les choix qui s'imposent au législateur dans l'œuvre de néo-codification. En ce qui concerne les contenus, le nouveau code ne peut que correspondre au modèle d'un code personnaliste de la liberté, expression sur le plan pénal d'un Etat social de droit. Du point de vue de la technique législative, a conclu M. Mantovani, le nouveau code doit avant tout aller à l'essentiel, ce qui impose une technique de rédaction des lois synthétique, où les lois seront rassemblées selon une objectivité juridique précise liée à la catégorie et à des typologies ontologiques d'agression.

C'est sur la communication du professeur Francisco Muñoz Conde, de l'université de Séville, que s'est ouverte la séance de l'après-midi. L'intervenant a retracé les moments du mouvement de codification en Espagne jusqu'aux transformations politiques après la mort de Franco, et s'est ensuite arrêté sur différentes tentatives d'élaboration d'un code pénal complètement nouveau, jusqu'au projet de 1992, dont il a illustré les points importants. M. Muñoz Conde a souligné que, bien que le projet espagnol s'inspire aux principes classiques du droit pénal d'un Etat de droit, il révèle une tendance à la déformalisation qui s'exprime dans l'utilisation de concepts vagues et de clauses générales et dans l'emploi récurrent de normes pénales en blanc. Selon l'intervenant, cette caractéristique trouve une de ses motivations dans la tendance, qu'on peut noter à la fois dans le projet et dans la législation espagnole la plus récente, à la fonctionnalisation du droit pénal par rapport aux instances préventives, qui comporte un plus vaste emploi du modèle de délit de danger abstrait et une forte présence de biens juridiques universels comme objets de tutelle. Cette tendance détermine un élargissement du domaine pénal, qui ne correspond pas, dans bon nombre de cas, à une meilleure protection des biens juridiques puisque, dans la plupart de ces cas, la sanction pénale n'a qu'une fonction symbolique. Par ailleurs, cette expansion de la sanction pénale ne s'accompagne pas d'une dépénalisation significative dans d'autres secteurs pour lesquels, selon M. Muñoz Conde, le projet espagnol montre, dans l'ensemble, une vocation à la pénalisation.

Le professeur Gaetano Contento, de l'université de Bari, a pris ensuite la parole sur le thème « clauses générales et règles d'interprétation comme principes de codification ». Après avoir précisé l'objet de sa communication – les « principes de codification » comme directives concernant l'emploi du langage, les techniques descriptives et les règles

d'interprétation dans un ouvrage de codification – M. Contento a rappelé la particularité des règles de codification par rapport aux principes de législation plus généraux, particularité liée à la nature du code comme système normatif complexe, qui aspire à couvrir la discipline de la matière qui en fait l'objet, mais qui doit être nécessairement synthétique. D'où l'inclusion nécessaire, parmi les principes de codification, de normes destinées à résoudre les cas de concurrence ou de conflit, et de clauses générales et de règles d'interprétation, aptes à permettre une meilleure application des lois. L'intervenant a souligné, en particulier, l'importance des règles d'interprétation afin de garantir une correspondance acceptable entre les choix du législateur et la praxis de la jurisprudence, en respectant pleinement les principes de légalité stricte et de caractère offensif. En outre, M. Contento a rappelé l'opportunité de permettre la présence dans le corps du code de normes définitives, explicatives ou descriptives, même formulées en termes négatifs.

La communication suivante, celle du professeur Bouloc, de l'université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, a touché les deux thèmes des sujets punissables et des sanctions du nouveau code français. Sur le premier point, l'intervenant a indiqué l'élément le plus nouveau, c'est-à-dire l'introduction de la responsabilité des personnes morales pour les faits commis pour leur compte par leurs organes ou représentants, et a ensuite analysé les problèmes posés par la nouvelle législation. M. Bouloc a notamment illustré les questions posées par la punibilité réelle même pour des associations de tendance et par la soumission à la responsabilité pénale des organismes publics territoriaux, en s'arrêtant sur la notion de « service public susceptible de délégation », indiqué par le code comme la seule source de responsabilité pénale possible pour ces organismes. L'intervenant a ensuite examiné les deux conditions préalables de la responsabilité des personnes juridiques – fait du représentant des intérêts de l'établissement – en indiquant les problèmes posés par la détermination exacte de ces notions ; puis il a illustré les conséquences et les risques d'application du principe de l'accumulation de responsabilité entre personnes physiques et personnes morales, adopté par le législateur français.

Dans la seconde partie de sa communication, M. Bouloc s'est arrêté sur le système de sanctions introduit pour réprimer les infractions commises par les personnes morales, et, plus généralement, sur les principales innovations apportées par le nouveau code dans le domaine de la condamnation.

Plusieurs interventions ont suivi ces communications.

Le professeur Giorgio Marinucci de l'université de Milan est intervenu le premier en rappelant le projet d'un code pénal pour l'Angleterre et le Pays de Galles, qui commence en affirmant que le droit pénal, étant l'expression la plus directe des rapports entre l'Etat et le citoyen, doit être constitué de lois claires contenues dans un code qui soit l'expression d'un Parlement élu démocratiquement. Clarté des lois et investiture populaire sont précisément les caractéristiques que doit posséder l'intervention de l'Etat, selon M. Marinucci, notamment dans des matières comme le droit pénal où le conflit autorité-liberté est le plus intense. L'intervenant a ensuite réaffirmé le rôle du Parlement comme seul responsable des choix en matière pénale, en rappelant que seules une méthode et une technique législatives qui soient l'expression totale de ces choix peuvent empêcher que le juge ne devienne législateur du cas concret.

Mlle Ann Scattolin, élève du professeur Jean Pradel, de l'université de Poitiers, a ensuite pris la parole pour exposer les points essentiels de la communication de M. Pradel, qui n'a pu être présent à Florence. La communication a indiqué l'idée guidant le nouveau code français, à savoir la volonté du législateur d'adapter la loi à la complexité croissante de la société française et aux nouvelles et différentes formes de criminalité. D'où certaines dispositions complètement nouvelles mais unies à des éléments de conservation significatifs. Selon M. Pradel, on peut noter deux innovations plus signifi-

tives : la prévision de la responsabilité des personnes morales et l'introduction d'un critère autonome d'inculpation subjective : la mise en danger délibérée.

Après avoir analysé les points les plus nouveaux du code, la communication s'est arrêtée sur l'ensemble des dispositions contenues dans les trois titres de la partie générale, en indiquant les éléments de conservation mais en soulignant aussi les innovations, même non radicales : parmi elles, l'affirmation du principe de rétroactivité de l'*abolitio criminis* dans le titre consacré à la loi pénale ; la simplification des figures de complicité en matière de concours de personnes dans le délit et la prévision de la légitime défense des biens dans le titre consacré à la responsabilité pénale ; enfin, l'introduction d'un système de sanctions adapté à la responsabilité reconnue des personnes morales, puis finalisé à la prévention et à la dissuasion, dans le troisième titre, occupé par la matière des sanctions.

Le jour suivant, les travaux se sont ouverts sur la communication du professeur Carlo Enrico Paliero, de l'université de Pavie. L'intervenant s'est penché sur trois questions : quel rôle a le droit pénal dans la période de transition où vivent les sociétés post-modernes, quelles sont ses options de tutelle, et enfin, si et comment doit être réformé le système centré sur la peine criminelle.

Pour répondre aux deux premières questions, M. Paliero a indiqué deux modèles de droit pénal qui se confrontent en période de transition : un droit pénal libéral classique – qui a une fonction conservatrice de valeurs sociales consolidées, est basé sur la lésion du bien juridique, décrit le conflit auteur-victime comme antinomie, est lié à un procès fondé sur le caractère obligatoire de l'action pénale, est orienté dans l'ensemble vers la garantie – et un droit pénal « moderne » – dont la finalité est la prévention, qui est bâti non pas sur le concept de lésion mais sur celui de risque, décrit le conflit auteur-victime dans la logique de la négociation, est lié à un procès fondé sur l'opportunité de l'action pénale, est orienté globalement vers l'effectivité et marqué également par une forte poussée moralisatrice. La « diversité » du droit pénal moderne se traduit par une difficulté objective de codifier, dans la mesure où l'on trouve, dans certains secteurs, des lois difficilement compatibles avec la partie générale d'un code centré sur le fait et sur la lésion.

En ce qui concerne la troisième question, M. Paliero a observé que le réformateur du code ne devrait pas négliger trois points de crise du système centré sur la peine criminelle. Il y a avant tout une crise de « transparence » du droit pénal, qui dérive de la brusque apparition du « chiffre blanc » et qui pose des problèmes de rapports avec le procès. Il existe également une crise causée par l'« irrépressibilité » de certains délits : c'est-à-dire une difficulté du droit pénal à faire face à des phénomènes criminels macroscopiques. On a en outre une crise de « complexité », des difficultés à inclure certaines manifestations délictueuses particulièrement complexes. M. Paliero a conclu en observant que des phénomènes de ce genre peuvent conduire à une inutilité substantielle de la partie générale, tout du moins d'une partie générale basée sur le modèle classique du délit. Il faudrait donc reconstruire la partie générale pour qu'elle reflète les nouvelles formes de criminalité, en renouvelant le parcours d'abstraction des quelques lois qui ont conduit à sa première élaboration. On devrait considérer quatre points, en particulier : la construction de mécanismes d'imputation de responsabilité dans les systèmes complexes, la caractérisation des figures de participation au délit, la révision du délit d'omission, avec la prévision de positions de garantie qui soient ancrées à la réalité, enfin la construction d'une partie générale du droit punitif de l'entreprise avec de nouveaux modèles de structure de la responsabilité.

La parole a été ensuite donnée au professeur Marino Barbero Santos, de l'université Complutense de Madrid, et juge au Tribunal suprême d'Espagne. M. Barbero Santos a illustré les étapes de la codification en Espagne depuis le premier projet rédigé dans les années 1977-1980, qui exprimait déjà les choix en matière pénale d'un Etat social de

droit, jusqu'au projet de 1992, dont il a indiqué les caractéristiques fondamentales, en s'arrêtant ensuite sur ses insuffisances. Le jugement de l'intervenant a été nettement négatif sur la prévision, innovatrice, du code en matière de responsabilité civile subsidiaire des organismes publics pour les faits commis par leurs organes ou fonctionnaires, dans l'exercice de fonctions qui leur ont été confiées. A l'heure actuelle, en effet, le projet reconnaît à la victime seulement la voie du recours administratif et éventuellement du procès administratif, ce qui implique une aggravation notable de sa position. M. Barbero Santos s'est en outre montré sceptique sur la possibilité d'application effective (et la nouveauté) de certains choix effectués par le législateur en matière de sanctions, notamment en ce qui concerne la peine de l'arrestation de fin de semaine. Selon l'intervenant, la nouveauté de cette loi et la réalisation de ses objectifs dépendront dans une large mesure de la mise en place d'institutions spéciales uniquement destinées à l'expiation de ce type de sanctions. M. Santos a aussi fortement critiqué la prévision d'une figure générale de repentir *post delictum* (dont le projet réunit des effets multiples allant jusqu'à renoncer à la sanction), car insoutenable sur le plan éthique et à cause des risques d'abus. La communication de M. Barbero Santos a été suivie par différentes interventions, dont celles du professeur De Vero, du professeur Moccia et de M. Stefano Manacorda.

Le professeur Alfonso Stile, de l'université « La Sapienza » de Rome, a ensuite fait la synthèse des travaux. Il a d'abord rappelé que la finalité du colloque était de confronter des expériences différentes, avant tout pour vérifier la possibilité de penser aujourd'hui au code comme à un texte non seulement technique mais aussi historique. Selon M. Stile, les différentes communications ont souligné la difficulté d'une nouvelle codification face à la transformation du droit pénal, transformation marquée avant tout par une forte tendance à la formation de sous-systèmes normatifs autonomes et plus encore par le développement d'un droit pénal, ayant une fonction fortement anticipatrice de la tutelle, droit supporté par des mécanismes juridiques adaptés à ces besoins, qui présente des moments d'antinomie par rapport aux instances de garantie. Face aux « diversités » du système pénal moderne, le processus de codification peut tendre à la réalisation d'un code globalement traditionnel, qui cohabite avec les sous-systèmes normatifs des lois spéciales, ou bien à la construction d'un code radicalement nouveau, capable de les englober ; mais cette seconde voie semble très problématique, particulièrement dans la situation italienne. M. Stile a cependant souligné le besoin urgent de réforme du code pénal italien, en rappelant les sollicitations découlant de la comparaison. Parmi celles qui ont surgi au cours du colloque, M. Stile a notamment appelé : le poids que le législateur du nouveau code devrait donner aux règles d'interprétation, l'importance de mécanismes de coordination entre code et lois spéciales, la redéfinition du rôle du bien juridique dans un nouveau code, et enfin la réforme du système de sanctions.

Le professeur Giovanni Conso, ministre de la Justice italien, a tiré les conclusions des travaux, en clôture du colloque. M. Conso a observé qu'une étude comparée des modèles et des méthodes de codification pénale en Europe doit avant tout se poser l'objectif de l'harmonisation entre les législations nationales, préalable essentiel de l'expérience d'Union européenne et instrument indispensable dans la lutte contre une criminalité organisée au niveau européen et mondial. Le ministre a souligné que cet objectif, dont la réalisation est strictement liée à l'aboutissement du processus de néo-codification en cours, est primordial, même dans les moments de crise structurelle des sociétés du bien-être.

Elisabetta TARQUINI

XXII^e CONGRÈS ANNUEL DU GROUPE EUROPÉEN POUR L'ÉTUDE DE LA DÉVIANCE ET DU CONTRÔLE SOCIAL (25-28 août 1994, Komotini, Grèce)

Le XXII^e Congrès annuel du Groupe européen pour l'étude de la déviance et du contrôle social (European Group for the study of deviance and social control) aura lieu à Komotini (Grèce), à l'Université démocrite de Thrace, du 25 au 28 août 1994, et aura pour thème « L'usage et l'abus du pouvoir : au-delà du contrôle ? »

Les contributions seront particulièrement axées sur les sujets suivants :

- *Le concept de pouvoir*, ses définitions, origines et formes, sa visibilité, ses localisations, images et représentations.
- *L'usage du pouvoir*, son intensité, sa répartition, ses institutions, ses justifications et abus, sa limitation traditionnelle par des mécanismes de freins et de contrepoids.
- *Les défis au pouvoir*, les stratégies alternatives de limitation, de contrôle et de redistribution du pouvoir.

La langue officielle du congrès sera l'anglais. Pour de plus amples renseignements, il faut s'adresser à M. Vassilis Karydis, 56 Sina St. GR-10672 Athènes (Grèce).

III. - ENSEIGNEMENT, RECHERCHE

POPULATIONS EN MILIEU OUVERT ET DISPOSITIF MÉTHODOLOGIQUE POUR LE CASIER JUDICIAIRE NATIONAL *DESCRIPTION DES SUJETS ET PRÉVISION DES CONDAMNATIONS*¹

L'originalité de cette recherche est de prendre comme objet d'étude les fiches du casier pour tenter de décrire les caractéristiques de la population des condamnés à une peine en milieu ouvert et d'analyser leurs itinéraires judiciaires.

Le casier judiciaire reçoit les fiches afférentes aux décisions de condamnation lorsqu'elles sont devenues définitives, c'est-à-dire toutes les décisions prononcées pour crime, délit ou contravention de cinquième classe (à l'exception des non-lieu, acquittement ou relaxe), quelle que soit la nature de la sanction, même s'il s'agit d'un mineur de treize ans ou si la décision a été prise par défaut. Ce bulletin, appelé bulletin n° 1, constitue donc le relevé intégral des inscriptions au Casier judiciaire. L'unité de compte de base est la décision rendue à l'encontre d'une personne par une autorité judiciaire.

D'un point de vue méthodologique, le choix de procéder par échantillon de type aléatoire s'est imposé très vite compte tenu de l'importance des données. Une cohorte de 5 000 individus a été constituée (soit 15 796 condamnations) caractérisée par un critère commun, à savoir le fait d'avoir subi une condamnation en janvier 1986. Les renseignements de type sociologique sur la personne condamnée sont relativement

1. Cette étude est le fruit de la collaboration entre deux équipes de recherche URA CNRS 1167, Emploi et politiques sociales, spécialisée en économétrie et dirigée par Paul Dickes, professeur, et des membres de l'équipe de recherche URA CNRS 1154, Droit et changement social, spécialisés en droit pénal et dirigés par Marie-Clet Desdevises, maître de conférences. Les deux équipes ont coordonné leur travail à toutes les étapes de la recherche : l'équipe de Nancy a totalement géré l'analyse statistique des données alors que l'équipe nantaise s'est plus particulièrement intéressée aux aspects juridiques et documentaires de la recherche. Cette recherche a été menée sur contrat avec le Conseil de la Recherche du ministère de la Justice.

pauvres. Ont été retenus sa nationalité, sa date de naissance et sa région de naissance. Tous les individus sont de genre masculin.

Il faut souligner que le relevé intégral des condamnations sur une période de quarante ans apporte un éclairage intéressant sur la récidive. La notion de récidive est entendue non au sens juridique mais au sens criminologique : il s'agit de tout individu qui, en plus de la peine de référence, a subi au moins une peine antérieure.

PRINCIPAUX RÉSULTATS DE CETTE RECHERCHE

Le premier intérêt d'une telle étude est de nature méthodologique et technique et pose la question de l'exploitation statistique des données recueillies. Il s'agit donc d'un contrat de définition et de méthodologie permettant de formuler des constats et propositions de modèles et de traitement de l'information contenue dans les fichiers du casier judiciaire.

Etroitement liés aux types d'analyse envisagés, les principaux résultats scientifiques ont emprunté trois directions : la description de l'échantillon de référence (I), les chemements judiciaires et les itinéraires des individus (II) et enfin les analyses prévisionnelles (III).

I. — *La description de l'échantillon de référence* apporte de précieux renseignements sur les caractéristiques sociologiques, judiciaires et pénologiques de la population des condamnés à l'emprisonnement, en milieu ouvert ou à une peine d'amende.

La personne emprisonnée est relativement jeune : elle a entre 20 et 34 ans, habite surtout Paris et a le plus souvent commis un délit. Il s'agit rarement d'un primo-délinquant, mais au contraire de quelqu'un qui a déjà passé une partie de sa vie dans le monde carcéral. Les peines prononcées à son encontre sont relativement brèves : c'est moins le nombre de peines qui influe sur l'issue de la condamnation que la durée moyenne de l'emprisonnement passé. Les mesures en milieu ouvert s'appliquent essentiellement aux jeunes Français, auteurs d'un premier délit. Cependant, elles sont parfois prononcées à l'égard d'individus récidivistes, et dans ce cas elles concernent surtout ceux qui ont un casier judiciaire assez léger. La mesure en milieu ouvert la plus fréquemment prononcée est le sursis à l'emprisonnement. Enfin, les condamnés à l'amende sont surtout des délinquants primaires : dans un tiers des cas seulement ils sont récidivistes, et très rarement multi-récidivistes. Cette récidive intervient généralement dans un bref délai, et leurs antécédents pénaux sont surtout caractérisés par des peines pécuniaires ou de milieu ouvert. Le quart de la population a cependant connu l'emprisonnement mais n'a subi que des courtes peines de prison.

Les analyses multivariées ont permis de classer la population en sous-groupes homogènes et distincts et de dégager quatre groupes très caractéristiques au sein de la population des condamnés inscrits au casier judiciaire, qui caractérisent quatre types de délinquance : la délinquance primaire, la récidive de délinquance de faible gravité (20,9 %), la récidive (16 %) et la multi-récidive (11,3 %).

La délinquance primaire (51,8 % de la population) est une délinquance légère : elle est généralement sanctionnée par les peines les moins élevées : des peines d'amende (59 %) ou des mesures en milieu ouvert (33 %) : peines de privatives de droits, travail d'intérêt général, sursis à l'emprisonnement. On relève cependant 6,1 % de condamnations à l'emprisonnement ferme.

Le groupe des réitérants dans la délinquance à faible gravité se distingue des délinquants primaires par cette réitération d'infractions, plus que par la gravité des peines prononcées.

Le troisième groupe est caractérisé par la récidive, voire la multirécidive, la part importante de la délinquance contre les biens, et la part des peines d'emprisonnement.

Enfin le dernier groupe se caractérise par la multi-récidive sanctionnée par l'emprisonnement.

II. – L'étude des *cheminements judiciaires et des itinéraires des individus* à cinq périodes différentes (lors de la condamnations de janvier 1986 et lors des quatre condamnations précédentes qu'ils ont subies) a permis d'observer l'évolution de la gravité des infractions et l'évolution de la gravité des sanctions.

Les profils des récidivistes sont très variables, en particulier la récidive ne s'inscrit pas forcément dans une perspective d'accroissement de la gravité des infractions et des sanctions. Ces profils différents résultent de l'âge des individus concernés mais correspondent également à des « carrières délinquantes » de type divers. Ces profils « en dents de scie » s'expliquent également par les chevauchements des dates de condamnation : les condamnations ne s'inscrivent pas dans un ordre linéaire identique à celui des infractions.

III. – *L'intérêt des analyses prévisionnelles* se situent essentiellement sur deux plans : mise en évidence des caractéristiques de la population récidiviste et de certains facteurs de récidive (A) ; probabilité de subir tel ou tel type de sanction : mesure en milieu ouvert, amende ou emprisonnement (B).

A – La récidive

1. S'agissant des caractères de la récidive, l'étude établit le profil personnel et le comportement délinquant des récidivistes, comme les formes de sanctions attachées au récidivisme. La méthode permet d'isoler l'incidence spécifique de chacune de ces différentes variables par rapport à la récidive : l'âge, la nationalité, la nature de la délinquance, la nature de la sanction et la gravité de la sanction. Loin d'être une description statistique brute de la population récidiviste, cette méthode permet de calculer l'impact de chacun de ces facteurs sur la récidive, les autres variables étant constantes.

a) L'importance du phénomène de la réitération d'infractions est manifeste pour la plupart des formes de criminalité.

Pratiquement seule la délinquance contre les personnes, caractérisée par les violences volontaires ou involontaires, se distingue par ses faibles taux de récidive. Cette faible récidive caractérise aussi toute les infractions criminelles.

b) S'agissant du profil sociologique des récidivistes, l'âge de la récidive suit l'évolution classique de l'âge de la criminalité. La récidive culmine entre 20 et 35 ans et décroît constamment au-delà.

