SOMMAIRE DU N° 2-1995

DOCTRINE

Marie-Elisabeth CARTIER. – *Le terrorisme dans le nouveau code pénal français* 225
Geert J.M. CORSTENS, Jaap F.L. ROORDING. – *L'instruction préparatoire aux Pays-Bas* ... 247
Gilles MATHIEU. – *L'application de la loi pénale dans le temps (Dans la perspective du nouveau code pénal)* 257

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

Claude ARRIGHI. – *L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993* 271
Thierry CRETIN. – *Qu'est-ce qu'une mafia ? Essai de définition des mafias* 281
Haritini MATSOPOULOU. – *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal* 301
Jacqueline HODGSON et Geneviève RICH. – *L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France* 319
Stefano MANACORDA. – *Le droit pénal international dans les réformes française et italienne (le nouveau code pénal français et le projet italien)* 331

CHRONIQUES

A. – **Chronique de jurisprudence :**

– *Droit pénal général,* par Bernard BOULOC 341
– *Infractions contre les personnes,* par Yves MAYAUD 347
– *Infractions contre les biens,* par Reynald OTTENHOF 352
– *Infractions contre la qualité de la vie,* par Jacques-Henri ROBERT 356
– *Infractions relevant du droit social,* par Geneviève GIUDICELLI-DELAGE 361
– *Procédure pénale,* par Jean-Pierre DINTILHAC 367

B. – **Chronique législative,** par Michèle-Laure RASSAT 372

C. – **Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines.** – *Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire,* par Pierre COUVRAT 381

D. – **Chronique internationale :**

I. – *Droits de l'homme,* par Florence MASSIAS 385
II. – *Droit pénal international. De la compassion territoriale,* par Claude LOMBOIS 399

E. – **Chronique de criminologie.** – *Pour un système pénal, sérieux, intelligent et taillé sur mesure en Amérique,* par André NORMANDEAU 404

F. – **Chronique de police.** – *De la policiologie,* par Jean SUSINI 411

INFORMATIONS

I. – Congrès, Colloques, Séminaires : La criminalité organisée dans une Europe des frontières ouvertes. Académie de droit européen de Trèves (Trèves, 1er et 2 décembre 1994), p. 417. – Dixièmes Assises nationales des services d'aide aux victimes (INAVEM), « Dix ans d'action en faveur des victimes d'infractions pénales » (Paris, 16 et 17 juin 1994), p. 419. – Deuxième colloque d'éthique économique. Centre de recherches en éthique économique et des affaires et déontologie professionnelle (Aix-en-Provence, 6 et 7 juillet 1995), p. 424. – II. – Droits étrangers : La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, organe de protection des droits de l'homme, p. 425. – Le Tribunal suprême espagnol annule la nomination du procureur général de l'