La faible récidive constatée chez les condamnés originaires de pays africains pourrait s'expliquer en partie par les expulsions. En revanche les autres étrangers ont des taux de récidive supérieurs à ceux des nationaux.

c) De manière très significative la sanction augmente en degré de gravité en fonction de la réitération : les peines de prison ferme sont étroitement associées à la récidive.

Cependant toute la gamme de sanctions pénales concerne la population récidiviste, en particulier les peines d'amende ou les privations de droits.

2. La recherche a également permis de dégager des facteurs explicatifs de la récidive liés au début de la carrière délinquante, c'est-à-dire aux caractères de la première infraction sanctionnée. La méthode d'analyse permet d'isoler l'influence sur la récidive de chacune de ces caractéristiques : l'âge lors de la première condamnation, le type de délinquance, la nature de la sanction. L'impact de chacun de ces facteurs a été mesuré, les autres variables étant constantes.

Trois facteurs s'avèrent très étroitement associés à la récidive : la précocité de la délinquance, le type de condamnation et dans une moindre mesure la nature de la délinquance initiale...

a) La précocité de la délinquance.

Plus l'individu est jeune lors de sa première condamnation, plus le risque de récidive s'accroît : il est d'ordre de 75 % si l'individu est âgé de moins de 20 ans, lors de sa première condamnation.

b) Le risque de récidive selon le type de sanction pénale.

La sanction prononcée lors d'une délinquance initiale détermine considérablement la probabilité de récidive : ainsi, le risque de récidive est très élevé pour les individus sanctionnés par un emprisonnement ferme lors de leur première condamnation : il est de 75 % ; tandis que la probabilité que l'individu récidive est de l'ordre de 50 % si sa première infraction est sanctionnée par une autre peine : peine pécuniaire, privative de droit ou mesure en milieu ouvert.

c) Le risque de récidive selon la délinquance initiale.

Le risque de récidive varie aussi, mais dans une moindre mesure, selon la nature et la délinquance initiale : il est élevé s'il s'agit de délinquance contre les biens ou de délinquance routière (de l'ordre de 60 %).

Lorsque le facteur pénologique s'adjoint au facteur de précocité de la délinquance – lui-même très déterminant du risque de récidive (75 %) – la prévisibilité de la récidive atteint des seuils extrêmement élevés : le risque est alors de 90 %.

On peut donc conclure que le facteur pénitentiaire, comme le facteur de précocité de la délinquance sont déterminants de la « prédictibilité » de la récidive : le risque culmine lorsque l'individu primo-délinquant est condamné à l'emprisonnement ferme alors qu'il est très jeune. Ce risque décroît beaucoup, même compte tenu de la prévisibilité de récidive des délinquants précoces, lorsqu'une autre sanction pénale est attribuée lors de la première condamnation (il est de 75 %).

La peine d'emprisonnement ne remplit pas davantage son rôle de dissuasion, du point de vue du délai de la réitération : le délai dans lequel l'individu récidive après sa sortie de prison n'est pas plus long que le délai de récidive après une mesure en milieu ouvert.

C'est plutôt la durée de la peine d'emprisonnement qui semble avoir une influence sur le délai de récidive des libérés. Mais la différence n'est pas très sensible ; elle se mesure en jours : le nombre de jours avant récidive est pratiquement équivalent au nombre de jours supplémentaires d'emprisonnement. La longueur de la peine d'emprisonnement a donc un léger impact sur le moment de la réitération.

B – La probabilité d'être sanctionné par une mesure en milieu ouvert, une amende ou un emprisonnement.

Le facteur le plus déterminant de la prévisibilité de la sanction est la nature de la criminalité : on relève une tendance très forte des juridictions à associer certaines peines à certaines délinquances.

Au-delà des prévisions légales qui laissent toujours au juge une grande liberté au choix de la peine se dégagent les standards pénologiques suivants :

– Certaines infractions sont très massivement sanctionnées par des mesures en milieu ouvert (peine de substitution, sursis à l'emprisonnement ou travail d'intérêt général) : ce sont particulièrement les délits de conduite en état alcoolique, très caractérisés par cette forme de sanction. Ce sont également deux autres formes de criminalité : la délinquance contre les personnes et la délinquance contre les biens, dans sa forme banale de vol simple.

– Les peines pécuniaires sont étroitement associées aux contraventions naturellement et aux délits de circulation routière. L'amende est aussi la sanction habituelle de la délinquance économique et des infractions en matière de chèques.

– La peine d'emprisonnement ferme caractérise évidemment les infractions criminelles mais aussi la délinquance aggravée contre les biens. Les peines de prison ferme sanctionnent aussi très fréquemment les délits portant atteinte à la santé, spécialement les infractions en matière de stupéfiants.

Moins caractéristiques que ces « standards de peines » par criminalité, les profils sociologiques des condamnés sont également associés à des peines-types : l'âge et la nationalité sont des facteurs de variation des peines.

L'âge apparaît comme le deuxième facteur décisif de l'option pénologique : en effet toutes choses égales par ailleurs, c'est-à-dire à infractions semblables et récidive comparable, l'individu jugé risque davantage une condamnation à une mesure en milieu ouvert s'il est jeune et une condamnation à l'emprisonnement s'il est âgé de plus de 25 ans².

La nationalité des condamnés est le troisième facteur qui affecte également, de manière sensible, la probabilité du type de sanction ; c'est-à-dire qu'à infractions et passé pénal comparables, le type de peine varie en fonction de la nationalité des condamnés, selon les typologies suivantes ; à la nationalité française s'attache une plus grande fréquence des mesures en milieu ouvert et des amendes et une moindre fréquence de l'emprisonnement ferme.

A la nationalité étrangère est associée une plus grande fréquence des peines d'emprisonnement. Il faut toutefois distinguer : la fréquence de l'emprisonnement ferme est caractérisée surtout pour les nationaux des pays africains. Ceux-ci sont très nettement moins souvent sanctionnés par des peines d'amende ; mais ils sont assez fréquemment condamnés à des mesures en milieu ouvert.

Par rapport aux étrangers d'origine africaine, les autres condamnés de nationalité étrangère ont une moindre probabilité d'être emprisonnés ou de subir une mesure en milieu ouvert ; mais ils risquent davantage d'être sanctionnés par des peines pécuniaires.

La typologie des condamnations varie aussi selon les régions judiciaires. Bien que cette incidence du lieu de condamnation soit moins déterminante que celle des caractéristiques individuelles du condamné, il est possible de dresser une carte des « standards pénologiques » des diverses juridictions françaises. On constate en effet qu'à infractions identiques et passé pénal comparables les condamnés risquent davantage le prononcé de certaines formes de sanctions dans certaines régions judiciaires.

Deux régions se différencient de l'ensemble des autres régions judiciaires françaises : les régions judiciaires du Nord et de l'Ouest qui recourent beaucoup moins aux peines d'amende. Les juridictions du Nord utilisent plus systématiquement les mesures en milieu ouvert, les juridictions de l'Ouest davantage les peines d'emprisonnement.

ENSEIGNEMENTS ET SUGGESTIONS

Au-delà d'un intérêt strictement méthodologique, la recherche conduit à s'interroger sur le rôle du Casier judiciaire. Elle met en évidence le fait que le Casier judiciaire national pourrait être utilisé comme instrument d'évaluation de l'efficacité de politiques criminelles spécifiques. A la lumière des résultats, il est permis par exemple de suggérer que le taux de récidive dans le droit de la circulation routière devrait être mesuré après

2. L'âge des auteurs a moins d'incidence sur le prononcé des peines pécuniaires. Cependant la peine d'amende est moins souvent encourue par les jeunes condamnés pour lesquels les mesures en milieu ouvert apparaissent comme une alternative à la peine pécuniaire.

l'introduction des nouvelles règles sur le permis à points. De la même manière, étant donné que les condamnations à une peine d'amende représentent la moitié des inscriptions au Casier judiciaire national, on peut s'interroger sur l'utilité de leur inscription systématique. L'inscription pourrait être effectuée uniquement à la demande du tribunal prononçant la condamnation (on pense bien évidemment aux amendes d'un montant élevé sanctionnant des délits relativement graves). Ces quelques exemples témoignent de l'intérêt qu'il y aurait à poursuivre des recherches sur le Casier judiciaire national.

Marie-Clet DESDEVISES

IV. – DROITS ÉTRANGERS

RÈGLES PROBATOIRES ET INTIME CONVICTION SUR LA BALANCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

Le code de procédure pénale italien de 1988 avait essayé d'instaurer un « droit des preuves » particulièrement rigoureux (cf., en général, M. Chiavario, *Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne*, cette *Revue*, 1992, p. 39) c'était un des aspects les plus importants et les plus innovateurs de la réforme. Aujourd'hui il faut pourtant constater que le régime des preuves mis en place à l'origine par le code a été profondément modifié.

En effet, la Cour constitutionnelle d'abord, et la législation d'urgence ensuite ont supprimé plusieurs règles probatoires (pour une appréciation très critique de cette « contre-réforme », cf. notamment G. Frigo, *La formazione della prova nel dibattimento : dal modello originario al modello deformato*, *Foro it.*, 1993, IV, 312-331, mais d'autres points de vue sont exprimés, par exemple, par E. Fassone, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *AAVV, Processo penale e criminalità organizzata*, sous la direction de V. Grevi, Bari, Laterza, 1993, 229 p.).

Parmi les piliers du système originaire en matière de preuve, il faut rappeler l'article 500 du code de procédure pénale qui interdisait aux juridictions de jugement – sauf dans quelques cas limités – d'apprécier comme preuves les déclarations rendues au ministère public ou à la police et contenues dans le dossier du ministère public (sur le mécanisme du « double dossier », qui demeure en soi en vigueur, cf. M. Chiavario, *cit.*, p. 39 et s.). Plus précisément, les dépositions du témoin à l'audience des débats pouvaient être contestées à l'aide des déclarations divergentes rendues par la même personne pendant l'enquête préliminaire, mais le juge pouvait utiliser ces dernières déclarations seulement pour nier la crédibilité du témoignage à l'audience, et non pour bâtir sa décision sur leur fondement. Bref, la lecture du dossier du ministère public n'avait qu'une valeur de « preuve négative ».

Cette limite à la liberté du juge de prendre en considération des informations dont il a eu connaissance dans le procès a été contestée devant la Cour constitutionnelle et en définitive supprimée par l'arrêt 255/92. Le décret-loi 306-92, modifié par la loi 356-92, a réglementé ultérieurement la matière, en instaurant un système plus complexe, même s'il se conforme aux lignes fondamentales dégagées par la Cour.

Pour un lecteur français il ne sera peut-être pas dépourvu d'intérêt de souligner le rôle joué par le principe de la motivation (consacré par l'article 111 de la Constitution) parmi les arguments invoqués par la Cour constitutionnelle pour justifier sa décision.

Tout d'abord la Cour rappelle que le juge doit apprécier les preuves sur la base de son

libero convincimento, équivalent du principe de l'intime conviction, étant néanmoins obligé d'indiquer dans la motivation les critères adoptés et les résultats acquis (art. 192 co. pr. pén.). Or, selon l'arrêt dont il s'agit, le texte original de l'article 500 du code de procédure pénale était en opposition avec ces principes, en tant qu'il « imposait au juge de contredire sa propre conviction dans la motivation de la décision elle-même... en ce que, si la déclaration antérieure est considérée comme véridique, et par là-même suffisante à établir que le témoin n'était pas digne de foi en ce qui concerne la déposition rendue aux débats, il en résulte clairement qu'il serait irrationnel que la déclaration précédente, une fois introduite à l'audience de jugement, et donc entrée dans le champ de connaissance du juge et examinée de façon contradictoire par les parties (en présence du témoin qui reste quoi qu'il en soit soumis à l'examen croisé), ne puisse être utilement acquise aux fins de preuve des faits qui sont relatés ».

La plupart des commentateurs de l'arrêt de la Cour ont critiqué cet argument (cf. G. Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nelle motivazione della sent. n. 255 del 1992*, *Giur. cost.*, 1992, p. 1973 et s. ; P. Ferrua, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992 : declino del processo accusatorio*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1455 et s. ; F.M. Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pén.*, 1992, p. 2028 et s.), mais il faut tout de même remarquer que d'autres auteurs ont bien accueilli cette *ratio decidendi* (cf. E. Fassone, cit., p. 235 et s., et P. Tonini, *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1137 et s.).

De l'avis des auteurs critiques, la Cour a mélangé deux aspects distincts : celui de la formation des éléments de preuve et celui de l'appréciation de ces éléments. En effet, s'il est vrai que le juge est libre d'apprécier les preuves selon son intime conviction (sauf le devoir de motivation), il n'est pas moins vrai qu'il n'est pas libre de choisir n'importe quelles sources de connaissances pour la décision (par ex. l'article 271 du code de procédure pénale interdit l'utilisation des écoutes téléphoniques illégitimes ; cf. en ce qui concerne le droit français, B. Bouloc, *Les abus en matière de procédure pénale*, cette *Revue*, 1991, p. 221 et s.). Le juge n'est pas un historien et la recherche judiciaire n'est pas complètement libre.

Les auteurs précités approuvent le passage de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans lequel elle affirme que le but de la procédure pénale doit être la recherche de la vérité, mais ils ajoutent néanmoins qu'en matière criminelle la vérité ne doit pas être recherchée à tout prix ; à ce propos on a rappelé un ancien principe selon lequel la fin ne justifie pas tous les moyens (F.M. Iacoviello, cit., p. 2029). La loi établit des règles d'exclusion et de recevabilité de la preuve sur la base des valeurs que le législateur estime dignes de protection. Dans cette perspective le texte originel de l'article 500 du code de procédure pénale interdisait de considérer comme preuves les déclarations recueillies antérieurement au jugement, car ces informations (rendues sans débat contradictoire des parties au procès et hors la présence du juge) avaient été estimées intrinsèquement peu dignes de foi. Seule une conception « non-légaliste » de l'intime conviction implique une liberté souveraine de choix des éléments de la décision (sur les abus que la jurisprudence et la doctrine ont fait du principe en question, cf. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milan, 1974).

Comme nous l'avons déjà souligné, l'arrêt n° 255 de la Cour n'a pas subi seulement des critiques et, même dans le rang des « censeurs », certains (cf. not. F.M. Iacoviello, cit., p. 2031 et s.) reprochent à la cour plutôt les arguments qu'elle a utilisés que la substance de la décision.

Cette partie de la doctrine approuve la modification de la version d'origine de l'article 500 du code de procédure pénale en tant qu'elle séparait de façon excessive la connaissance acquise selon les formes du procès de celle qui peut être acquise au dehors de ces formes. Car si la loi doit établir des règles probatoires, surtout pour éviter que le

juge ne commette des erreurs de jugement au détriment de l'accusé, ces limites à la connaissance judiciaire (et par conséquent à l'intime conviction) ne doivent pas priver le juge de la possibilité d'utiliser des instruments utiles à l'établissement des faits. La réalité est très complexe et le procès ne peut pas méconnaître ce fait en obligeant le juge à rechercher la vérité avec des moyens trop rigides. En outre, le mécanisme très formalisé de la version initiale de l'article 500 du code de procédure pénale était une carte trop dangereuse dans les mains d'une criminalité organisée sans scrupules, qui pouvait fortement conditionner le témoin au moment de la déposition aux débats.

Il faut encore remarquer que ni la Cour constitutionnelle ni la législation d'urgence n'ont foi dans la capacité des juges de bien apprécier les informations dont ils ont eu connaissance. De même l'une comme l'autre laissent croire à la possibilité effective de communiquer les raisons retenues à la base de la décision et de les soumettre à la libre discussion et à la critique des parties. En effet, le nouveau texte de l'article 500 du code de procédure pénale, plus nuancé que celui d'origine accentue le rôle de la motivation dans l'économie de l'activité judiciaire. A cet égard on a justement dit qu'« aujourd'hui le choix entre la déclaration acquise pendant l'enquête préliminaire et celle rendue aux débats » est libre et difficile, en ce sens qu'il est nécessaire de justifier son choix. Personne ne pense qu'il s'agit là d'une atteinte à la légalité et d'une diminution en termes de garantie ; simplement l'une comme l'autre sont à rechercher ailleurs, dans l'éthique de la responsabilité, plutôt que dans celle de la forme (E. Fassone, cit. p. 234).

Massimo VOGLIOTTI



A. – NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. – POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 1993, 659 pages

Rendre hommage à François Rigaux relève, à certains endroits, de la gageure. Comment, en effet, saluer à juste titre la somme de connaissances, tant sur le plan du droit que sur les hommes, que cet éminent professeur a pu acquérir au fil des années, au gré de son intelligence et de son humanisme ?

C'est pourtant le pari tenté par la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, dans un récent ouvrage paru aux éditions Bruylant. Celui-ci rassemble une trentaine de contributions de ses élèves ou collègues – parfois les deux – autour d'une perspective qui sied parfaitement à la démarche suivie par François Rigaux tout au long de sa carrière : celle des nouveaux itinéraires en droit. La ligne de conduite des différents auteurs a été d'envisager tant que faire se peut, dans la discipline qui est la leur, les évolutions que pourrait ou devrait connaître le droit s'il veut répondre adéquatement aux attentes du XXI^e siècle.

Le résultat est impressionnant. Nous nous attacherons dans les lignes qui suivent à rendre compte d'un certain nombre d'analyses qui nous ont semblé pertinentes pour alimenter la réflexion pénale et intéresser, de façon directe ou indirecte, cette branche du droit.

Georges Abi-Saab, professeur à l'Institut universitaire des Hautes études internationales à Genève et membre de l'Institut de droit international, entame ces nouveaux itinéraires en droit par un éloge du *droit assourdi* – transposition en langue française réalisée par François Rigaux de la notion anglo-saxonne de *soft law* – et du rôle qu'un tel droit peut jouer dans le droit international contemporain. Il s'attaque aux critiques généralement formulées à l'encontre de la *soft law*, qui accroîtrait l'incertitude du droit en escamotant le problème du seuil du droit qui sépare la *lex lata* de la *lex ferenda*, et qui remplacerait le vrai droit par un sous-produit de celui-ci. A ces objections, Georges Abi-Saab oppose les atouts de la *soft law* qui, par sa flexibilité, permet d'explorer de nouveaux champs du droit où la *hard law* n'ose pas encore s'aventurer et offre un instrument possible d'action collective, notamment dans le cadre « d'accords non contraignants » auxquels on ne peut dénier toute pertinence juridique.

Le professeur Alegria Borrás, de l'université de Barcelone, se livre à une réflexion sur le développement possible d'un droit international du sport. L'activité sportive est une de ces matières où des pans entiers de réglementation ont été laissés, pendant des décennies, aux mains d'organisations privées, lesquelles ont régi le domaine au mépris parfois des règles les plus élémentaires de droit constitutionnel et de la hiérarchie des normes. L'auteur analyse en quoi le développement du droit communautaire, notam-

ment, pourrait dans une certaine mesure mettre un frein à l'autonomie traditionnelle des fédérations sportives, qui se verraient contraintes de respecter, dans leurs dispositions réglementaires, les droits de l'homme et l'Europe des citoyens.

Voyageur infatigable depuis l'aube de son histoire, l'homme a suscité au fil de ses déplacements et de ses rencontres des interrogations récurrentes quant aux règles aptes à résoudre les litiges l'opposant à d'autres personnes. Jean-Yves Carlier, maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain et avocat, retrace les itinéraires des migrations contemporaines, s'appliquant ensuite à voir leurs spécificités et leurs incidences sur le droit international privé de la famille. Avant d'approfondir ce sujet, Jean-Yves Carlier souligne l'existence d'un nouvel espace socio-politique dans lequel s'inscrit la gestion du phénomène migratoire : celui de l'Europe qui tend à dépasser celui de l'Etat-nation. Au niveau du droit de la famille, de nouvelles notions sont apparues au sein même de nos droits occidentaux. Jean-Yves Carlier resitue à ce propos le débat bien connu qui oppose les tenants de l'application de la loi nationale dans les matières du statut personnel à ceux qui lui préfèrent la loi du domicile ou de la résidence habituelle. Une autre voie est proposée par l'auteur, celle de l'option de droit et, à défaut d'option, celle de l'application de la loi de la résidence habituelle, à titre de règle de conflit de lois subsidiaire. Ce nouvel itinéraire du droit permettrait aux intéressés de s'adapter à leur propre migration.

Au travers d'une étude des nouveaux itinéraires en droit dans l'espace belge du XI^e au XVIII^e siècle, Philippe Godding, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, nous amène à considérer que nos lois, si souvent critiquées pour leur immobilisme, permettent néanmoins des évolutions bien plus rapides du droit, au gré des évolutions de la société, que ne l'autorisait le conservatisme lié aux coutumes propres au Moyen Age.

Au-delà des critiques communautariennes et post-modernes, Jacques Lenoble, professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, plaide pour une conception renouvelée du droit et du libéralisme, notamment par une réflexion novatrice sur les conditions d'exercice de la régulation étatique.

C'est moins à un nouvel itinéraire du droit qu'à son nécessaire balisage par des mots que Paul Martens, juge à la Cour d'arbitrage, s'est intéressé. Partant du constat que, de tout temps, le droit s'est appuyé sur le pouvoir contraignant des paroles, il souligne le déplacement de lieu de l'exercice de ce pouvoir des assemblées vers les prétoires. La réflexion qu'il livre s'articule autour d'une interrogation : est-il vrai que le discours des juristes est une magie performatrice, une parole créatrice qui fait exister ce qu'elle énonce ? Selon Paul Martens, il ne suffit pas de penser juste pour faire jaillir des concepts novateurs, encore faut-il les rendre sortables en les habillant d'un manteau juridique et en les élevant au-dessus des émotions, des sentiments. Il livre un exemple de cet exercice tel qu'il se présente à l'heure actuelle dans la formule de l'abus de droit. Une fois le concept cerné, celui-ci est si souvent utilisé par les plaideurs qu'il dégénère en stéréotype et finit par rejoindre le rang des notions périmées. Ce risque ne peut cependant pas inciter le juge à une attitude de repli, car si rien n'interdit le déni de peinture, d'architecture ou d'écriture, le déni de justice, lui, est puni. Paul Martens invite dès lors le juge à trouver son bonheur dans la méthodologie du raisonnement et la rhétorique de son expression. C'est par lui, par son écriture, que la norme prendra forme.

François Ost et Michel van de Kerchove, professeurs ordinaires aux facultés universitaires Saint-Louis, nous invitent à replacer les développements des nouveaux itinéraires en droit dans le cadre du pluralisme temporel et de changement où s'exercent les jeux du droit.

C'est dans une volonté de comprendre tant le risque de dilution sociale inhérent à une reconnaissance de jouissance effective de toutes les libertés que la difficulté de coexistence dans la société de l'ensemble des droits de l'homme, que Marie-Françoise Rigaux nous

livre sa réflexion. Elle conclut à la valeur relative de la démocratie et du modèle démocratique qui se voient contraints de poser des choix issus de motivations pratiques, théoriques et politiques. Ils ne peuvent dès lors, selon Marie-Françoise Rigaux, être considérés comme l'absolue référence et l'objectif ultime de l'histoire de l'humanité.

Dans sa contribution, Salvatore Senese, membre du Parlement italien, démontre toute l'importance de la motivation de l'établissement du fait dans le procès pénal. Il dénonce la dévalorisation actuelle de cette garantie qui trouve son origine dans notre héritage culturel. En effet, l'introduction de la procédure accusatoire, qui s'est formée dans le système anglais, n'a pas apporté au nombre des garanties du procès l'obligation de justifier le fait établi. Les révolutionnaires français ou Ferdinand IV, roi de Naples, dans son ordonnance de 1774, tendaient davantage à réagir à une situation d'arbitraire judiciaire en imposant au juge de motiver toute décision par rapport à la loi, favorisant ainsi la vérité judiciaire. Salvatore Senese relie à deux aspects politico-culturels la restriction ainsi faite à l'obligation de motiver : d'un côté, la conception de la souveraineté populaire et, de l'autre côté, le culte de l'Antiquité romaine qui s'est manifesté au XVIII^e siècle. L'auteur appelle à une rupture vis-à-vis de cet héritage culturel et engage le droit à s'élancer sur une nouvelle voie en adoptant des critères rationnels, afin que le fait, relatif, puisse être établi.

Dans une réflexion sur un autre modèle de justice, Françoise Tulkens, professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, propose d'accomplir tout un cheminement au départ des récents développements du droit pénal aux Etats-Unis et ce, particulièrement dans le domaine de la peine. Alors que la société a redécouvert le droit de punir, sur le plan théorique, le débat s'est créé autour de la justification de la peine : faut-il qu'elle soit utilitaire et, dès lors, toute entière tournée vers l'avenir, ou ne peut-elle prendre son sens que dans son passé tel que le soutien la conception rétributive. Sur ce thème se glisse en toile de fond la question de la peine de mort. Au-delà du problème de sa justification, la peine soulève également la question de sa détermination. La justice pénale américaine a subi des modifications dans une double direction : d'une part, celle des peines déterminées et, d'autre part, celle des lignes directrices (*guidelines*). Françoise Tulkens souligne que les effets de ces réformes ne sont pas ceux qui avaient été souhaités : au lieu d'une limitation de l'usage de la peine, on constate actuellement un renforcement de leur gravité. De plus, on assiste à une érosion des droits des prisonniers et à un abandon du principe de la proportionnalité par la Cour suprême qui, ainsi, se dispense désormais d'examiner la question de la disparité des peines. Françoise Tulkens aboutit dès lors à la constatation d'une criminalisation à géométrie variable. Bien plus, elle montre par un exemple les limites qu'à l'heure actuelle la justice pénale risque de franchir en laissant à l'Etat la liberté de créer les conditions de la rétribution, en lui laissant la liberté d'exécuter. Face à cette crise de la justice pénale, Françoise Tulkens propose de développer une éthique de la responsabilité et, au travers d'une lecture des sanctions alternatives, invite à un renversement des perspectives afin que, désormais, les limites du droit pénal soient pensées à partir de l'extérieur de celui-ci. Bien plus qu'un changement d'itinéraire, c'est donc un regard neuf que souhaite Françoise Tulkens pour le droit pénal.

S'attaquant à la conception traditionnelle de la fonction de juger, qui se traduit par un raisonnement syllogistique, Jacques Van Compernelle nous amène à reconsidérer la fonction de juger au regard de deux éléments. D'une part, la « pénombre » des textes généraux et des notions-cadres qui oblige le juge à se faire l'interprète de la volonté du législateur et, d'autre part, la possibilité pour le juge désormais de recourir aux normes internationales pour censurer indirectement les dispositions internes qui ne seraient pas conformes au prescrit, parfois fort abstrait, de ces dispositions supranationales. Ce double développement conduit le juge à solutionner les conflits davantage par une pondération des intérêts en présence que par une opération syllogistique. Dans la mesure où le juge exerce ici une fonction créatrice, au même titre que le législateur, il faudra s'assurer d'un

respect des garanties d'impartialité et d'indépendance du juge, ainsi que des règles procédurales et formelles assurant le caractère équitable du procès et la motivation du jugement.

Ce sont les nouveaux itinéraires empruntés par les Etats en matière d'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme que Jacques Velu, premier avocat général près la Cour de cassation et professeur émérite de l'université libre de Bruxelles, a souhaité exposer. Partant d'une distinction entre les Etats où la Convention fait partie de l'ordre juridique interne et les autres, Jacques Velu analyse un certain nombre de décisions prises dans les juridictions nationales de ces différents Etats. S'il conclut à l'extrême diversité des rapports existant entre le juge européen et les juges nationaux, diversité qui influe directement sur l'accomplissement par les juges de leur mission d'interprétation, il constate néanmoins une reconnaissance de plus en plus grande par les juges nationaux de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Nous terminons ici le rapide tour d'horizon de cet hommage à François Rigaux. Il s'agit d'un volume dont la richesse réside très certainement dans la diversité et la qualité des contributions qu'il réunit. Il a nécessairement fallu opérer des choix dans l'exposé de ces contributions, mais nous espérons qu'ils inciteront le lecteur à approfondir les nombreux itinéraires présentés ou inexplorés.

Alexia JONCKHEERE
Gaëlle RENAULT

The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law : Shari'a, par Nagaty Sanad, Chicago, The Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1991, 107 pages.

En tant que religion englobant toutes les dimensions spirituelles et temporelles de l'homme, l'Islam a édicté un grand ensemble de lois prescrivant ce qui doit être fait (les devoirs : *vadjébât*) et ce qui doit être évité (les interdits : *moharramât*). Pour faire respecter ces lois, outre la responsabilité individuelle du croyant devant Dieu, l'Islam a prévu des règles, dont le droit pénal islamique fait partie intégrante. « La théorie du crime et celle de la responsabilité criminelle » se placent au centre de ce droit.

M. Nagaty Sanad, juriste égyptien, a enseigné ce sujet dans le département de la justice criminelle de l'université d'Illinois à Chicago. Les passages essentiels de ces cours ont été publiés par l'*Office of International Criminal Justice* de l'université de l'Illinois à Chicago, en guise de « texte introductif ».

En indiquant avoir essayé de traiter le sujet le plus objectivement possible, l'auteur désire donner au lecteur, notamment le lecteur occidental « mal informé », une idée « claire » du concept islamique du crime et de la peine.

Vu l'étendue du sujet, d'une part, et la diversité des écoles juridiques islamiques et des opinions des juristes musulmans de chaque école, d'autre part, vouloir donner une idée claire d'un aussi vaste sujet dans un livre d'une centaine de pages, dont le tiers environ est consacré à des débats d'ordre général, nous semble quelque peu ambitieux. Pourtant, il apparaît que l'auteur a réussi à montrer une perspective rapide des questions les plus importantes en la matière.

D'abord, sous le titre « Généralités », l'auteur a traité, en trois chapitres, quelques aspects généraux de l'Islam et de sa « *chari'a* » (voie à suivre : ensemble des lois), et d'une question d'actualité que l'on nomme « fondamentalisme ».

Ensuite, la première partie est consacrée aux principes importants du droit pénal

musulman : celui de la légalité du crime et de la peine, de la rétroactivité des lois, de l'égalité devant la loi, ainsi que du caractère moral du droit pénal islamique.

Dans la deuxième partie, les titres suivants forment cinq chapitres : les principes fondamentaux de la théorie de la responsabilité pénale dans la loi islamique (l'individualité de la responsabilité pénale, le principe d'innocence, et l'annulation de la peine au bénéfice du doute) ; les garanties pour l'accusé ; les éléments de la responsabilité pénale (l'acte et l'intention criminelle) ; les cas d'irresponsabilité et les excuses légitimes ; le système de preuves en jurisprudence criminelle islamique.

Compte tenu du volume de l'ouvrage, les aspects traités par l'auteur ne pouvaient couvrir toutes les dimensions du sujet. D'ailleurs, certaines opinions, importantes du point de vue juridique, ont parfois été omises ; il en va ainsi de certaines opinions exprimées par les écoles Sunnites, et surtout celles émises par l'école d'*Ahl-el-baite*, Chiïte Imamite (les suivants de la famille du Prophète Mohamad).

L'absence d'un examen exhaustif a, parfois, causé certaines lacunes. Nous en relevons quelques exemples.

L'une des différences que l'auteur a citées entre les *Hodoud* (pl. de *Hadd* c.-à-d. la peine prévue et déterminée pour certains crimes) et le *Quiças* (le talion), d'une part, et le *Taazir* (les peines confiées au juge), d'autre part, est que les deux premières tombent lorsque la preuve est « douteuse » ; mais la peine de *Taazir* et de *Diya* (prix du sang ou du préjudice corporel subi) peuvent être infligées par une telle preuve (cf. p. 66).

Cette affirmation est contraire au « principe d'innocence », principe essentiel en droit pénal islamique, qui ne peut être renversé que par une preuve valable. S'il y a des règles spécifiques concernant la façon de prouver des crimes de *Hadd* ou *Quiças* (comme le nombre des témoins ou des aveux, ou la façon de témoigner ou d'avouer), cela ne signifie pas que les autres types de peines peuvent être infligés d'après des preuves « douteuses ». C'est l'une des raisons pour laquelle les juristes musulmans ont précisé que la preuve douteuse ne prouve rien : « Le crime n'est prouvé par le témoignage que s'il ne contient aucune incertitude. Cela étant, le témoignage doit affirmer le crime d'une façon décisive. Sinon il ne vaut rien. »

Ainsi, ils ont déterminé la procédure de la preuve à propos des crimes du *Taazir* et du *Diya* :

Quant au *taazir corporel* (flagellation) :

- Selon Chafeï et Ahmad : le *Taazir corporel* ne peut être prouvé que par ce qui prouve le *Quiças*, à savoir le témoignage de deux hommes justes.
- Selon Mâlik : un témoignage et le serment du plaignant.
- Selon Abou-Hanifa : deux témoins hommes ou un homme et deux femmes ou la certitude du juge.

A propos du *Diya* et les *Taazir pécuniaires* :

- Selon Chafeï et Ahmad : deux hommes ou un homme et deux femmes, ou un homme et le serment du plaignant.
- Selon certains Hanbalites : tous les crimes, qu'ils causent le *Quiças* ou le *Diya*, ne se prouvent par témoignage que s'il est donné par deux témoins justes.
- Selon les Mâlékites : deux hommes ou un homme et deux femmes ou un homme et le serment du plaignant, ou deux femmes avec ce même serment.
- Selon les Hanafites : deux hommes justes ou un homme et deux femmes, comme pour le *Taazir corporel*.

Quant aux peines du *Hadd* et du *Quiças*, l'auteur a relevé : « Une fois que la culpabilité concernant des crimes des *Hodoud* est établie, le délinquant ne peut ni être acquitté ni voir

sa peine réduite, parce que les crimes de *Hodoud* sont commis contre "les droits de Dieu" et leurs peines sont déterminées par le Coran et la *Sonna* » (cf. p. 65).

Tandis que selon tous les *foquahâ* (jurisconsultes musulmans) et d'après le texte formel du Coran (Sourate 5, Verset 34), le *Hadd* de *Mohâraba* (brigandage), un des crimes les plus graves tombe, si le brigand se repentit avant qu'il soit arrêté (même si sa culpabilité est établie en son absence).

D'ailleurs, certains juristes de l'école chaféite et de celle des Hanbalites disent : quand la repentance fait tomber la peine d'un des crimes les plus graves, il faut, par analogie, faire tomber la peine de toutes les infractions qui ne concernent pas « les droits des individus ». Ils se réfèrent aussi aux nombreux textes religieux quant à l'effet purifiant de la repentance.

De même, selon les jurisconsultes chiïtes : « Si le crime de "Hadd" est prouvé par l'aveu, et le délinquant s'en est repenti, l'Imâm (ou le juge autorisé) a le choix de le punir ou pas. » Et même, selon certains d'entre eux, la peine du « Hadd » tombe même si le crime de celui qui se repentit fut prouvé par le témoignage.

Concernant le droit de réclamer le talion, l'auteur écrit : « Seulement les parents paternels et mâles de l'assassiné peuvent réclamer le talion » (cf. p. 63).

Ceci n'est que l'avis de « Mâlik » et de certains juristes chiïtes et chaféites. La plupart des *foquahâ* soutiennent que ce sont les héritiers de l'assassiné, qu'ils soient paternels ou maternels et mâles ou femelles, qui peuvent demander le talion.

Ces observations formulées sur quelques points de l'ouvrage de M. Nagaty Sanad n'ont pour but que de montrer la complexité des questions relevant du droit pénal islamique, dont « la théorie du crime et celle de la responsabilité criminelle », et de constater qu'en donner une idée « claire » exige une recherche plus exhaustive. Donc, l'absence concevable d'un tel examen dans ce livre succinct ne nous empêche pas de le considérer comme un ouvrage intéressant et recommandable, notamment pour le lecteur occidental qui cherche à avoir une connaissance générale d'une partie importante d'un système juridique ancien et toujours en vigueur dans de nombreux pays musulmans.

Seyed Mohammad HOSSEINI

Die Anderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law) (Le revirement de la jurisprudence. Une étude méthodologique et comparée sur le phénomène du revirement de la Haute Jurisprudence en Suisse (*civil law*) et aux Etats-Unis d'Amérique (*common law*)), par Thomas Probst, thèse, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 1037 pages.

« To rest upon a formula is a slumber that, prolonged, means death. » L'éminent juriste et juge américain Justice Holmes précisait déjà avec cette formule l'exigence d'un développement du droit. Un développement nécessairement réalisé dans les pays du principe de *stare decisis* par le juge ; mais également dans la sphère du *civil law*, la jurisprudence reçoit la tâche de plus en plus importante non seulement d'interpréter le droit, mais d'en créer. Les limites sont imprécises : le principe de légalité (codifié par exemple dans l'art. 20, al. 3, de la loi fondamentale allemande de 1949) oblige le juge à ne pas interpréter les normes contre le texte de la loi. Or, le législateur moderne construit de plus en plus des normes exigeant non seulement une interprétation dans les limites du cadre de légalité mais donnant aussi au juge la possibilité d'apprécier indépendamment un texte (V. les fameuses *Generalklauseln* en droit allemand). Ainsi le juge devient créateur du droit, un rapprochement du système de *civil law* avec celui de

common law apparaît inévitable : la règle du précédent devrait être acceptée en tant que source du droit. Concevant la fonction de la jurisprudence d'une telle manière, on constate que le développement de cette source s'effectue par le moyen de revirement de la jurisprudence ou bien en anglais par *overruling*. Le revirement de la jurisprudence occupe donc une position clef qui enjambe le fossé entre le passé et l'avenir, entre la stabilité et la nécessité d'un changement du droit.

Juste ici, notre auteur, M. Thomas Probst, voit le devoir de la méthodologie juridique à laquelle il a consacré sa thèse, soumise à la faculté du droit de l'université St-Gallen en Suisse. La méthodologie juridique ne saurait prévenir quand, pourquoi, où et comment un tel revirement devrait être effectué. Elle peut cependant élucider les critères et motivations, de même discuter des problèmes se posant maintenant et à l'avenir. On voit que la tâche n'est pas seulement analytique mais elle consiste en même temps à critiquer les décisions prises et à proposer de nouveaux concepts. L'auteur étudie la question en comparant le revirement de la jurisprudence en Suisse et aux Etats-Unis. Chaque pays représente ainsi l'un des deux grands systèmes de droit contemporain dans notre monde occidental : Si l'*overruling* dans les pays de *common law* a mené depuis longtemps à une analyse profonde dans une vaste théorie sur ce phénomène, la Suisse et probablement tous les autres pays de *civil law* ne connaissent qu'une discussion restreinte : il n'y a aucun exposé sur la question de savoir quelle décision présente un revirement et pourquoi, ni une phénoménologie de revirements. Là, l'auteur précise le but de son œuvre, à savoir dessiner mieux les contours du phénomène de revirements juridiques dans nos pays de *civil law* grâce à une analyse comparée de la haute jurisprudence de la Cour fédérale de la Suisse et de la Cour suprême des Etats-Unis.

Son analyse s'étend à tous les terrains possibles. Commençant avec l'explication des bases du phénomène, l'auteur constate que la notion de revirement passe nécessairement d'abord par la règle du précédent. Or, l'importance et la signification du précédent ne sont pas encore suffisamment reconnues. Comparable à la notion du revirement qu'il définit en tant que changement de la motivation de la décision et nullement comme changement du résultat. Le lecteur français aura peut-être des difficultés à comprendre la différence ; est-ce que les « attendu » et « considérant que » français n'ont pas plutôt le caractère de résultats ? A raison, il réclame une transparence plus grande dans les arrêts car les revirements tacites et implicites, ayant souvent lieu en Suisse comme ailleurs, mettent en péril la sécurité juridique.

Après avoir donné les bases, l'ouvrage cherche à décrire l'apparition du revirement dans la réalité. Par une description détaillée et précise des plus importants revirements dans la jurisprudence de la Cour fédérale entre 1875 et 1990 et de la Cour suprême des Etats-Unis entre 1790 et 1991 (!), l'auteur nous introduit dans la phénoménologie de l'*overruling*. Il a compté, lors de chaque période, en Suisse sept cent trente et un revirements de la jurisprudence tandis qu'aux Etats-Unis il n'y avait que deux cent huit *overrulings*. Déjà un aspect intéressant : pendant une période deux fois plus grande (deux cent un sur cent seize ans), il s'est effectué quatre fois moins de revirements dans un pays de *common law* que dans un pays de *civil law*. Donc, l'ancien préjugé selon lequel il y avait dans des pays de *common law* une insécurité juridique beaucoup plus grande que dans les pays de droit codifié aura besoin d'un nouveau fondement. En abordant les différentes raisons d'un changement de l'avis de la Cour dans une typologie des motifs, il faut constater que – malgré des différences institutionnelles, sociales et historiques énormes – les mêmes forces produisent leurs effets sur la jurisprudence (doctrine et législateur), le raisonnement dans le discours juridique est très proche (par exemple la nécessité de la sécurité juridique) et les problèmes lors de l'exécution d'un revirement sont pareils. D'où l'auteur conclut que le phénomène du revirement ainsi que les problèmes qui en découlent se constituent d'un noyau caractéristique, qu'il s'agisse d'un système de *civil* ou de *common law*.

Evidemment, un revirement ou *overruling* entraîne une multitude de problèmes : la sécurité juridique, l'égalité devant la loi, la rétroactivité, la protection de confiance, la publicité, la persistance des décisions précédentes, les frais du procès ; voilà de nombreux aspects qu'il faudra prendre en considération en cas de revirement. L'auteur y consacre la partie centrale de son œuvre où il analyse, discute et critique d'une façon systématique tous ces sujets.

Sans doute l'œuvre de M. Probst est un travail impressionnant et immense, séduisant par ses détails mais également par sa langue bien soignée ; une qualité qu'on trouve rarement dans la littérature allemande juridique. En dehors de son caractère d'étude, elle se prête très bien comme encyclopédie pour les grands développements jurisprudentiels dans l'histoire juridique de la Suisse et surtout des Etats-Unis (il a ajouté une annexe de trois cents pages où les arrêts les plus importants de chaque cour sont documentés). Par cette vue comparée, l'auteur montre précisément les manquements et désavantages de son propre système comparable à tous les pays de l'Europe continentale. Même si on remarque fortement son admiration pour la Cour suprême des Etats-Unis qui donne l'impression qu'il ne mesure pas les deux pratiques de revirement avec les critères adaptés à la situation culturelle et sociale de chaque pays ; néanmoins, l'œuvre apporte encore une fois la preuve que la démarche comparée nous ouvre les yeux sur les lacunes de nos propres systèmes.

Sebastian Karl TRAUTMANN

Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès, par Denis Salas, Paris, Presse universitaire de France, 1992, 262 pages.

Pour apprécier à sa juste valeur le livre qu'a publié Denis Salas, il convient de le lire non seulement comme une contribution à la théorie pénale, mais aussi comme une tentative pour dépasser un des dilemmes les plus profonds de l'étude du droit. C'est dire que la signification de cet ouvrage dépasse son objet matériel et vaut d'ores et déjà comme repère d'un frayage théorique nouveau et prometteur.

On connaît le dilemme classique dans lequel s'est tendanciellement enfermée l'étude du droit depuis la seconde moitié du XIX^e siècle. D'une part, l'approche interne du droit, tentant de reconstruire le système juridique, débouche vite sur un *normativisme* qui hypostasie un monde de règles et de principes sans considération pour l'effectivité du droit dans la vie sociale. D'autre part, jetant de l'extérieur sur son objet un regard lucide, la sociologie du droit oblitère la normativité interne du système juridique pour resaisir, derrière l'illusion de la règle, des processus réels de décision qui se révèlent soumis à des déterminismes extra-juridiques. Contestant le monde des règles construit par le positivisme juridique, la sociologie a tendance à lui substituer un positivisme des faits sociaux : on comprend que cette démarche, illustrée notamment par le réalisme et par le marxisme, débouche vite sur un *sociologisme* qui dissout le droit plus qu'il ne l'éclaire.

Depuis Georges Gurvitch, nous savons qu'il n'y a de bonne théorie du droit que celle qui nous permet d'échapper à ce dilemme sans cesse conjuré, et sans cesse renaissant. Les théories du « fait juridique » (Gurvitch) ou du « code systématique » (Luhmann) furent autant de tentatives pour y parer, toutes deux marquées cependant par un objectivisme sociologique qui ne permet pas de resaisir l'établissement d'un espace juridique qui n'existe pas comme un donné social, ni comme un code clôturé, mais comme une construction toujours précaire d'acteurs très diversifiés en interaction réglée. C'est précisément le mérite de la démarche de Denis Salas de prendre pour point de départ un point de vue interactionniste et constructiviste, évitant ainsi toute définition *a priori* de la distinction du droit et du non-droit, du social et du juridique, du droit implicite et du droit explicite. Ces distinctions ne sont pas niées, mais apparaissent non comme un point

de départ, mais comme le *résultat* de processus de construction diversement agencés. C'est pourquoi Denis Salas ne s'intéresse ni aux normes pénales, ni aux faits criminologiques, mais au *procès* par lequel la règle générale se conjoint à la décision particulière, par lequel le social se cristallise en droit, par lequel des acteurs multiples s'accordent sur une solution unique.

Ce point de vue interactionniste ne débouche pas cependant sur un situationnisme qui, à la manière de l'ethnométhodologie, rendrait impossible toute théorie générale. L'auteur parie au contraire sur une certaine stabilisation des formes générales de procédure au cours de l'histoire. Pour resaisir la grammaire profonde des procédures pénales, l'auteur fait l'hypothèse originale que le cœur du procès n'est pas la règle, ni le jugement, mais le *débat* mettant en confrontation divers acteurs. Ce débat n'est pas une discussion éthérée, mais est organisé par des dispositifs institutionnels qui en règlent la trajectoire. Selon les rapports que ce processus discursif entretient avec le tiers, avec l'écriture, avec l'incertitude de l'issue, avec le jugement, on peut dégager ainsi un nombre fini de *modèles de procès* qui valent universellement. Ainsi, dans le champ pénal, trois modèles peuvent être distingués. Le modèle de la *médiation* est caractéristique des dispositifs qui font l'économie de la centralité d'un pouvoir. Il se passe du rapport à l'écriture, et suppose un tiers conciliateur. Le modèle de l'*inquisition* est au contraire ordonné autour d'un centre de pouvoir différencié : il privilégie l'écrit sur l'oral, et dépend d'un tiers partial, lié ou confondu avec le pouvoir. Le modèle du *procès équitable*, privilégié dans les sociétés démocratiques, s'ordonne autour d'un tiers investi du pouvoir de juger. Le débat équitable y est central, l'issue en est ouverte. En réalité, les formes historiques concrètes du procès pénal mélangent et distribuent ces modèles abstraits, qui, dans une société donnée, ne se réalisent donc (presque) jamais d'une façon exclusive. Au demeurant, le livre fourmille d'indications démontrant cette pluralité organisée du champ pénal à travers les époques.

Cette volonté de systématisation pousse l'auteur à une démarche dont la pente est structuraliste, mettant plus l'accent sur la continuité des grammaires procédurales que sur leurs transformations historiques. A la recherche d'invariants transversaux, le livre saute allègrement les époques historiques et les contextes géographiques. L'entreprise n'est pas sans séduction, mais il est vrai que, dans ce mélange des époques et les lieux, on perd un peu le sens de l'histoire. Et naît le soupçon que ces invariants et leur combinatoire réduisent trop l'objet qu'ils prétendent saisir. Par exemple, l'institution du procès équitable à l'âge moderne ne fait-il que se « superposer » à un modèle inquisitorial relégué au stade de l'instruction, l'aménagement de façon superficielle, ou doit-on considérer qu'elle en modifie très profondément le sens ? L'introduction de la médiation dans les procès contemporains est-elle seulement un réaménagement de la combinatoire des modèles, ou plus profondément modifie-t-elle l'économie même du processus, et la représentation de la justice dans nos sociétés ? Pour saisir ces dimensions, il faudrait sans doute adopter une démarche plus « compréhensive » (au sens wébérien), visant à interpréter le sens des combinatoires et leurs modalités particulières eu égard aux débats par lesquels une société interprète et justifie son organisation pénale. La médiation dans une société féodale n'est pas, malgré la présence des invariants que souligne à juste titre l'auteur, le *même* dispositif que la médiation contemporaine. De l'une à l'autre, tout a changé : la force des traditions, le rapport à l'Etat, le rapport à la règle, la formation du lien social. Le risque d'une reconstruction d'invariants serait de tomber dans un structuralisme des procédures universelles, comme si ces règles procédurales n'étaient pas elles-mêmes l'objet d'une interprétation historique dont il vaut la peine de dégager le sens.

Une réflexion sur la signification des aménagements pénaux que décrit finement l'auteur serait donc bienvenue, complétant et corrigeant ce que la démarche peut avoir de trop formaliste. Ce serait aussi, du même coup, se mettre en position de s'interroger sur la valeur normative des montages procéduraux, et réinterroger le sens d'une justice

démocratique qui tiennent compte du pluralisme des procédures. L'auteur ne se prive certes pas de faire des suggestions normatives très intéressantes (notamment à propos de l'aménagement de la médiation dans le système pénal contemporain). Par un pas supplémentaire, il faudrait expliciter leur justification, en construisant réflexivement le point de vue critique qui doit désormais nous guider.

Mais ces remarques vont déjà au-delà du propos du livre, prolongeant en quelque sorte son élan. L'essentiel était de formuler une théorie qui fasse du débat le centre de gravité du pénal, et d'en dégager la fécondité théorique pour la réorganisation d'un champ trop facilement dominé, en théorie comme en pratique, par le masque de Janus du normativisme et du sociologisme. Cette *théorie du procès* proposée par Denis Salas est donc un pas vers une théorie procédurale du droit pénal. Outre sa pertinence intrinsèque, ce type d'approche est sans contexte ce qui est requis par les mutations contemporaines du droit, marquées par une procéduralisation toujours plus accentuée. C'est pourquoi ce livre vient à son heure et apporte une contribution importante au débat contemporain.

Jean DE MUNCK

II. - DROITS DE L'HOMME

Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme, par Anna Zaïri, préface de Bernard Bouloc, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », tome 27, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 181 pages.

Avec l'ouvrage de Mme Anna Zaïri, procureur de la République à Athènes, la bibliothèque de sciences criminelles (LGDJ) se développe en matière de droit de l'extradition. D'emblée le titre de l'ouvrage – *Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme* – annonce que l'étude est menée sous un aspect nouveau. De fait, comme le note très justement Bernard Bouloc dans sa préface, « c'est le mérite de cet ouvrage de montrer la compatibilité de la Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme] avec les principes du droit extradiationnel ».

Dès l'introduction, Mme Zaïri suggère que l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'extradition donne au principe de spécialité des dimensions plus larges que celles qu'il avait à l'origine ; elle en fait un principe de protection de la personne dont l'extradition est réclamée. Le décor est définitivement planté lorsque Mme Zaïri établit le lien entre ce principe et celui de l'article 6, alinéa 3 a, de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel tout accusé doit être informé dans le plus court délai de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

Il ne reste plus alors à l'auteur qu'à établir les conséquences de sa nouvelle approche du principe de spécialité, tant au regard de sa portée (1^{re} partie) que des garanties de son respect (2^e partie).

La première partie de l'ouvrage est d'abord consacrée au contenu et aux assouplissements du principe de spécialité. L'étude de ses difficultés d'application est ensuite l'occasion de développements techniques et bien utiles sur les difficultés de qualification qui peuvent surgir lorsqu'il y a une condition de double incrimination ou qu'apparaissent des circonstances aggravantes.

Reposant sur l'idée que le principe de spécialité de l'extradition impose des obligations non seulement à l'Etat requérant mais également à l'Etat requis, la seconde partie de l'ouvrage est consacrée à l'étude des garanties du respect de ce principe non seulement

après la remise de l'extradé, mais également avant la remise. C'est probablement dans ce domaine que l'auteur est le plus original : il déduit de la Convention européenne des droits de l'homme la nécessité d'assurer la contradiction à la personne réclamée dès le début de la procédure d'extradition. Cela nécessite que la Chambre d'accusation inclut dans la motivation de ses avis la description détaillée des faits et qu'un pourvoi en cassation puisse être formé pour méconnaissance du droit au procès équitable.

Il reste seulement à souhaiter que la vision du droit de l'extradition, qui insuffle cet ouvrage et qui tend à en privilégier la fonction de garantie individuelle, soit adoptée par le plus grand nombre. Car le droit de l'extradition ne peut qu'y gagner en précision et en rigueur.

Danièle MAYER

Etat des requêtes introduites contre la France devant la Commission européenne des droits de l'homme, 2 octobre 1981-31 décembre 1992, par Frédéric Sudre, Bénédicte Peyrot, Montpellier, Université de Montpellier I, Faculté de droit et des sciences économiques, Institut de droit européen des droits de l'homme, 1993, 211 pages.

Cet ouvrage occupe incontestablement une place originale dans l'abondante littérature consacrée à la Convention européenne des droits de l'homme. Malgré l'ampleur considérable donnée aux tableaux et statistiques (seconde partie : classification des requêtes enregistrées et décisions rendues par la Commission contre la France, p. 37 à 205), le juriste peu familier des méthodes quantitatives ne doit pas se laisser rebuter et devrait au contraire tirer le plus grand profit de la première partie dans laquelle est brossé un tableau très suggestif du « contentieux français » à Strasbourg, constituant le bilan de onze ans de recours individuels. La doctrine y trouvera ample matière à réflexion et les praticiens beaucoup d'éléments directement utilisables.

Le travail a porté sur un dépouillement systématique des 981 requêtes dirigées contre la France et communiquées au gouvernement français pendant la période considérée (1981-1992). Il est dommage que l'étude n'ait pas pu être complétée par des indications, au moins sommaires, sur les décisions de la Commission de Strasbourg non communiquées au gouvernement. Elles représentent en effet un volume très élevé (près de 850 requêtes). Sans doute s'agit-il d'affaires n'offrant pas de difficultés particulières, mais il aurait été utile pour les requérants potentiels et leurs avocats ou conseils d'en savoir un peu plus afin de mieux ajuster leur comportement et leur stratégie. Cette remarque ne diminue en rien la valeur exceptionnelle des renseignements fournis.

La deuxième partie, rédigée par Bénédicte Peyrot, présente les 981 requêtes recensées suivant différents classements : chronologique, alphabétique, par nationalité des requérants, suivant les articles de la Convention ou des protocoles invoqués par les requérants (notamment par les détenus ou par les étrangers) ; classement des décisions d'irrecevabilité et de radiation (par motifs de rejet) et des décisions de recevabilité (par ordre alphabétique et par article). Cet ensemble impressionnant de tableaux est aisément consultable et devrait permettre de retrouver facilement les renseignements que l'on peut désirer. Un dernier tableau contient l'index des décisions publiées dans le recueil des « décisions et rapports » de la Commission européenne des droits de l'homme. Cet instrument est peu connu, mais il aurait été utile de rappeler que d'autres publications permettent de consulter le texte des décisions des organes de Strasbourg (Commission, Cour et Comité des ministres).

La première partie de l'ouvrage, rédigée par Frédéric Sudre, donne une analyse et une synthèse en tous points remarquables du matériau présenté sous une forme déjà très élaborée dans la série de tableaux de la deuxième partie. Il s'agit d'une étude de

sociologie du contentieux, jamais réalisée jusqu'ici en ce qui concerne le contentieux relatif à la Convention européenne des droits de l'homme devant les organes de Strasbourg (malgré quelques études intéressantes, mais limitées, notamment R. Abraham, Bilan de huit années de recours individuels, in *Droit international et droits de l'homme*, CEDIN, Paris, Montchrestien, 1990, p. 223-234). Bien que la typographie soit très serrée, ce qui est regrettable, la lecture est toujours facile en raison de la clarté des développements et du déroulement du raisonnement qui dénote une parfaite connaissance des mécanismes de mise en œuvre de la Convention. On tirera de nombreux enseignements, à la fois théoriques et pratiques, des analyses de F. Sudre. Celui-ci souligne le faible nombre des requêtes présentées par les personnes morales (société et associations), ce qui devrait inciter les juristes d'entreprises à se pencher davantage sur les possibilités que leur offre la Convention. D'autre part, il fait ressortir qu'une partie importante du contentieux français concerne l'article 6 de la Convention, montrant par là même que « la lenteur de la procédure est la plaie du système juridictionnel français », en particulier en matière pénale.

Les avocats des requérants pourront y puiser maints renseignements et trouver des suggestions pour défendre leurs clients. Il apparaît en effet que le contentieux français devant les organes de Strasbourg est un bon révélateur des dysfonctionnements de notre système juridique, mais en même temps les possibilités offertes par la Convention sont loin d'avoir été toutes explorées. Le phénomène n'est pas propre à la France. Le contentieux « suédois », le contentieux « britannique » ou le contentieux « italien » présentent des caractéristiques propres et des lacunes spécifiques : il serait utile de disposer d'études comparables à celle de F. Sudre et B. Peyrot pour chacun des pays du Conseil de l'Europe.

Toutefois, le contentieux porté devant les organes de Strasbourg ne représente pas la totalité du contentieux relatif à la Convention. Il faut tenir compte également des décisions des juridictions internes qui mériteraient un recensement systématique (pour la période 1974-1984, V. M.-A. Eissen, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française*, et pour une synthèse récente, voir *Jurisclasseur de Droit international*, fascicule 155-E, « Interprétation et application de la Convention en France », partie rédigée par Hélène Ruiz-Fabri).

Au total, l'ouvrage de F. Sudre et B. Peyrot constitue donc un instrument de travail incomparable pour tous ceux qui s'intéressent à la Convention européenne des droits de l'homme, mais, bien évidemment, il ne dispense pas de la consultation directe de la jurisprudence de la Commission, de la Cour ou même du Comité des ministres.

Paul TAVERNIER

III. - PROCÉDURE PÉNALE

Criminal Evidence Handbook, par Harold J. Cox, 2^e éd., Aurora (Ontario), Canada Law Book Inc., 1991, 407 pages.

Le droit pénal canadien comme la procédure pénale sont directement issus du droit anglais à tel point qu'il y a encore une vingtaine d'années les anciens étudiants les plus brillants d'Oxford ou de Cambridge venaient occuper les chaires de droit pénal dans cet ancien *Dominion* et cela sans aucune difficulté.

Le livre que nous présente Harold J. Cox est étonnant : c'est un manuel de procédure : *Evidence* abordé comme un dictionnaire de concepts avec tout ce qui concerne le droit des preuves c'est-à-dire le déroulement du procès. Ce droit des preuves si important pour comprendre la procédure pénale puisque tout se passe le jour de l'audience. En sept parties, l'auteur couvre tout le champ de ce droit des preuves. Chaque entrée est suivie

d'une définition mais aussi de références au code criminel canadien, au *Criminal Evidence Act* et à la Charte des droits et libertés. Des références sont aussi systématiquement faites à la jurisprudence essentielle pour comprendre ce droit. De façon claire, toute la procédure pénale est présentée en se fondant sur les mots clés.

La procédure pénale canadienne, plus précisément le déroulement du procès pénal, étaient régis jusqu'en 1982 par le code, la législation et la jurisprudence des différentes cours criminelles canadiennes. Depuis 1982, toute loi, tout arrêt et les articles du code doivent être en conformité avec la Charte des droits et libertés. Celle-ci a ouvert un vaste nouveau champ d'opportunités pour la protection de l'individu mais aussi pour le contentieux. La procédure pénale peut être testée selon les principes dégagés dans la nouvelle charte et ainsi le manuel est un exemple de droit positif car il prend systématiquement en compte la dernière jurisprudence pour faire savoir si tel principe a été déclaré non valide car non conforme à la charte. Ainsi l'article 230 alinéa *a* n'est plus valide car il viole la charte. Cet ouvrage met aussi l'accent sur certaines contradictions entre juridictions au sujet des articles 276 et 277 du code qui selon certaines cours violent les articles 7 et 11 *d* de la charte, alors que pour d'autres ils sont en parfaite conformité. Ce contrôle de constitutionnalité a ouvert de nouvelles perspectives au droit canadien en le rapprochant des techniques américaines. La charte des droits a donné un nouveau dynamisme à ce droit et à cette procédure pénale. Certains textes n'ont pas encore été testés pour savoir s'ils sont ou non en conformité avec la loi fondamentale. D'autres ou des arrêts concernant les preuves obtenues de façon illégale étaient parfaitement admissibles avant la mise en vigueur de la charte mais sont devenus anticonstitutionnels depuis.

Voici un ouvrage pratique et particulièrement attractif. Sa lecture est aisée et permet de faire le point sur le droit pénal de cet État qui tout en acceptant l'héritage anglais s'inspire de plus en plus de l'exemple du grand voisin du sud. L'ouvrage comprend une table d'arrêts et un index superbe. Voici un livre qui doit se trouver dans toutes les bibliothèques où l'on s'intéresse au droit pénal, au droit canadien mais aussi au droit anglais et que l'auteur de ces lignes ne manquera pas d'utiliser pour ses cours grâce aux définitions si précises qui forment le corps de l'ouvrage et qui permettent de bien cerner les concepts.

Antoine J. BULLIER

Procédure pénale, par Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, 15^e éd., Paris, Editions Dalloz, 1993, 854 pages.

Il se confirme pour le pénaliste que quinze est un chiffre important. Il marque un seuil. Il en va des éditions d'ouvrage comme de l'âge des personnes ainsi que le prouve la sortie récente de la quinzième édition du « Précis de procédure pénale » de G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc.

Pour l'étudiant qui découvre la procédure pénale comme pour l'enseignant ou le praticien averti, cette nouvelle édition d'un ouvrage classique et qui fait autorité permet de maîtriser la matière en parcourant, après la riche approche historique de l'introduction, les trois parties entre lesquelles les développements sont distribués et consacrés successivement à l'objet du procès pénal, à ses organes et enfin à son déroulement. Plan dont la simplicité, la clarté et la rigueur ont déjà fait leurs preuves d'efficacité dans les éditions antérieures.

Un des grands mérites des auteurs est d'avoir su faire le point des innombrables réformes qui ont déferlé par vagues successives et souvent désordonnées sur notre procédure pénale de 1990 à 1993 : modifications législatives suivies de repentir ; lois nouvelles votées mais abrogées avant d'avoir été appliquées ; dispositions modifiées à la

hâte en fonction des changements des majorités parlementaires et élaborées à partir de critères, non pas techniques, mais politiques (cf. les matières sensibles des pouvoirs du juge d'instruction, des contrôles d'identité...).

Plus d'inculpé désormais, mais seulement des personnes mises en examen... Si les réformes s'étaient limitées à cela, la tâche des auteurs aurait été simple ! Mais, en réalité, celles-ci ont, sur de nombreux points, modifié profondément les règles suivies jusque-là (cf. la présence de l'avocat au stade de la garde à vue ; la réglementation des écoutes téléphoniques ; le contrôle renforcé de la mise en détention provisoire, celui de l'instruction par la voie de la nullité...).

Avec maîtrise, en tous ces domaines marqués du sceau du changement, les innovations sont analysées et exposées, alors que par ailleurs une réflexion approfondie est faite sur l'impact de plus en plus grand, en cette matière de la procédure pénale, des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de Strasbourg.

Mais on ne peut manquer aussi d'être frappé, dans cette nouvelle édition, par la richesse des références jurisprudentielles et doctrinales données pour chaque question dont l'étude est abordée. Parfois – et certaines pages en témoignent de manière significative – les notes occupent plus de place que ne le fait le texte.

S'impose à l'esprit du lecteur que cette quizième édition du « Précis de procédure pénale » – et dont l'exploitation est facilitée par la nouvelle présentation adoptée par la maison Dalloz : format, typographie plus agréables –, tout en sachant rester d'abord un manuel destiné à la formation des étudiants, est, en même temps, un précieux instrument de travail pour le praticien : celui-ci, qu'il soit magistrat ou avocat, peut y trouver facilement la solution argumentée des problèmes qui se posent à lui.

Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE

IV. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Crimes Against Humanity in International Criminal Law, par M. Cherif Bassiouni, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 820 pages.

En 1989, le département de la justice canadien demande au professeur Cherif Bassiouni d'être son expert légal dans l'affaire *R c/ Finta*, premier procès relatif aux « crimes contre l'humanité » au Canada, pays qui venait de légiférer sur ce sujet. Dans le prolongement de sa mission, l'auteur entreprend de clarifier ce concept afin d'élaborer une formulation juridique plus précise. Ce livre est le fruit des recherches effectuées lors de ce procès et constitue l'aboutissement de nombreuses années de travail dans le domaine du droit pénal international. A l'appui de nombreuses décisions judiciaires ainsi que de toute la littérature juridique et philosophique, l'auteur y soulève des questions d'ordre légal primordiales relatives aux « crimes contre l'humanité », renvoyant en permanence à une compilation exhaustive de documents.

Cet ouvrage contribue ainsi pleinement à une meilleure compréhension des multiples questions juridiques posées par cette catégorie de crimes internationaux.

Le professeur Bassiouni retrace l'historique du concept de « crime contre l'humanité » et sa formulation non seulement dans le Statut du Tribunal de Nuremberg annexé aux Accords de Londres du 8 août 1945, mais aussi dans le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient de Tokyo de 1946, ainsi que dans l'ordonnance n° 10 du Conseil de contrôle du 20 décembre 1945. L'auteur décrit les nombreux problèmes juridiques auxquels les alliés furent confrontés au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale face à l'élaboration de cette notion ; les différences d'origine, de

tradition et de philosophie de chaque système créant des obstacles dans la réalisation de cette tâche nouvelle et périlleuse. Il retrace la recherche d'un compromis autour de la notion de « crime contre l'humanité » entre pays de droit écrit et de *Common law* puis décrit l'intervention des nombreux protagonistes qui jouèrent un rôle déterminant à Nuremberg lors de ce premier procès international ayant à juger de crimes d'une telle envergure.

Cherif Bassiouni s'interroge ensuite sur la validité du Statut du Tribunal de Nuremberg au regard des grands courants philosophiques et légaux. Puis, l'auteur se livre à un long plaidoyer en faveur du principe de légalité. Il se pose en ardent défenseur de la « règle de droit » en ce qu'elle constitue une garantie fondamentale contre le risque d'arbitraire. Parmi la cascade de citations qui viennent étayer les idées déployées tout au long de l'ouvrage, l'assertion de Thomas Paine a ici valeur de symbole : « Celui qui veut assurer sa propre liberté doit protéger de l'oppression jusqu'à son ennemi, car s'il passe outre à ce devoir il établit un précédent qui l'atteindra à son tour. »

Après avoir retracé l'histoire du « droit international humanitaire », l'auteur fait état de la réglementation internationale des conflits armés, des poursuites nationales et internationales des crimes de guerre et des « crimes contre l'humanité », définissant distinctement ces deux dernières notions.

Grâce à une méthode dite « inductive », Cherif Bassiouni procède à une identification des crimes contenus dans l'article 6 c du Statut du Tribunal de Nuremberg. Il mène une étude comparative entre les 39 pays jugés représentatifs des grands systèmes juridictionnels. Ces réflexions l'amènent à la conclusion que les différentes composantes des « crimes contre l'humanité » étaient interdites bien avant la promulgation du Statut et constituaient donc des violations des « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ».

Après avoir examiné de manière approfondie le contenu et l'historique de chaque crime inclus dans la définition des « crimes contre l'humanité », à travers leurs éléments constitutifs notamment, l'auteur s'interroge sur la pérennité de ce concept pour les temps à venir. A la lumière du principe de légalité, il analyse successivement le meurtre et l'extermination, l'esclavage, la déportation et le transfert de population, la persécution et « autres actes inhumains », à savoir la torture, les expérimentations illégales sur l'homme ou encore l'apartheid.

L'auteur retrace enfin l'évolution de ces notions à travers le travail effectué par la Commission du droit international créée en 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette Commission fut chargée de formuler les principes de droit pénal international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg ainsi que de préparer un projet de « code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Un code encore inachevé à ce jour.

C'est avec une certaine amertume que le professeur Bassiouni constate que la définition des « crimes contre l'humanité » est insatisfaisante dans sa version d'origine de 1945 au regard du principe de légalité, en raison notamment du fait que l'article 6 c du Statut du Tribunal de Nuremberg ne précise pas les conditions de la responsabilité pénale et les différents facteurs d'exonération de cette responsabilité contenus habituellement dans la partie générale du droit pénal des grands systèmes juridictionnels.

Encore plus grave aux yeux de l'auteur est le fait qu'aucun pas décisif n'ait été accompli depuis cette date. Il déplore qu'aucune convention complète et détaillée sur les « crimes contre l'humanité » n'ait été adoptée alors que de tels actes n'ont cessé d'être perpétrés. Le professeur Bassiouni réclame la mise au point d'une nouvelle convention internationale globale concernant les « crimes contre l'humanité », qui soit en mesure de prévoir les nécessités à venir sur la base des expériences du passé. Cette convention aurait pour mission de mettre un terme aux atteintes à la dignité humaine dont nous n'avons cessé d'être les témoins depuis la Deuxième Guerre mondiale. L'auteur estime qu'il est

du devoir de la communauté mondiale de prévoir des accords pour juger les auteurs de « crimes contre l'humanité », ceci quelles que soient l'époque, l'endroit ou l'identité de ceux qui auront perpétré de tels crimes, et quelles que soient les victimes.

Dans cette perspective, le professeur Bassiouni plaide pour l'élaboration d'une codification du droit pénal international qui contienne une partie générale incluant notamment les conditions de la responsabilité pénale ainsi que les facteurs d'exonération de cette responsabilité, deux questions qu'il traite ici de manière approfondie.

Critique des différentes versions du projet de code pénal international de la Commission (la plus récente datant de 1991) qu'il juge imparfaites, principalement au regard du principe de légalité, Cherif Bassiouni estime que ces trop nombreuses imperfections peuvent être corrigées, comme l'atteste son propre projet de code pénal international, qu'il serait souhaitable de voir adopté dans un proche avenir. Ce serait là une première étape vers une justice pénale internationale nécessitant pour sa mise en œuvre un Tribunal pénal international permanent, ce que propose le professeur Bassiouni.

Un tribunal qui offrirait, pour répondre à la volonté d'Aristote, le même droit à Athènes qu'à Rome, et s'appliquerait avec égalité aux hommes, quels qu'ils soient à travers le monde, non seulement parce qu'il s'agit de la loi, mais parce qu'elle est empreinte de justice.

Martin VEIL-PICARD

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie par Karine Lescure, Avant-propos de Brigitte Stern, Préface de Ralph Zacklin, Paris, Editions Montchrestien, 1994, 203 pages.

Ce petit ouvrage est la première présentation d'ensemble en français, sur le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, présentation parue presque jour pour jour un an après l'adoption de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, le 22 février 1993, dans laquelle était prévue la création de cette instance.

C'est le travail d'une étudiante de DEA à l'université Paris I, Panthéon-Sorbonne, qui a trouvé sa place dans la série des *Etudes internationales* (n° 6), série de recherches assez pointues publiées par le Cedim, Centre de droit international de la région parisienne, regroupant le Cedim-Paris I, le Cedim-Paris X et le Cedim-Paris XIII.

Avant de concentrer son attention sur le Tribunal lui-même, Karine Lescure a replacé la création de cette instance dans une perspective historique : elle a ainsi développé, de façon extrêmement claire et synthétique, dans une première partie consacrée à l'*Analyse de l'existant en matière de responsabilité pénale internationale*, l'état du droit positif en matière de responsabilité pénale internationale, non sans s'être interrogée en introduction sur la définition même du droit pénal international et de la responsabilité pénale internationale.

Le cadre de réflexion est ainsi posé : en particulier est mis en lumière le choix fondamental relatif aux modalités procédurales de mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale : juridiction internationale ou compétence universelle ?

Il y a longtemps que s'est opérée une internationalisation normative du droit pénal (piraterie, traite des esclaves, etc.), mais celle-ci est longtemps restée incomplète, puisque les Etats conservaient – même s'il s'agissait de tous les Etats – le monopole de l'action répressive. Il est certain que ce n'est que dans l'hypothèse de la création d'une juridiction pénale internationale que l'on pourra véritablement parler de responsabilité pénale internationale.

Les deux parties suivantes sont plus strictement concentrées sur le Tribunal pénal pour

l'ex-Yougoslavie, la deuxième partie traitant de *La création d'un Tribunal pénal international en vertu du chapitre VII, problèmes constitutionnels*.

L'auteur examine les différentes méthodes qui auraient pu être utilisées pour créer le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La voie conventionnelle paraissait trop longue et trop aléatoire, la création par l'Assemblée générale se heurtait au fait que c'est le Conseil de sécurité qui est investi de la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales. C'est donc ce dernier qui a pris la responsabilité de créer le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, en utilisant les pouvoirs qu'il tient du chapitre VII, par la résolution 808 (1993) du 22 février 1993 d'abord, dans laquelle le principe de la création du Tribunal est posé, par la résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, ensuite, par laquelle le Tribunal est effectivement créé.

La justification de cette création par le Conseil de sécurité est qu'elle s'inscrit dans sa mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Reste posé le problème de l'inscription d'une telle initiative dans les limites des pouvoirs effectivement conférés au Conseil de sécurité. Mlle Karine Lescure pose cette question, sans lui donner de réponse définitive, celle-ci était de toute façon extrêmement délicate : selon elle, « le problème relatif aux limites des compétences du Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII demeure entier : nous ne pouvons que constater une extension de plus en plus significative tant de son domaine d'action que de ses moyens ; nous nous limiterons ici à ce constat » (p. 82).

Créé en vertu du chapitre VII, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est donc un organe judiciaire de l'ONU : en tant que tel, il est lié à la restauration du maintien de la paix. Cependant, étant un organe judiciaire, il ne peut être entièrement subordonné au Conseil de sécurité, de la même façon que le Tribunal administratif des Nations Unies (TANU) créé par l'Assemblée générale des Nations Unies a été considéré comme organe judiciaire indépendant de l'Assemblée générale.

Le Conseil de sécurité s'est ainsi borné à fixer clairement les compétences *ratione loci* et *ratione temporis* du Tribunal : celui-ci est compétent pour toutes les violations graves du droit humanitaire qui se sont produites sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, à partir du début des hostilités, c'est-à-dire d'après les résolutions pertinentes « depuis 1991 », ce qui n'est pas extrêmement précis.

La troisième et dernière partie de l'ouvrage est consacrée à l'*Examen du fonctionnement du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans ses rapports avec les Etats*.

L'auteur a laissé délibérément de côté les questions classiques d'organisation du Tribunal pour concentrer son attention sur « La compétence *ratione materiae* et *ratione personae* du Tribunal » (chap. 1), ainsi que sur « L'articulation entre le Tribunal international et les tribunaux nationaux » (chap. 2).

Sur cette dernière question, il convenait de concilier les exigences du principe *non bis in idem* avec celui de la priorité reconnue au Tribunal international. Il a ainsi été décidé que ce dernier pouvait demander aux juridictions nationales de se dessaisir, aucune disposition ne prévoyant un dessaisissement éventuel du Tribunal international en faveur des tribunaux nationaux, qui avait été proposé par le Comité français des juristes, pour désengorger le Tribunal international et restituer l'exercice de leurs compétences aux tribunaux des Etats de l'ex-Yougoslavie, dès que ceux-ci seraient en mesure de l'assurer.

L'auteur termine son propos par quelques réflexions plus générales sur le rôle de ce Tribunal : Karine Lescure souligne ainsi que « le Tribunal ne doit pas constituer une fin en soi mais s'inscrire dans le cadre d'une action globale et politique du Conseil de sécurité destinée à exiger le retrait des territoires acquis par la force » (p. 132). Ce n'est qu'à cette condition qu'il permettra de faire avancer l'idée de justice internationale.

L'ouvrage est complété par une bibliographie, ainsi que de fort utiles annexes, puisqu'elles contiennent l'énoncé des principes de Nuremberg, la résolution 808 (1993)

du 22 février 1993 et la résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 du Conseil de sécurité, le rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, sur la base duquel le Tribunal a été établi, ainsi que la liste des membres actuels de ce Tribunal, dont la première session a eu lieu au mois de février 1994 à La Haye, et la deuxième fin avril 1994, sous la présidence d'Antonio Cassese.

Tel quel, ce travail de recherche donne une vision d'ensemble claire, pertinente, nuancée et aisément accessible, de l'ensemble des problèmes juridiques et politiques posés par la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : un outil de référence incontournable.

Brigitte STERN

V. - PÉNOLOGIE ET EXÉCUTION DES PEINES

La peine de mort au seuil du troisième millénaire, hommage au professeur Antonio Beristain, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Editions Erès, 1993, 196 pages.

Cet ouvrage, publié dans la collection « Criminologie et sciences de l'homme » dirigée par le professeur Reynald Ottenhof, constitue les Actes du colloque sur ce thème qui s'est tenu à Bayonne le 23 avril 1992.

Ce colloque a été organisé dans le cadre d'un hommage rendu au professeur Antonio Beristain, par le Centre de recherche et d'études sur la délinquance et l'inadaptation juvéniles, la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne-Anglet-Biarritz, l'Institut basque de criminologie et l'Association régionale de criminologie d'Aquitaine.

Jamais hommage n'a été plus justifié, tant la personnalité d'Antonio Beristain suscite chez tous l'amitié et l'admiration pour sa science, sa foi et son ardeur combative.

Reynald Ottenhof rappelle le combat qu'il a mené dans son propre pays contre la peine de mort du temps de la dictature, et son immense talent à éveiller les consciences en contestant les idées reçues et en dérangeant au besoin les ordres établis sur ce terrain comme sur d'autres.

De la foi et de la ténacité, il en faudra assurément encore longtemps pour parvenir à abolir définitivement et dans le monde entier la peine de mort. Le point que fait de la situation actuelle le colloque de Bayonne montre bien l'ampleur de la tâche qui reste à accomplir ; cent dix pays sur cent soixante seize maintiennent toujours et appliquent la peine de mort ; l'augmentation régulière de la criminalité suffirait à expliquer cette persistance, mais plus encore la recrudescence des fanatismes politiques ou religieux qui, loin de consacrer le caractère sacré de la vie humaine, en font une quantité négligeable. Il ne saurait être question de résumer ici les quatorze remarquables contributions fournies au Colloque de Bayonne. Notons simplement qu'elles peuvent se ranger selon trois directions principales.

- *L'état des réflexions sur la peine de mort :*

M. Jean Pinatol brosse un tableau de la réflexion scientifique, à partir des travaux de la conférence organisée à Syracuse en 1988 par l'Association internationale de droit pénal (AIDP), et en particulier à ceux des quatre grandes associations qui, sur le plan international, représentent le droit pénal et la criminologie. M. Antonio Beristain agit avec sa fougue habituelle les réflexions d'ordre philosophique et d'ordre religieux, rejetant la séparation entre les unes et les autres, la dualité entre foi et culture, et demandant que l'on coordonne le langage de la raison et le langage de l'émotion. M. Peter Csonka évoque, de son côté, les débats juridiques, les textes de portée universelle et les textes de

portée régionale qui concernent la peine de mort, ainsi que la jurisprudence des diverses cours qui peuvent être saisies.

– *La situation actuelle* : la peine de mort dans le monde aujourd'hui, sujet traité par M. Pierre Marbot, notamment à partir des informations recueillies par Amnesty International ; la peine de mort abolie en Hongrie en 1990 grâce à une décision de la Cour constitutionnelle hongroise, et les débats antérieurs entre abolitionnistes et « mortalistes », retracés par M. Tibor Horvath ; la peine de mort aux Etats-Unis, situation fort contrastée suscitant toujours de vifs débats, dont les multiples aspects sont bien mis en lumière par M. Leonard L. Corvise.

– *L'examen du rétablissement de la peine de mort* réclamé par certains dans les pays qui l'ont abolie, comme la France l'a fait en 1981. MM. Jean-Pierre Delmas Saint-Hilaire, Denys de Béchillon et Robert Cario soupèsent les arguments invoqués en fonction respectivement du droit pénal français, des aspects de droit public, et des considérations d'ordre pénologique et criminologique, pour conclure en définitive à un rejet de cette demande lancinante.

De leur côté MM. Reynald Ottenhof, José Luis De la Cuesta, Jean-Pierre Nahon, Jean-Pierre Bouchard, Philippe Guillaumot et Mme Françoise Cottanceau envisagent ce même problème du rétablissement éventuel de la peine de mort d'un autre point de vue : celui des personnes susceptibles de se la voir appliquer : sont ainsi étudiés, successivement les mineurs, les trafiquants de drogue, les terroristes et les personnes souffrant de troubles mentaux.

La qualité des intervenants à ce colloque, la diversité de leurs formations et leur expérience à des titres divers, dans la lutte contre la criminalité, donnent un poids particulier à leur condamnation commune de la peine de mort.

Ajoutons qu'une série d'annexes fournit une précieuse information qui ajoute encore au grand intérêt des actes publiés ici.

Jacques VERIN

VI. – CRIMINOLOGIE

Kriminologija. Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, par Djordje Ignjatović, Belgrade, « *Nomos* », 1992, 244 pages.

Il est répandu que la criminologie, science relativement jeune, s'est développée avec fortune diverse. Dans une certaine mesure cela se rapporte à la criminologie dans les anciens pays socialistes. Elle a eu là des hauts et des bas, et le développement euphorique de cette science – surtout au début des années 1960 quand de grands instituts ont été créés et cette discipline introduite dans l'enseignement – est allé jusqu'à la considérer comme différente de celle des pays de l'Ouest (criminologie dite « socialiste »). Au fait il s'agissait simplement d'une voie, parmi tant d'autres en criminologie, dans laquelle la théorie marxiste du crime était plus ou moins incrustée, ce que les événements ultérieurs et la désintégration du système socialiste confirmeront.

L'ex-Yougoslavie était parmi les rares pays socialistes (avec la Pologne et plus tard la Hongrie) ouverts à la plupart des courants contemporains dans cette branche. En témoigne l'appréciation unanime du VII^e Congrès international de criminologie tenu à Belgrade en 1973, et les autres rencontres internationales, en particulier avec les représentants francophones de cette science. Bien sûr, de nombreux préjugés idéologiques n'ont pas pu être écartés. De ce fait, il est intéressant de voir comment se déroulent, dans la situation actuelle pas très convenable de la « petite » Yougoslavie, les processus

dans le cadre de cette discipline, pour laquelle le moment décisif est, vous en conviendrez, l'existence d'un manuel de cours à l'université.

Le récent ouvrage du jeune professeur belgradois de criminologie M. Dj. Ignjatović (deuxième édition entièrement refondue) représente selon nous cette nouvelle étape du développement de la discipline dans les pays post-socialistes. En cela nous sommes confortés par les toutes premières précisions présentées dans le premier chapitre (l'ouvrage comporte, à part l'introduction, cinq chapitres). La criminologie est, selon le professeur Ignjatović, et à la différence des conceptions assez répandues surtout dans l'ancienne science soviétique, une science autonome. Elle est, plus précisément, une science unitaire synthétique qui a pour objet d'étudier le phénomène criminel compris comme une entité composée de crime comme fait individuel, le délinquant en tant qu'auteur du délit, la victime du crime, la criminalité comme phénomène de masse, ainsi que la réaction de l'individu et de la société contre le crime et la criminalité. Le phénomène criminel est étudié de trois points de vue : phénoménologique, étiologique et victimologique. Par ce moyen la subdivision artificielle de la criminologie en branches particulières du même nom est évitée. Le deuxième chapitre est dédié aux méthodes de la criminologie que l'auteur, avec une certaine originalité, regroupe en méthodes d'études de faits individuels (*case studies*), méthode des « volumes intermédiaires » basés sur l'échantillon et méthodes statistiques. Cet exposé des méthodes est illustré par des exemples fameux des recherches de part le monde. Le troisième chapitre passe en revue les théories criminologiques tout en essayant d'analyser l'héritage de la criminologie sans parti pris. Le chapitre suivant traite les trois dimensions du phénomène criminel : dimension phénoménologique (l'auteur donne les statistiques sur la criminalité en Yougoslavie dans les dix dernières années et il donne aussi la typologie élémentaire de la criminalité — toute la criminalité est divisée en criminalité violente, criminalité contre les biens et criminalité politique), dimension étiologique (l'auteur groupe tous les facteurs criminogènes en extérieurs ou d'ambiance et d'intérieurs ou individuels), et dimension victimologique (en traitant ce segment l'auteur en profite pour expliquer que la victimologie n'a pas besoin d'être traitée à part comme branche particulière de la criminologie). Le dernier chapitre traite de la réaction sociale contre le crime et la criminalité, le droit pénal y fixant le cadre. L'attention est donnée à l'activité de la police et des tribunaux, ainsi qu'à la garantie des droits de l'homme dans le contrôle de la criminalité.

Dans tous les cas la *Criminologie* de M. Ignjatović mérite l'attention car elle essaye de donner des réponses différentes de celles présentées jusqu'à maintenant. De ce fait, son ouvrage représente une contribution aux temps présents que traverse la pensée criminologique dans certains pays.

Obrad PERIC

The peculiarities of female criminality and their causes. A human rights perspective, par A. Yotopoulos-Marangopoulos, Londres, 1992, 174 pages.

Une des constantes dans l'étude du phénomène criminel, depuis l'existence des statistiques judiciaires est le peu de variation dans le taux de délinquance des femmes par rapport à celui des hommes. Celle-ci se situe, systématiquement, dans la plupart des pays occidentaux, entre 10 et 18 % environ. Malgré les réserves que beaucoup entretiennent à l'égard de la véracité des relevés statistiques, la constance du phénomène intrigue les chercheurs. En effet, comment expliquer le fait que les incontestables changements socio-économiques, ceux qui affectent l'ordre normatif, juridique et politique n'apparaissent guère d'avoir des effets « majeurs » sur cette relation séculaire ?

L'auteur, ancien recteur et professeur émérite de l'université Panteios à Athènes est bien connue pour ses contributions à cette discipline aussi bien qu'au champ des droits de l'homme. Dans cet essai substantiel bien documenté et, il faut bien le souligner,

original dans ses observations, elle se propose d'éclaircir cette question n'écartant ni la critique, ni, parfois, la polémique.

Dans une première partie elle examine les données statistiques. La constance de la relation des taux de délinquance féminine par rapport à celui des hommes semble incontestable. On relève toutefois certaines variations, suivant les genres de délits et les pays. L'accroissement de la délinquance des femmes, limité, mais réel, dans certains pays, ne se confirme pas dans d'autres, appartenant pourtant aux mêmes aires culturelles. On note même un plafonnement des courbes, voire une certaine diminution des taux. Après avoir dressé un profil quantitatif et qualitatif de la délinquance féminine, l'auteur passe en revue dans une deuxième partie à des théories explicatives. Elle se concentre surtout sur les facteurs inhibitifs qui affectent le bas taux de délinquance des femmes. Les hypothèses (qui ont l'air parfois de thèses...) des criminologues et des militants féministes, sont prises en compte. La lutte des femmes pour leur égalité affecte-t-elle positivement ou négativement l'évolution de leur délinquance ? Cette lutte a-t-elle un impact réel sur l'évolution de la criminalité masculine ? Et, finalement, la lutte contre la criminalité autorise-t-elle des mesures restrictives à l'exercice des droits de l'homme en général et ceux des femmes en particulier ?

Dans son analyse de la causalité, l'auteur insiste particulièrement sur les effets du statut de subordination affectant des femmes, en les désavantagant par rapport aux hommes. Subordination qui frise souvent l'oppression. Elles réagissent à leur situation de dépendance par une attitude de soumission et de passivité. Celle-ci se traduit par des passages à l'acte névrotiques, dépressifs, alors que chez les hommes ce passage à l'acte peut être violent ou délinquant. Les mécanismes de contrôle social sont inspirés par la « double moralité » bien connue, réprimant les femmes bien plus sévèrement que les hommes pour le même comportement. Cela contribue, sans doute, à l'explication des taux de délinquance différentiels entre les sexes.

L'auteur ne croit pas à l'instar de la criminologue Freda Adler que l'émancipation en cours des femmes, de « deuxième sexe » vers un statut d'égalité juridique et socio-économique, provoquera une tendance vers l'égalisation des taux de délinquance. Elle estime que l'évolution socio-culturelle est bien plus lente que ne le laissent supposer les oscillations des indicateurs juridiques ou macro-sociologiques. C'est notre attitude à l'égard du phénomène, bien plus que la réalité elle-même, qui a changé tout récemment. La recherche doit s'orienter vers l'analyse des rôles et des statuts sociaux des femmes dans la *totalité* des structures et des organisations qui composent une société globale. Leur rôle au sein de la famille, de l'école, des médias, du droit fera l'objet d'analyses. Leur position sera précisée, également, en ce qui concerne la vie sexuelle, économique et publique. C'est grâce à l'étude de ses rôles et de ses positions dans les structures sociales que l'on éclaircira la causalité complexe de l'évolution de la délinquance féminine. C'est ainsi, qu'on va vérifier si l'évolution vers l'égalité se reflète dans les changements à la fois sur la quantité et sur la qualité de la délinquance féminine.

Tout en admettant l'existence des changements notables, au fil des ans, l'auteur ne croit pas que l'émancipation progressive des femmes les conduise à adopter des comportements criminels de type masculin. En effet, elles ne s'acheminent pas vers un statut de sexe dominant (statut qui explique principalement le nombre plus grand de la criminalité agressive masculine). On notera toutefois un certain accroissement de la criminalité féminine résultant de l'élimination graduelle des situations de soumission dans le contexte des rôles et des positions sociales qu'elles assument traditionnellement.

L'évolution des taux féminins et masculins convergeront dans une certaine mesure : l'évolution sociale les rend interdépendants. Une chose paraît certaine, les femmes ne cesseront d'être « le second sexe », soumis et passif, que dans la mesure où les hommes cesseront d'appartenir au « premier sexe », dominateur et agressif. Tout compte fait, l'auteur estime que la criminalité globale (féminine et masculine) ne sera pas affectée

significativement par le progrès des femmes vers l'émancipation au sein de la société. D'autres raisons peuvent évidemment provoquer une augmentation de la criminalité mais elle ne sera pas due aux rôles et statuts des sexes.

La conclusion de A.M. est nette. L'émancipation de la moitié de la population du globe, la libération de leur potentiel réprimé par les us et coutumes et les réglementations juridiques, peut conduire à un certain accroissement de leur taux de criminalité. Ce prix à payer, cependant, n'est pas élevé si on le compare aux bénéfices qui résultent de la jouissance des droits humains, de l'épanouissement de leur personnalité et de leur équilibre psychique dont profiteront aussi bien leur famille que l'ensemble de la société.

Cet essai qui fait cependant systématiquement et très précisément le tour du problème, est aussi une monographie. Une abondante bibliographie et une riche documentation statistique sur la délinquance féminine complètent l'ouvrage. L'auteur demeure cependant une essayiste (brillante !) et par le style et par l'analyse de ses données : elle propose des explications souvent originales, elle confronte et critique celles des autres, elle fait *comprendre* à ses lecteurs les réponses aux questions qu'elle se pose. De plus, son livre constitue une insigne contribution non seulement à la criminologie comparée mais il est aussi une introduction au dialogue que le mouvement féministe a engagé avec les militants des droits de l'homme et les représentants de la recherche scientifique.

Denis SZABO

Femmes et criminelles, par Robert Cario, Toulouse, Editions Erès, 1992, 330 pages.

Les études d'ensemble récentes sur la criminalité des femmes sont rares. *Femmes et criminelles* vient combler cette lacune. Comme le souligne le professeur Jean Pinatel dans son éloquente préface, Robert Cario est resté fidèle à une tradition criminologique authentique en adoptant une méthodologie exemplaire. En effet, celui-ci s'est fondé en premier lieu sur une approche documentaire (étude des dossiers de 1082 détenues du Centre pénitentiaire pour femmes (CPF) de Rennes) complétée par une démarche clinique (entretiens avec 63 détenues) puis il a rapproché les résultats obtenus de ceux, déjà connus, concernant la criminalité masculine. L'auteur a ensuite affiné les données ainsi recueillies par l'analyse factorielle des correspondances rencontrées dans les dossiers étudiés et par la rédaction de monographies tirées des entretiens réalisés.

Une première partie est consacrée aux caractéristiques générales de la criminalité des femmes. Il en ressort que les particularismes de cette criminalité ont tendance à s'atténuer même si son volume reste très nettement inférieur à celui de la criminalité masculine. « L'identité de statut entre les condamnés des deux sexes constitue la règle, la spécificité, l'exception », note Robert Cario.

Les caractéristiques socio-démographiques des détenues sont envisagées dans une deuxième partie. Robert Cario relève que s'il existe de fortes tendances à l'identité des deux types de criminalité, de forts particularismes liés à l'identité féminine en général mais encore au statut de femme dans notre société persistent. Ainsi, une des raisons principales de la sous-représentation des femmes dans la criminalité et du caractère spécifique des infractions qu'elles commettent réside dans l'enfermement social dont elles sont l'objet.

La recherche des causes du faible volume de la criminalité féminine, phénomène qui avait retenu l'attention des criminologues depuis longtemps, fait l'objet d'une troisième partie. Robert Cario rappelle les explications classiques faisant appel à la biologie et à la psychologie et envisage les explications sociologiques de l'acriminalité des femmes. Les stéréotypes sexuels qui restent forts malgré une évolution marquée vers l'égalité des sexes, en assignant aux femmes des rôles spécifiques, expliquent leur faible participation à

l'ensemble de la criminalité et leur sur-représentation dans certaines infractions. L'enfermement social, qui pose le principe que la place de la femme est au foyer, ne peut constituer une explication unique à la sous-représentation des femmes dans la criminalité. L'apprentissage et l'acceptation des rôles sociaux jouent aussi un rôle important. Selon Robert Cario, la théorie des rôles sociaux différentiels rend un compte plus exact du faible volume de la criminalité féminine : elles sont mises à l'écart des lieux où s'élaborent les décisions ; cantonnées à la reproduction et à l'éducation, elles sont moins disponibles pour développer des activités criminelles. Enfin, elles ont été mieux préparées à la tolérance, à la sociabilité, à l'affectivité et à la responsabilité. Néanmoins, selon l'auteur, l'interchangeabilité des rôles sociaux est possible et peut constituer un élément réel de prévention.

Une dernière partie est consacrée aux particularismes du passage à l'acte des femmes. Robert Cario montre que les infractions qu'elles commettent sont étroitement liées à leur dépendance matrimoniale, à leur degré d'instruction et à leur statut socio-professionnel. Il constate aussi que ces infractions sont très souvent commises dans le cercle restreint des relations familiales ou professionnelles. Dès lors, il était tentant de rechercher si l'apprentissage des rôles sociaux attribués aux femmes a une influence sur la formation de leur personnalité criminelle. A partir des travaux du professeur Henri Laborit, qui soulignent le caractère généralement acquis des comportements agressifs, Robert Cario a testé la valeur heuristique et opérationnelle de la théorie de la personnalité criminelle élaborée par le professeur Jean Pinatel. Cette démarche a été complétée par l'étude de 63 monographies de femmes incarcérées au CPF de Rennes. Les femmes de la population observée apparaissent être victimes d'une double domination : celle des hommes et celle des possédants. Ainsi que le relève Robert Cario, les activités développées par les femmes qui deviennent criminelles témoignent d'une structure de personnalité criminelle dont l'émergence est exclusivement dépendante des carences et insuffisances de leur milieu socio-culturel au sens large, en tout point semblable à celui observé auprès des populations de criminels de sexe masculin.

Femmes et criminelles est un ouvrage exhaustif et novateur qui au-delà de la connaissance du phénomène de la criminalité des femmes ouvre de fructueuses réflexions sur la criminalité en général. Il vaut aussi particulièrement par la méthode rigoureuse et par l'approche délibérément pluridisciplinaire adoptée par Robert Cario en intégrant notamment les apports de la biochimie cérébrale et de la biologie comportementale ainsi que le souligne le professeur Henri Laborit dans la postface de l'ouvrage.

Claude ARRIGHI

VII. - POLICE

Policing and Punishment in China, par Michael R. Dutton, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 359 pages.

La littérature concernant le système de sécurité en Chine a été substantiellement enrichie par le livre de Michael Dutton qui enseigne au Département des sciences politiques à l'Université de Melbourne. Fruit de plusieurs années d'études sur place et de la présence (en tant que étudiant et enseignant) aux institutions universitaires chinoises (Institut des langues étrangères, Université de la sécurité publique) ce livre se distingue à la fois par la clarté de l'exposé, le suivi et l'ampleur des analyses ponctuelles et des généralisations théoriques.

Se référant aux élaborations théoriques de Michel Foucault sur la gouvernementabilité, la punition et le contrôle social, l'auteur retrace l'histoire pour faire comprendre le présent.

Pendant plus de deux mille ans le système de sécurité en Chine était fondé sur la famille légalement et structurellement intégrée dans le système de gouvernement. Cette intégration s'opérait par les systèmes de *baojia* qui constituaient les registres des ménages mais ils assumaient en même temps de multiples fonctions socio-politiques : ordination, *policing* et particularisation des systèmes hiérarchiques des relations de pouvoir, dans le ménage et dans la famille.

Bien que basés en dernière analyse sur le pouvoir coercitif de l'Etat, ces systèmes étaient généralement capables d'assumer avec succès le *self-policing* sans recourir aux « horreurs de l'intervention officielle ».

Les systèmes de *baojia* qualifiaient d'anti-familial tout comportement anti-social. Si un membre de la famille commet un crime grave qu'elle ne corrige pas, cela prouvait que la famille était incapable de « faire respecter les règles dans son ménage » ; une intervention de l'Etat devenait nécessaire en conséquence. Ce crime non seulement menaçait la loi, l'Etat et l'empereur, mais aussi la famille. Le criminel paye alors non seulement pour le crime commis, mais aussi pour avoir forcé l'Etat d'intervenir et ce faisant de priver la famille de son pouvoir.

Le livre est une exploration réussie des voies par lesquelles le pouvoir collectiviste traditionnel d'un Etat patriarcal fut ré-articulé en vue d'autoriser le discours socialiste.

La place prépondérante que l'auteur accorde aux registres s'explique par la spécificité de leur rôle en Chine, ainsi que par le fait que ce pays fut le premier à utiliser les données statistiques pour planifier et policer. L'auteur considère que le système statistique chinois contemporain repose en très large mesure sur les notions traditionnelles de la mutualité communautaire.

L'abandon des systèmes de *baojia* est lié aux influences du marxisme-léninisme et à la politique de planification centralisée. Le nouveau système de registres (*hukou*) traduit principalement les préoccupations concernant la mobilité de la population, la discipline au travail et le contrôle démographique. Ce n'est plus la famille, mais l'unité de travail qui en constitue la pièce maîtresse.

Toutefois le nouveau système n'a pas entièrement abandonné la dimension éthique du précédent ; il a plutôt transformé et réorienté ce domaine. La structure qui avait démontré son utilité pour policer l'ordre interne et familial du confucianisme a subi un redéploiement pour permettre de policer l'ordre public et social (collectif) du socialisme.

Les réformes en cours de réalisation en Chine ont suscité des changements radicaux dans la nature des activités criminelles. Les mécanismes qui par le passé furent essentiels pour le *policing* et la punition, sont devenus impropres dans la période de réformes.

Face à la complexité du *policing*, les bureaux de la sécurité publique ont adopté une variété de stratégies. Les technologies déployées trouvent leurs origines soit dans les systèmes traditionnels, soit dans les traditions révolutionnaires. Elles ont conduit à l'émergence de la police communautaire (*community policing*) qui par certains éléments peut être rapprochée de ce que cette notion recouvre ailleurs. Mais une différence de taille subsiste : elle est liée à l'attitude à l'égard du principe du bénévolat qui est fondamental en Amérique du Nord et dans d'autres pays où la *community policing* a suscité de l'intérêt.

Le « modèle chinois » fut jusqu'à présent méconnu ou ignoré en polycologie. Le livre *Policing and Punishment in China* est un fait capital qui témoigne de l'existence historique et actuelle de ce modèle et de son rôle dans l'évolution de la société chinoise. En même temps c'est un apport théorique d'information considérable à l'amélioration de la connaissance comparative du *policing*.

Budimir BABOVIĆ

La loi sur la fonction de police, par Gil L. Bourdoux et Christian De Valkeneer, avec la collaboration de Fernand Koekelberg, Bruxelles, Maison Larcier SA, 1993, 351 pages.

La Reynie, qui fut à Paris le premier Lieutenant Général de police, définissait sa fonction comme celle d'un « homme de simarre et d'épée ». Trait d'union entre le pouvoir administratif, c'est-à-dire l'exécutif, et le pouvoir judiciaire, la fonction de police, les attributions des fonctionnaires qui l'exercent, aussi bien que ses modalités d'action, sont souvent peu clairement définies par le pouvoir législatif. De plus, en raison de ce caractère mixte de leur fonction, les polices dépendent dans de nombreux pays d'Europe, d'autorités différentes : autonomes en particulier dans les pays de droit anglo-saxon, elles relèvent, dans les autres pays, soit du ministère de l'Intérieur, soit du ministère de la Justice, soit du ministère de la Défense, soit des municipalités. Souvent d'ailleurs, dans un même pays, la police comporte des forces rattachées à des départements différents, susceptibles d'agir concurremment, ce qui n'est pas sans créer des difficultés.

La Belgique, pour sa part, compte trois grandes forces de police : la gendarmerie, dépendant du ministère de l'Intérieur, la police judiciaire des Parquets, et les polices communales sous l'autorité des bourgmestres (maires). D'où une complexité de la législation, que la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police a tenté de pallier. C'est une analyse et un commentaire de cette loi que les auteurs de cet ouvrage nous proposent.

Ils présentent ainsi la notion de fonction de police, abordent la différence entre cette fonction, l'autorité de police, et l'autorité sur les services de police. Ils passent en revue les missions générales des services de police (police administrative et police judiciaire) et la coordination entre services. A ce propos, on doit particulièrement citer la « concertation pentagonale », institution mise en place par la loi, qui organise, au niveau de l'arrondissement et de la province, une nécessaire consultation entre l'autorité administrative concernée (bourgmestre, gouverneur), l'autorité judiciaire chargée des poursuites (Procureur du Roi, Procureur général) et les responsables des trois forces de police. C'est ensuite les missions spéciales des services de police qui sont abordées, missions d'assistance et de main forte, l'usage de la force, dont les conditions sont rappelées, tant pour ce qui concerne la coercition ordinaire que l'usage des armes à feu, le contrôle et la surveillance, spécialement la difficile question des contrôles d'identité. Viennent ensuite les fouilles, de lieux, de personnes, de véhicules, qu'elles soient administratives ou judiciaires, les arrestations administratives. Les modalités particulières d'exercice de fonctions permettent des développements sur le recueil des informations, traitement des données et communication de l'information, les procès-verbaux, les compétences territoriales, les prises de vue et relations avec la presse, etc. Enfin est envisagée la protection juridique, avec en particulier les problèmes de responsabilité du fonctionnaire et de la collectivité, ainsi que le droit à l'assistance en justice du fonctionnaire de police par un avocat à la charge de la collectivité.

Ce commentaire de texte, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence ne devrait pas seulement intéresser les juristes et praticiens belges, ainsi que les comparatistes. Il constitue également un véritable traité de droit policier qui, hors quelques lacunes de la loi indiquées par les auteurs, présente un état substantiel des questions liées à la fonction de police et aux modalités de son action.

A ce titre, il devrait retenir l'attention de tous ceux qui s'intéressent aux délicats problèmes posés par la confrontation entre les nécessités de l'ordre public et la protection des libertés individuelles. C'est bien dans ce cadre que les auteurs situent leur définition de la fonction de police elle-même... « destinée à permettre l'exercice des droits fondamentaux ».

Enfin, la fréquente référence à la Convention européenne des droits de l'homme permet de situer cet ouvrage dans une perspective plus large : au moment où,

péniblement, l'Europe des polices tente de se constituer, où Europol se met en place, il faut se persuader qu'une riposte européenne à la grande délinquance internationale ne peut s'avérer efficace si elle s'effectue en ordre dispersé. Les particularismes devront, un jour ou l'autre, céder aux nécessités pratiques et la coordination entre les Services devenir la règle, tant au niveau national qu'à celui de l'Union européenne.

La lecture du livre de MM. Bourdoux, de Valkeneer et Koekelberg pourrait donc inspirer une réflexion conduisant dans chaque pays concerné à rassembler, par-delà les différences structurelles, les principes directeurs, les modalités d'application et les limites du pouvoir des services de police, à les comparer, à déterminer ce qu'ils ont en commun, et ainsi peut-être à jeter les bases d'un droit policier européen.

André BOSSARD

Bibliographie critique de la police et de son histoire, par Marcel Le Clère, 2^e éd. revue et augmentée, Paris, éditions Yzer, 1992, 468 pages.

La deuxième édition confirme l'importance du travail documentaire, son étendue et sa richesse révélées dans la première, soulignant une nouvelle fois la valeur de cet ouvrage et le talent de son auteur.

Revenir sur le talent de l'auteur apparaît superflu, tant sa réputation est grande, en sa double qualité de policier et d'homme de doctrine. En effet, M. Le Clère a d'abord mené une longue carrière de commissaire de police, terminée à la tête d'un cabinet de délégations judiciaires à la direction de la police judiciaire de la préfecture de police. C'est dans l'exercice de son activité professionnelle qu'il a été attiré par l'étude et la recherche doctrinales, avant de devenir professeur à l'Institut de criminologie de l'université de Paris 2. Usant de son expérience policière pour conduire sa réflexion, il a acquis une autorité et une notoriété incontestables dans le domaine de la police. Auteur d'ouvrages ou de monographies traitant de cette matière sous divers aspects, technique, historique, sociologique, il a écrit une *Histoire de la Police* déjà considérée comme un « classique ». Aussi était-il un des rares auteurs à avoir la capacité d'entreprendre une *Bibliographie critique de la police et de son histoire*.

Expliquant les raisons de la rédaction de cet ouvrage tant par l'importance de la police dans la vie d'une nation, que par le désintéret, paradoxal, de la doctrine à son égard, M. Le Clère a voulu regrouper le fruit d'une dizaine d'années de recherche personnelle dans une bibliographie qui renferme des ouvrages historiques, sociologiques, voire techniques. Au total, mille neuf cent vingt-six œuvres, livres ou articles, dont une quarantaine d'écrits anonymes : mémoires, projets de réforme de la police, livres relatant des meurtres connus ou monographies sur les prisons lorsqu'ils présentent un lien avec la police, ouvrages relatifs à des affaires d'espionnage, à des coups d'Etat ou à des émeutes, livres en langue étrangère dès lors qu'ils portent référence à la police française, auxquels s'ajoutent les nombreux périodiques, annuaires ou revues. Tous ceux, très nombreux, qui ont pris connaissance de la première édition mesureront, dans la seconde, l'accroissement très sensible des références.

Destinée aux chercheurs et aux universitaires qui, désireux de combler le retard pris sur leurs collègues anglo-saxons, s'intéressent de plus en plus à la police ou à la sécurité, mais aussi aux esprits curieux d'une matière aussi médiatisée que méconnue, la bibliographie critique de la police offre pour tous l'avantage considérable d'être d'une utilisation extrêmement aisée. En effet, deux tables onomastiques, celle des auteurs et celle des personnages cités dans les ouvrages recensés, deux listes, une des documents conservés dans diverses archives et une autre des livres anonymes, ainsi qu'une table des sujets traités, permettent une entrée aussi rapide qu'efficace dans la bibliographie. Mais

le néophyte prendra également plaisir à la lecture des nombreuses annotations dans lesquelles il puisera maints renseignements.

Car la valeur de cette œuvre se mesure tout autant par son champ d'application que par les informations fournies. En dépit de son ambition annoncée, se limiter à la police, elle constitue aussi une bibliographie du crime. Nombreuses sont les références relatives à des affaires criminelles retentissantes ou à des pages, parfois peu glorieuses, de l'histoire de France. Soucieux de ne pas se limiter à une sèche énumération des ouvrages répertoriés, l'auteur a rédigé pour la plupart de ceux-ci une brève fiche dont le contenu, riche d'enseignements et de précisions intéressantes, nous démontre pleinement le caractère véritablement critique de la bibliographie.

Cependant, même si l'auteur a prévenu de sa volonté de ne pas être exhaustif, nous regretterons qu'il ait cru devoir écarter les ouvrages d'enseignement au motif qu'ils « ne donnent que le point admis ou acquis à un moment donné et qui... ne présentent généralement ni solutions fermes, ni développement historique... » (V. introduction, p. 7). Les explications historique ou sociologique ne peuvent être les seules qui soient efficaces et pertinentes. Par la structuration qu'il apporte à une réalité sociale et matérielle, le droit constitue aussi un moyen non négligeable d'investigation offert au chercheur comme au curieux. Alors que, de l'aveu même de l'auteur, ce domaine de la police reste largement méconnu, il semble dommageable de se priver d'une telle source d'information, tout aussi efficiente que le récit d'un crime, d'un complot ou d'un attentat... Nous abordons là, paradoxalement, notre second regret, que la bibliographie paraisse, à certains égards, trop s'écarter de la police elle-même, pour aller davantage vers une bibliographie du crime lui-même.

Deux regrets, plus que des reproches, pour une œuvre d'une telle ampleur, n'est-ce pas le signe de sa qualité présente comme de son utilité à venir ? A n'en pas douter, la bibliographie critique de la police de M. Le Clère restera, pour longtemps, l'ouvrage de référence, point de passage obligé pour celui qui, par profession, par goût ou par nécessité, veut investir la matière policière ou, plus largement, celle de la sécurité. C'est dire à quel point l'auteur mérite, pour un tel travail, notre reconnaissance, nos vives félicitations et nos souhaits de plein succès dans sa diffusion.

Jacques BUISSON

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. – THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET POLITIQUE CRIMINELLE

1. – ASHWORTH (A.), Victim Impact Statements and Sentencing, *The Criminal Law Review*, juill. 1993, p. 498.

* Périodiques reçus au cours du second semestre 1993.

2. – BULLIER (A.J.) et PANSIER (F.-J.), Proof and Evidence : la preuve pénale en droits français et anglais, *Gaz. Pal.*, 7 et 8 juillet 93.
3. – FAGET (J.), La médiation pénale : une dialectique de l'ordre et du désordre, *Déviance et société* 1993.221.
4. – GALLIHER (J.-F.), RAY (G.) et COOK (B.), Abolition and Reinstatement of Capital Punishment During the Progressive Era and Early Twentieth Century, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, automne 1992, p. 538.
5. – GRAHAM (J.), Crime Prevention Policies in Europe, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1993.126.
6. – Numéro spécial de *Law & Society Review*, vol. 27, n° 2, 1993, sur Crime, Class and Community – An Emerging Paradigm.

II. – DROITS DE L'HOMME

7. – RENUCCI (F.), La portée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (note sous Crim. 3 févr. 1993), *D.* 1993.515.
8. – S. M.-H., La durée de la détention provisoire et la nécessité d'une procédure contradictoire lors des demandes d'élargissement, *RTDH* 1993.537.
9. – WALTHER (S.), Problems in Blaming and Punishing Individuals for Human Rights Violations : the Example of the Berlin Wall Shootings, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1993.104.

III. – HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

10. – ENGEL (D.-M.), Origin Myths : Narratives of Authority, Resistance, Disability and Law, *Law & Society*, vol. 27, n° 4, p. 785.

IV. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

11. – D'ASCOLA (V.-N.), Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.652.
12. – LABERGE (D.) et MORIN (O.), Troubles mentaux et intervention pénale ; questions entourant les évaluations de la judiciarisation en Amérique du Nord, *Déviance et société* 1993.309.
13. – NAIR (R.), Similar Fact Evidence – Prejudice and Irrelevance Revisited, *The Criminal Law Review*, juin 1993, p. 432.
14. – NICHOLSON (D.) et SANGHVI (R.), Battered Women and Provocation : The Implications of R. V. Ahluwalia, *The Criminal Law Review*, oct. 1993, p. 728.
15. – PRADEL (J.), Le nouveau code pénal français, aperçus sur sa partie générale, *RD pén. crim.* 1993.923.
16. – TIEMEYER (J.), Der « relative Indeterminismus » und seine Bedeutung für das Strafrecht, *ZS* 1993.483.
17. – VIRGO (G.), The Law Commission Consultation Paper on Intoxication and Criminal Liability, *The Criminal Law Review*, juin 1993, p. 415.
18. – Numéro spécial de *The Criminal Law Review*, novembre et décembre 1993, sur The Royal Commission on Criminal Justice, par R. Reiner, J. Jackson, A. Ashworth, P. Thornton et J. Glynn.

V. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

19. – CHAMBON (P.), Le stationnement, par l'usager exclusif d'un garage, devant l'entrée de celui-ci (note sous Crim. 8 avr. 1992), *D.* 1993.365.
20. – DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), La légitime défense contre les voleurs et les pillards violents, L'affaire de Hienghiène, *RI crim. et pol. techn.* 1993.263.
21. – GUIMEZANES (N.), Présentation des lois relatives à la maîtrise de l'immigration et aux contrôles et aux vérifications d'identité, *JCP* 1993, *Actualités*, n° 32-36.
22. – MARON (A.), ROBERT (J.-H.) et VERON (M.), Chronique d'actualité : Droit pénal et procédure pénale, *JCP* 1993.I.3690.
23. – ORDEIG (E.-G.), Concurso de leyes, error y participación en el delito, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* 1992.833.
24. – SCHNOCK (B.), Harcèlement sexuel des femmes au travail : préjugés et réalités, *Déviance et société* 1993.261.
25. – VALLAR (C.), Notion de faute personnelle, détachable de la fonction, relevant de la juridiction judiciaire (note sous Crim. 2 avr. 1992), *JCP* 1993.II.22105.
26. – WALKER (C.) et REID (K.), The Offense of Directing Terrorist Organisations, *The Criminal Law Review*, sept. 1993, p. 669.

VI. – DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

27. – ARNOULT (M.), Point sur le dispositif français de lutte contre le blanchiment de l'argent, *JCP Actualités*, n° 38.
28. – AZZALI (G.), Diritto penale dell'offesa e riciclaggio, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.419.
29. – BERNASCONI (P.), La corruzione di pubblici ufficiali stranieri. Analisi in base al diritto penale internazionale con particolare riferimento alla collaborazione giudiziaria fra gli Stati della CEE e la Svizzera, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993.1.
30. – BERSANI (G.), Il reato di riciclaggio tra nuovi provvedimenti legislativi e criminalità economica, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993.65.
31. – BOUTARD-LABARDE (M.-C.), Limitation du champ d'application de la prohibition des ententes (note sous Com. 4 mai 1993), *JCP* 1993.II.22111.
32. – BRAMMERTZ (S.), RAMBACH (P.H.M.), La loi allemande sur la lutte contre le trafic illégal de stupéfiants et d'autres formes de criminalité organisée (OrgKG), *RD pén. crim.* 1993.707.
33. – COLLISON (M.), Punishing Drugs : Criminal Justice and Drug Use, *The British Journal of Criminology* 1993.382.
34. – FOURGOUX (J.-Cl.), L'agrément des appareils téléphoniques et le consommateur (note sous Crim. 19 janv. 1993), *D.* 1993.462.
35. – HARREMOES (E.), Conférence du Conseil de l'Europe sur le blanchiment des capitaux, *RI crim. et pol. techn.* 1993.280.
36. – LEONNET (J.), Réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique (A propos d'un arrêt de la chambre commerciale du 26 octobre 1993), *JCP* 1993.I.3722.
37. – LOFQUIST (W.S.), Legislating Organizational Probation : State Capacity, Business Power, and Corporate Crime, *Law & Society*, vol. 27, n° 4, p. 741.

38. – MURJI (K.), Drug Enforcement Strategies, *Howard* 1993.215.
39. – PHILIPPE (X.), Le contrôle juridictionnel des sanctions prononcées par le CSA et ses incidences sur les règles de la concurrence (note sous C.E. 26 juill. 1991), *D.* 1993.485.
40. – SORDINO (M.-C.), Pouvoir du juge répressif de retenir une date de cessation des paiements autre que celle fixée par la juridiction consulaire (note sous Crim. 18 nov. 1991), *JCP* 1993.II.22102.

VII. – DROIT MÉDICAL ET BIOÉTHIQUE

41. – MUSCATIELLO (V.), Il successivo falso riconoscimento di figlio naturale fra esigenza di politica criminale e principi di tipicità, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.682.
42. – ZIELINSKA (E.), Recent Trends in Abortion Legislation in Eastern Europe, with Particular Reference to Poland, *The Criminal Law Forum* 1993.47.

VIII. – PROCÉDURE PÉNALE

43. – BARNES (M.S.), One Experience of Video Recorded Interviews, *The Criminal Law Review*, juin 1993, p. 444.
44. – CHAMBON (P.), Irrégularité d'une mise en liberté « d'office » alors que le délai de l'article 148-2 du Code de procédure pénale n'est pas expiré (note sous Crim. 20 août 1992), *JCP* 1993.II.22087.
45. – CHAMPOD (C.) et TARONI (F.), Les préjugés de l'Accusation ou de la Défense dans l'évaluation de la preuve technique, *Rev. pén. suisse* 1993.223.
46. – HARRIS (D.A.), The Constitution and Truth Seeking : A New Theory on Expert Services for Indigent Defendants, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, automne 1992, p. 469.
47. – HOYER (A.), Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip « in dubio pro reo », *ZS* 1993.523.
48. – ICHINO (G.), Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari, *Riv. it. proc. pen.* 1993.693.
49. – KEHRIG (S.), Appel du ministère public et principes généraux du droit (note sous Crim. 6 juill. 1993), *D.* 1993.429.
50. – LASSALLE (J.-Y.), Irrecevabilité de la requête présentée par le conseil d'un condamné se dérochant à l'exécution d'un mandat d'arrêt (note sous Crim. 14 avr. 1992), *JCP* 1993.II.22099.
51. – LECLERC (H.), Réforme de la procédure pénale (loi du 24 août 1993) : mesures concernant les enquêtes policières et la garde à vue, l'instruction préparatoire, le respect de la présomption d'innocence, *Gaz. Pal.* 8 et 9 déc. 1993.
52. – LE GUNEHÉC (F.), Premier aperçu de la loi du 24 août 1993, *JCP* 1993, Actualités, n° 37.
53. – LE GUNEHÉC (F.), La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, *JCP* 1993.I.3720.
54. – PERFETTI (J.), Recevabilité de l'appel du ministère public contre toutes les décisions rendues en matière de détention provisoire (concl. sous Crim. 6 juill. 1993), *JCP* 1993.II.22115.

55. – PRADEL (J.), Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste ?, *D.* 1993. *Chron.* 299.
56. – RASSAT (M.-L.), Recevabilité d'une preuve fournie par une partie civile et obtenue au moyen d'une infraction pénale (note sous *Crim.* 6 avril 1993), *JCP* 1993.II.22144.

IX. – DROIT PÉNAL COMPARÉ

57. – BARLETTA CALDARERA (G.), Le nouveau Code de procédure pénale italien : une mort annoncée, *RD pén. crim.* 1993.727.
58. – BRUCH (A.), Neue Entwicklungen im Recht des Schwangerschaftsabbruchs in Kanada, *ZS* 1993.637.
59. – COMOGLIO (L.P.), ZAGREBELSKY (V.), Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica, *Riv. it. proc. pen.* 1993.435.
60. – FRANKOWSKI (S.) et WASEK (A.), Evolution of the Polish Criminal Justice System After World War Two – An Overview, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1993.143.
61. – KOUDOU (O.), Pratiques éducatives parentales et identité négative chez les adolescents inadaptés sociaux en Côte d'Ivoire, *RI crim. et pol. techn.* 1993.345.
62. – MEZZETTI (E.), Perspektiven eines neuen italienischen Strafgesetzbuchs, *ZS* 1993.625.
63. – PADFIELD (N.), The Right to Bail : A Canadian Perspective, *The Criminal Law Review*, juill. 1993, p. 510.
64. – SHKEMBI (H.), La vendetta en Albanie. Recrudescence actuelle des actes de vengeance sanglants, *RI crim. et pol. techn.* 1993.285.
65. – Trois commentaires de l'arrêt de principe *United States v. Alvarez-Machain*, in *The Criminal Law Forum* 1993.119.

X. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET DROIT COMMUNAUTAIRE

66. – PAGLIARO (A.), Limiti all'unificazione del diritto penale europeo, *L'indice penale*, 1993.199.
67. – SNYDER (F.), « Soft Law » e prassi istituzionale nella Comunità europea, *Sociologia del diritto* 1993.79.
68. – TIEDEMANN (K.), Diritto comunitario e diritto penale, *L'indice penale*, 1993.232.

XI. – PROBLÈMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

69. – EVANS (R.), Evaluating Young Adult Diversion Schemes in the Metropolitan Police District, *The Criminal Law Review*, juill. 1993, p. 490.
70. – LEBLANC (M.), VALLIERES (E.) et McDUFF (P.), The prediction of males, adolescent and adult offending from school experience, *Rev. can. crim.* 1993.459.

71. - BEALE (S.S.), Prior Similar Acts in Prosecutions for Rape and Child Sex Abuse, *The Criminal Law Review* 1993.307.

XII. - EXÉCUTION DES PEINES

72. - BERNARDI (A.), Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.514.
73. - CARLIE (M.K.), Prison Reform in England : An Overview, *The International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 1993.197.
74. - CLARK (D.A.), FISHER (M.J.) et McDOUGALL (C.), A New Methodology for Assessing the Level of Risk in Incarcerated Offenders, *The British Journal of Criminology* 1993.436.
75. - EUSEBI (L.), Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio : il ruolo del servizio sociale, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.493.
76. - FORNARI (L.), Misure di sicurezza e doppio binario : un declino inarrestabile, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.569.
77. - FRIZELL (E.W.), The Scottish Prison Service : Changing the Culture, *Howard* 1993.203.
78. - LOGAN (C.H.), Well Kept : Comparing Quality of Confinement in Private and Public Prisons, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, automne 1992, p. 577.
79. - MOYLE (P.), Privatisation of Prisons in New South Wales and Queensland : A Review of Some Key Developments in Australia, *Howard* 1993.231.
80. - QUINN (P.M.), Adjudications in Prison : Custody, Care and a Little Less Justice ?, *Howard* 1993.191.
81. - SCHABAS (W.A.), International Norms on Execution of the Insane and the Mentally Retarded, *The Criminal Law Forum* 1993.95.
82. - WINDLESHAM (L.), Life Sentences : Law, practice and release decisions 1989-93, *The Criminal Law Review*, sept. 1993, p. 644.

XIII. - SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

83. - AUBUSSON DE CAVARLAY (B.), De la pacification à l'insécurité : l'épreuve a-t-elle tant besoin de chiffres ?, *Déviance et société* 1993.299.
84. - BONBLED (F.) et SEPULCHRE (M.A.), L'identification des traces biologiques humaines par l'ADN en médecine légale, *RD pén. crim.* 1993.809.
85. - BROCHU (S.), Etat des connaissances scientifiques concernant la relation drogue-crime, *RI Crim. et pol. techn.* 1993.309.
86. - CUSSON (M.), Le virage stratégique en criminologie appliquée, *RI crim. et pol. techn.* 1993.295.
87. - KELLENS (G.), PETERS (T.) et Van KERCKVOORDE (J.), L'enquête internationale de victimisations vue de Belgique, *RD pén. crim.* 1993.825.
88. - LAGRANGE (H.), La pacification des mœurs à l'épreuve : l'insécurité et les atteintes prédatrices, *Déviance et société* 1993.279.
89. - LAMONTAGNE (Y.) et LACERTE-LAMONTAGNE (C.), Le vol à l'étalage : aspects psychosociaux, *RI crim. et pol. techn.* 1993.317.

90. – OCQUETEAU (F.), Les centres commerciaux, cibles d'incivilités et promoteurs de sécurité, *Déviance et société* 1993.235.
91. – OUIMET (M.) et LEBLANC (M.), Événements de vie et continuation de la carrière criminelle au cours de la jeunesse, *RI crim. et pol. techn.* 1993.321.
92. – ROUSSEAU (X.), Civilisation des mœurs et/ou déplacement de l'insécurité ? La violence à l'épreuve du temps, *Déviance et société* 1993.291.
93. – STANKO (E.A.) et HOBDELL (K.), Assault on Men : Masculinity and Male Victimization, *The British Journal of Criminology* 1993.400.
94. – Numéro Spécial de *Social Justice*, vol. 20, n° 1-2 (printemps-été 1993) sur Rethinking Race.

XIV. – POLICE

95. – BALDWIN (J.), Police Interview Techniques : Establishing Truth or Proof?, *The British Journal of Criminology* 1993.325.
96. – CORBOZ (B.), L'agent infiltré, *Rev. pén. suisse* 1993.307.
97. – JEFFERSON (T.), Pondering Paramilitarism : A Question of Standpoints ?, *The British Journal of Criminology* 1993.374.
98. – Mc EEVOY (D.), Police Documents as Admissible Hearsay, *The Criminal Law Review*, juill. 1993, p. 480.
99. – MORVAN (P.), L'action du policier face à l'auteur du flagrant délit, *RI crim. et pol. techn.* 1993.359.
100. – THOMANN (E.), Verdeckte Fahndung aus der Sicht der Polizei, *Rev. pén. suisse* 1993.223.
101. – WADDINGTON (P.A.J.), The Case against Paramilitary Policing Considered, *The British Journal of Criminology* 1993.353.

C. – OUVRAGES REÇUS *

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

Politique criminelle et théorie générale du droit

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^e édition entièrement refondue, corrigée et augmentée, sous la direction de André-Jean ARNAUD et de J.-G. BELLEY, J.A. CARTY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLÉ, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. van de KERCHOVE, J. WROBLEWSKI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, 758 pages.

* Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

- Code of Canon Law Annotated. Latin-English Edition of the Code of Canon Law and English-language translation of the 5th Spanish-language edition of the commentary prepared under the responsibility of the Instituto Martin de Azpilcueta*, publié par E. CAPARROS, M. THERIAULT, J. THORN, University of Navarra, Faculty of Canon Law, Saint-Paul University, Faculty of Canon Law, Montréal, Wilson & Lafleur Limitée, 1993, 1631 pages.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Pour un droit commun*, Paris, Editions du Seuil, 1994, 316 pages.
- Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier. Droit pénal. Procédure pénale*. Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, 400 pages.
- La plume et la parole. Mélanges offerts au Professeur Roger Merle par l'Institut de criminologie et des sciences pénales de Toulouse*, Paris, Editions Cujas, 1993, 318 pages.
- LECLERC (Henri), *Un combat pour la justice. Entretiens avec Marc Heurgon*, Paris, Editions La Découverte, 1994, 453 pages.
- Crime et justice en Europe. Etat des recherches, évaluations et recommandations*, sous la direction de Philippe ROBERT et Lode VAN OUYTRIVE, Paris, Editions L'Harmattan, 1993, 391 pages.
- HUNG-YEE CHEN (Albert), *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Singapour, Butterworths Asia, 1992, 291 pages.
- Crime and Justice. A Review of Research*, publié par Michel TONRY, volume 17, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1993, 499 pages.
- JOUANJAN (Olivier), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, préface de Michel FROMONT, Paris, Economica, 1992, 449 pages.
- The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, publié par B.S. MARKESINIS, Oxford, Clarendon Press, 1994, 275 pages.

Droits de l'homme

- WACHSMANN (Patrick), *Les droits de l'homme*, Paris, Editions Dalloz-Sirey, 1992, 138 pages.
- MEYER-BISCH (Patrice), *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg (Suisse), Editions Universitaires, 1992, 401 pages.
- Droits fondamentaux et détention pénale. Human Rights and Penal Detention. Actes du 7^e Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire*, Neuchâtel, 3 au 7 octobre 1992, sous la direction de Pierre-Henri BOLLE, Neuchâtel, Editions Ides et Calendes, 1993, 264 pages.
- ZAIÏRI (Anna), *Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme*, préface de Bernard BOULOC, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, tome 27, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 181 pages.
- Human Rights and Scientific and Technological Development*, publié par C.G. WEERAMANTRY, Tokyo, United Nations University Press, 1990, 222 pages.
- Société internationale de défense sociale. Défense sociale, protection de l'environnement et droits fondamentaux. Actes du XII^e Congrès international de défense sociale. The Movement of Social Defence, The Protection of the Environment and Fundamental Rights. Transactions of the XIIth International Congress on Social Defence. Paris (France), 8-12 octobre 1991*, Milan, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, 1993, 387 pages.

- United Nations Actions in the Field of Human Rights*, New York, Nations Unies, Genève, Centre pour les droits de l'homme, 1988, 359 pages, + Index to 1988 edition, p. 361 à 398.
- Manual on Human Rights Reporting Under Six Major International Human Rights Instruments*, New York, Nations Unies, Genève, Centre pour les droits de l'homme, United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), 1991, 203 pages.
- NOWAK (Manfred), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel, Publisher, 1993, 947 pages.
- International Covenant on Civil Political Rights. Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2, *Seventeenth to thirty-second sessions (October 1982 - April 1988)*, New York, Nations Unies, 1990, 246 pages.
- CAPOTORTI (Francesco), *Etudes des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, Genève, Centre pour les droits de l'homme, 1991, 119 pages.
- Seminar « *Peoples' Rights and European Structures. Droits des peuples et structures européennes* », Manresa, 15-20 mars 1993, Barcelone, Centre UNESCO de Catalunya, 1993, 150 pages.
- DAVIDSON (Scott), *The Inter-American Court of Human Rights*, Aldershot, Brookfield (USA), Hong Kong, Singapour, Sydney, Dartmouth Publishing Company Ltd, 1992, 217 pages.
- Individual Rights and the Law in Britain*, publié par Christopher McCRUDDEN et Gerald CHAMBERS, Oxford, Clarendon Press, 1994, 668 pages.

Droit constitutionnel

- ROUSSEAU (Dominique), *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, EJA, 1992, 160 pages.
- Canada 125. Ses Constitutions 1763-1982. Evolution d'une démocratie*, sous la direction de J. Fernand TANGUAY, Montréal, Editions du Méridien, 1992, 225 pages + annexes.
- FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., Paris, Editions Sirey-Dalloz, 1993, 929 pages.
- HOROWITZ (Donald L.), *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society*, Berkeley, Los Angeles, Oxford, University of California Press, 1991, 293 pages.

Histoire du droit pénal

- TARDE (Gabriel), *Les transformations du droit. Etude sociologique*, introduction de Jean Milet, Paris, Berg International Editeurs, 1994, 216 pages.
- Criminal Justice History. An International Annual*, vol. 12, 1991, Westport (Conn.), Londres, Greenwood Press, 1993, 282 pages.
- Criminal Justice History. An International Annual*, vol. 13, 1992, Westport (Conn.), Londres, Greenwood Press, 1993, 280 pages.
- RIESS (Curt), *Prozesse, die unsere Welt bewegten*, Düsseldorf, Droste Verlag GmbH, 1992, 593 pages.
- COHEN (David), *Law, sexuality, and society. The enforcement of morals in classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 259 pages.

- Crime and Justice in American History. Historical Articles on the Origins and Evolution of American Criminal Justice*, publié par Eric H. MONKONNEN. 1. *The Colonies and Early Republic*, 2 volumes ; 2. *Courts and Criminal Procedure* ; 3. *Delinquency and Disorderly Behavior*, Westport, Londres, Meckler Publishing, 1991, 912 pages, 558 pages, 398 pages.
- KOBLER (John), *Capone. The Life and World of Al Capone*, New York, Da Capo Press, Inc., 1992, 409 pages.
- GARNOT (Benoit), *La justice en France de l'An Mil à 1914*, Paris, Editions Nathan, 1993, 128 pages.
- AUBUSSON de CAVARLAY (Bruno), HURE (Marie-Sylvie), POTTIER (Marie-Lys), *La justice pénale en France. Résultats statistiques (1934-1954)*, Paris, Les Cahiers de l'Institut d'histoire du temps présent, Série « Justice », Cahier n° 23, avril 1993, 155 pages.
- Policing the Empire. Government Authority and Control, 1830-1040*, publié par David M. ANDERSON et David KILLINGRAY, Manchester et New York, Manchester University Press, 1991, 260 pages.
- Crime in Victorian Britain. An Annotated Bibliography from Nineteenth-Century British Magazines*, réunie par E.M. PALMEGIANO, Westport (Conn.), Londres, Greenwood Press, 1993, 165 pages.

Droit pénal général

- OLIVEIRA (Edmundo), *Comentarios ao Código penal. Parte geral*, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1994, 556 pages.
- PRADEL (Jean), *Le nouveau code pénal (partie générale). Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992*, Paris, Editions Dalloz, 1994, 244 pages.
- MARINI (Giuliano), *Lineamenti del sistema penale. Ristampa emendata ed aggiornata*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1993, 1127 pages.
- REMMELINK (J.), *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 13^e éd., Arnhem. Gouda Quint bv, 1994, 970 pages.
- DINE (Janet), GOBERT (James), *Cases and Materials on Criminal Law*, Londres, Blackstone Press Limited, 1993, 598 pages.
- REHBERG (Jörg), FLACHSMANN (Stefan), *Tafeln zum Strafrecht I. Verbrechenslehre, 2^e édition augmentée et améliorée*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, 126 pages.

Droit pénal spécial

- DE LA MATA BARRANCO (Norberto J.), *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiacion. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiacion indebida*, Barcelone, Promociones y Publicaciones Universitarias, SA. 1994, 595 pages.
- DE LA MATA (Norberto J.), *Limites de la sancion en el delito de receptacion : la receptacion sustitutiva y la teoria del mantenimiento. El articulo 546 bis f) del Código penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaria general tecnica, Centro de publicaciones, 1989, 111 pages.
- CADOPPI (Alberto), *Il reato di omissione di soccorso*, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, 202 pages.
- NANULA (Gaetano), *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, 2^e éd., Milan, Giuffrè Editore, 1994, 521 pages.

PATERNITI (Carlo), *Diritto penale dell'economia*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1992, 251 pages.

Procédure pénale

Criminal Procedure Systems in the European Community, publié par Christine VAN DEN WYNGAERT, avec la collaboration de C. GANE, H.H. KÜHNE, F. MCAULEY, Londres, Bruxelles, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1993, 408 pages.

Code de procédure pénale, 35^e édition rédigée avec le concours de Jean PRADEL et Francis CASORLA. *Code de justice militaire*, 1993-1994, Paris, Editions Dalloz, 1993, 1316 pages.

PRADEL (Jean), *Droit pénal*, tome II, *Procédure pénale*, 7^e édition revue et augmentée à jour au 15 novembre 1993, Paris, Editions Cujas, 1993, 808 pages.

LATTANZI (Giorgio), *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza* par les soins de Gianfranco CIANI, Giovanni CONTI, Mario d'ANDRIA, Fabio LATTANZI, Stefano PALLA, Maria VESSICHELLI, Milan, Dott. A Giuffrè Editore, 1993, 1952 pages.

Commento al Codice di procedura penale. Secondo aggiornamento (al 15 aprile 1993), coordonné par Mario CHIAVARIO, Turin, UTET, 1993, 471 pages.

CORSTENS (G.J.M.), *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, Gouda Quint bv, 1993, 811 pages.

GRÜNWALD (Gerald), *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 164 pages.

Tribunalul municipiului Bucuresti. Culegere de practica judiciara penala pe anul 1990, Annotations de Vasile PAPADOPOUL, Bucarest, Casa de editura si presa « Sansa », SRL, 1992, 171 pages.

Tribunal municipiului Bucuresti. Culegere de practica judiciara penala pe anul 1991, Annotations de Vasile PAPADOPOUL, Bucarest, Casa de editura si presa « Sansa », SRL, 1992, 290 pages.

CHOO (Andrew L.T.), *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 207 pages.

SCHMID (Niklaus), *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, 2^e édition augmentée et améliorée, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1993, 380 pages.

PERO (Franco del), *La prescription pénale, Histoire – notions générales – durée des délais relatifs et absolus de prescription de l'action pénale et de la peine*, Berne, Editions Staempfli + Cie SA, 1993, 314 pages.

Proceedings of the Colloquium « Forensic expertise and the law of evidence (criminal cases) », Amsterdam, 12-18 august 1992, publié par J.F. NIJBOER, C.R. CALLEN et N. KWAK, Amsterdam, Oxford, New York, Tokyo, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1993, 194 pages.

Droit pénal international et droit communautaire

LESCURE (Karine), *Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, avant-propos de Brigitte Stern, préface de Ralph Zacklin, Paris, Editions Montchrestien, 1994, 203 pages.

FOX (James R.), *Dictionary of International and Comparative Law*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publications, Inc., 1992, 495 pages.

- DEZALAY (Yves), *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, 293 pages.
- KIRCHHOF (Paul), SCHÄFER (Hermann), TIETMEYER (Hans), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, publié par Josef ISENSEE, 2^e édition non modifiée, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, 138 pages.
- DUPARC (Christiane), *La Communauté européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Commission des Communautés européennes, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, octobre 1992, 63 pages.
- Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht. Beiträge zum Gründungssymposium der Vereinigung für Europäisches Strafrecht e. V.*, publié par Ulrich SIEBER, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1993, 212 pages.
- Documentation going with the Conference on : International Administrative Assistance in Cases of EC Fraud, 27 en 28 oktober 1993, organized by the Dutch Law Association for the Study of the Protection of the Financial Interests of the EC (DASEC)*, Rotterdam, DASEC, 1993, 141 pages.
- L'accès à la documentation du Parlement européen. Guide pratique de la documentation du Parlement européen*, Luxembourg, Parlement européen, Direction générale des études, 1993, 60 pages.

Enfance et adolescence

- LINDSTRÖM (Peter), *School and Delinquency in a Contextual Perspective*, Stockholm, National Council for Crime Prevention, BRA-report 1993 : 2, 200 pages.

Pénologie et Exécution des peines

- KUHN (André), *Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral, ou comment réduire la population carcérale*, Berne, Stuttgart, Vienne, Verlag Paul Haupt, 1993, 199 pages.
- Code pénitentiaire, à jour au 1^{er} août 1991*, sous la direction de Georges KELLENS et Fabienne KEFER, Bruxelles, La Charte, 1992, feuillets mobiles.
- DUMONT (Hélène), *Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Editions Thémis, 1993, 684 pages.
- MAZZA (Leonardo), MONTANARA (Giuseppe), *La polizia penitenziaria*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1992, 219 pages.

Criminologie

- SCHWIND (Hans-Dieter), *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 5^e édition renouvelée et augmentée, Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1993, 473 pages.
- The Oxford Handbook of Criminology*, publié par Mike MAGUIRE, Rod MORGAN et Robert REINER, Oxford, Clarendon Press, 1994, 1259 pages.
- IGNJATOVIĆ (Djordje), *Kriminologija. Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Belgrade, Nomos, 1992, 244 pages.
- DIAZ (Charles), FONTANAUD (Daniel), DESFARGES (Michel), *Le livre du crime. Un juge et deux commissaires enquêtent sur l'homicide*, Paris, Calmann-Lévy, 1994, 332 pages.

Penser la violence. Perspectives philosophiques, historiques, psychologiques et sociologiques, Revue internationale des sciences sociales, n° 132, mai 1992, Paris, UNESCO, Toulouse, Editions Erès, pp. 171-278.

Torture and its Consequences. Current Treatment Approaches, publié par Metin BASOGLU, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 527 pages.

LOPEZ (Gérard) et PIFFAUT-FILIZZOLA (Gina), *Le viol*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection « Que sais-je ? », 1993, 127 pages.

ROCCA (Jean-Louis), *La corruption*, Paris, Syros, 1993, 134 pages.

Environmental Crime, Sanctioning Strategies and Sustainable Development, publié par Anna ALVAZZI DEL FRATE et Jennifer NORBERRY, Canberra, Australian Institute of Criminology, Rome, United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), Publication n° 50, novembre 1993, 420 pages.

Les stupéfiants. Une jeunesse perdue et la terreur, Ankara, Etablissements de l'Agence de communication électronique, 1993, 30 pages.

ALEXANDER (Bruce K.), *Peaceful Measures : Canada's Way Out of the « War on Drugs »*, Toronto, Buffalo, Londres, University of Toronto Press, 1990, 401 pages.

BLANPAIN (Roger), *Les gladiateurs du sport. La maffia du sport*, Bruxelles, La Chartre, 1993, 200 pages.

Police

Organisation internationale de police criminelle-Interpol, Statistiques criminelles internationales. International Crime Statistics. Estadísticas internacionales de delincuencia. 1989-1990, Lyon, Secrétariat général de l'OIPC-Interpol, s.d., 191 pages.

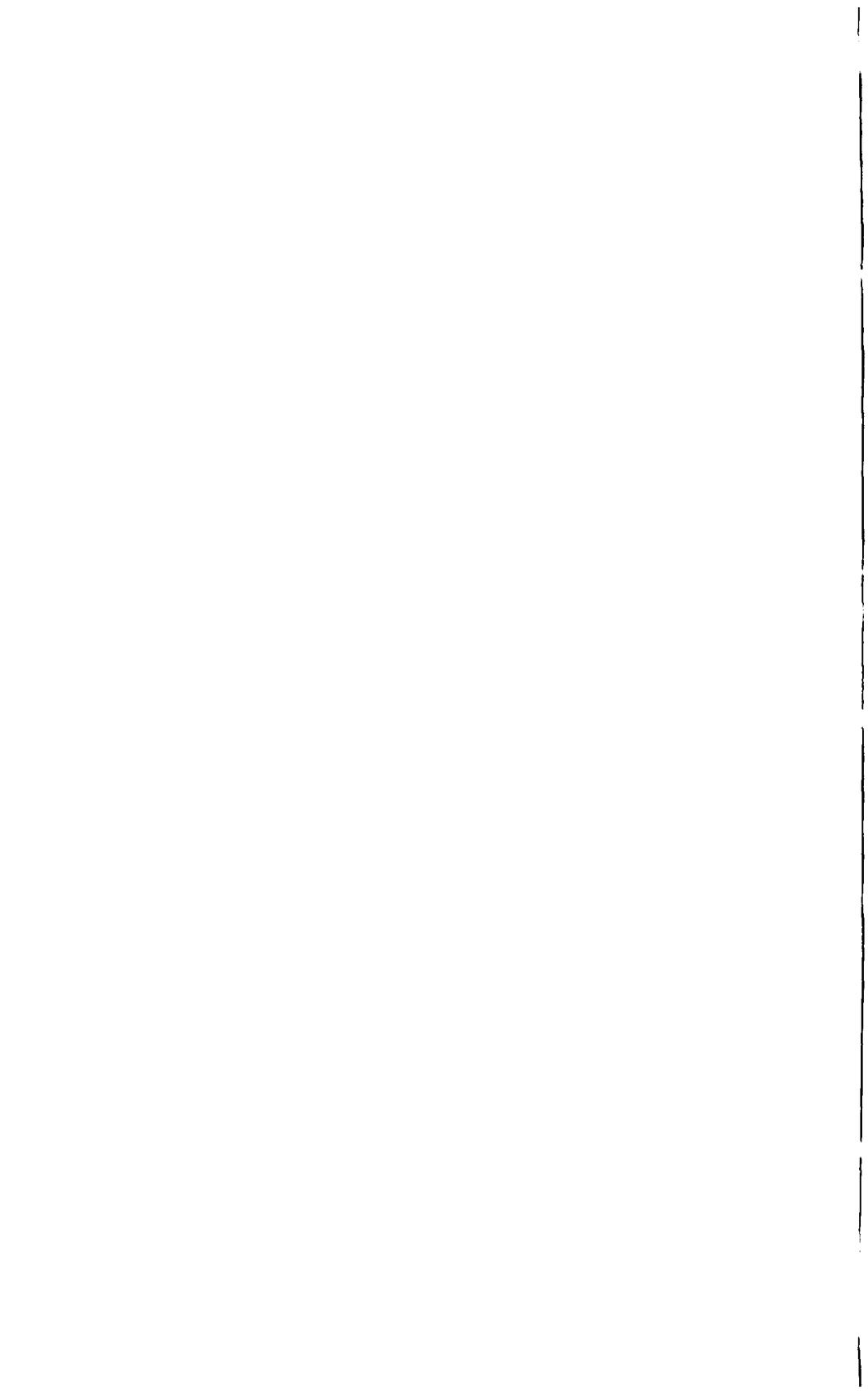
Modern Policing. Crime and Justice. A Review of Research, vol. 15, publié par Michael TONRY et Norval MORRIS, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1992, 606 pages.

GLEIZAL (Jean-Jacques), *La police en France*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection « Que sais-je ? », 1993, 127 pages.

Varia

LAGUERRE (Maxime), *L'ordre naturel. Essai à contre-courant*, Vassy, Editions de l'Eternel Retour, 1993, 288 pages.

MALEKIAN (Farhad), *Condemning the Use of Force in the Gulf Crisis*, 2^e éd., Uppsala, Almqvist & Wiksell International, 1994, 117 pages.



Précisions au sujet de l'article :

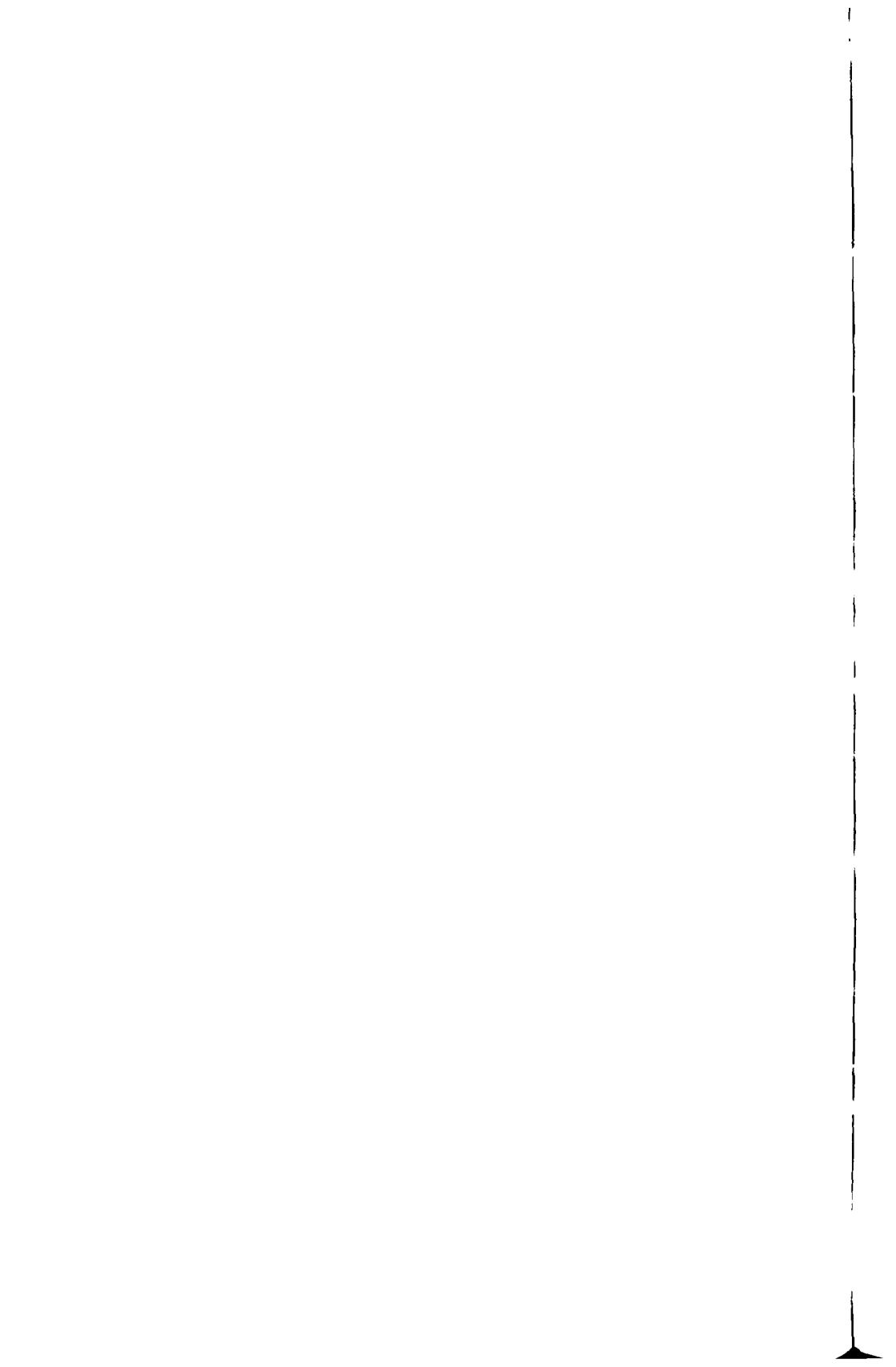
Le refus, par le débiteur, de s'enrichir et l'article 404-1 du code pénal

(V. cette *Revue* 1993.755)

L'article publié dans cette *Revue* avait été rédigé avant la réforme du code pénal : c'est donc – faut-il le préciser ? – à l'article 404-1 de l'ancien code qu'il renvoie. Les dispositions du 1^{er} alinéa de ce texte ont été reprises, pour l'essentiel, dans le 1^{er} alinéa de l'article 314-7 du nouveau code. Au cours des travaux préparatoires, les parlementaires ont marqué leur accord avec la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} février 1990, solution qui consistait à réprimer la renonciation à tout ou partie de ses revenus de la même façon que la dilapidation de ses biens actifs ou que l'augmentation de son passif. Le fait qu'ils aient éprouvé le besoin de viser spécialement, dans le nouveau texte, à côté de l'augmentation du passif et de la diminution de l'actif du patrimoine, et à côté de la dissimulation de certains biens, la diminution ou la dissimulation de tout ou partie de ses revenus, peut être interprété de deux façons. On peut y voir la simple confirmation d'une solution qui s'imposait déjà sous l'empire de l'ancien article 404-1 : l'interprétation défendue dans notre article précité n'en serait donc pas affectée. Mais on peut considérer, à l'inverse, que l'intervention du législateur était nécessaire pour justifier la solution dont s'agit : ce serait alors la condamnation, *de lege lata*, de l'analyse que nous avons défendue... Mais nous aurons l'occasion d'y revenir.

Par ailleurs, sur un plan purement matériel, un léger désordre s'était introduit dans l'« appareil critique » de l'article publié. L'appel de note 23 ne correspond à rien. Cet appel de note doit donc être supprimé. L'appel de note suivant prend sa place, et se retrouve ainsi correspondre à la note présentée sous le n° 23 (référence au commentaire fait par M. Roujou de Boubée de la loi du 8 juillet 1983, publié à l'*Actualité Juridique Dalloz* 1984, p. 50). Le texte de la note 24 est en fait un doublet mal venu de celui de la note 25 : il doit donc également être supprimé. Ainsi se trouve rétablie la correspondance entre les appels de notes et notes subséquents, sauf à rectifier leur numéro, puisque une note et l'appel de note correspondant ont disparu.

Jean-Pierre VERSCHAVE



PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Président de Chambre 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. 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. – **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. – **P. DARBÉDA**, Magistrat au ministère de la Justice. – **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 Vaucluse. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles. – **J. FRANÇILLON**, 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. – **J.-J. GLEIZAL**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble. – **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). – **G. LORHO**, Magistrat au Casier judiciaire national. – **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, – **J.-Cl. MARTIN**, Premier substitut, Chef de la Section financière du Parquet de Paris. – **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.

- Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. – **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. – **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. – **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. – **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général honoraire 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 Coimbra. – **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.
- C. DEBUYST**, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. – **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. – **I. DRAPKIN**, Professeur (E.R.) de l'Université hébraïque de Jérusalem. – **M. DRISSI ALAMI**, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. – **J. DUPREEL**, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.
- Chr. J. ENSCHEDE**, Professeur honoraire de l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).
- J. de FIGUEIREDO DIAS**, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coimbra.
- K.-H. GOSSEL**, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.
- J. HALL**, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. – **J.-M. HÄUSSLING**, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits des jeunes. – **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. – **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.
- H.-H. JESCHECK**, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-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. SCREVENS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK**, Président de la 4^e chambre criminelle de la Cour de cassation de Turquie. – **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **A. SOROUR**, 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. VOUYOUCAS**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotélicienne de Thessalonique.
- K. WAABEN**, Professeur à l'Université de Copenhague.
- E. ZIELINSKA**, Professeur à l'Université de Varsovie, Directeur de l'Institut de droit pénal.

Procédure Pénale

A jour au 1^{er} septembre 1993

La procédure pénale est l'ensemble des règles qui concernent l'organisation, le déroulement et le jugement du procès fait par la société au délinquant. Elle doit concilier la défense des citoyens contre le crime et la garantie des libertés et des droits de l'individu.

Après l'exposé des caractères généraux de la procédure pénale, qui comprennent aussi les principes résultant de la Convention européenne des droits de l'homme, l'ouvrage examine l'action publique (tendant au prononcé de la peine) et l'action civile (par laquelle la victime demande réparation de son préjudice).

La police judiciaire et les différentes juridictions, y compris la récente Cour de justice de la République sont ensuite étudiées. Toutes les règles de compétence, internationale ou interne, font l'objet d'analyses.

L'ouvrage traite en dernier lieu de la décision de poursuite, de l'instruction réparatoire, du jugement et des différentes voies de recours, puis de l'autorité de la chose jugée.

Ce précis propose aux étudiants et praticiens un exposé complet d'une matière profondément renouvée par les lois des 4 janvier et 24 août 1993.

Georges LEVASSEUR est professeur honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Bernard BOULOC est professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

15^e éd., 1993, 876 p., 190 F. Précis Dalloz.

Procédure pénale

15^e édition

Gaston Stefani
Georges Levasseur
Bernard Bouloc

PRÉCIS
DALLOZ



35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05
Tél : (1) 40 51 54 54 - Téléc : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48

DALLOZ

Criminologie et science pénitentiaire

Le nouveau **code pénal, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994**, a élargi l'éventail des peines pouvant être prononcées par le juge. La partie du présent ouvrage consacrée à la **science pénitentiaire** – entendue au sens large de science de l'ensemble des peines, ou **pénologie** – a donc été refondue en fonction de ces nouvelles règles, dont certaines ont été modifiées peu de temps avant l'entrée en vigueur du code, notamment pour les pouvoirs de la cour d'assises quand elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité pour certains crimes commis contre des mineurs de 15 ans (loi du 1^{er} février 1994).

Ce code innove à plusieurs points de vue. Ainsi, consacrant la responsabilité pénale des personnes morales pour certaines infractions, il a prévu les peines applicables dans ces cas. D'autres peines, nouvelles, apparaissent : par exemple, l'interdiction d'utiliser des cartes de paiement. En sens inverse, l'emprisonnement a été supprimé pour toutes les contraventions.

Des peines, qui existaient déjà, font l'objet d'un aménagement, ou d'une modification sensible de leur régime : on citera ici les « **peines alternatives** », destinées à remplacer l'emprisonnement surtout, et qui succèdent aux peines qu'on appelait les substituts à l'emprisonnement.

Malgré l'effort du code pour éviter ou limiter l'incarcération, notamment par ces peines alternatives que sont le travail d'intérêt général, les jours-amende, et de nombreuses peines privatives de droits, la prison et la vie carcérale continuent de poser de multiples problèmes, dont les différents aspects sont étudiés dans ce livre.

L'ouvrage analyse les différents facteurs, individuels et sociaux, de criminalité, particulièrement ceux de la délinquance juvénile, les problèmes de l'alcoolisme et de la drogue. Il décrit les différents types de crimes et de criminels.

Jean Larguier est professeur des Facultés de Droit.

1994, 7^e éd., 190 p., 90 F. Mémentos Dalloz.

DALLOZ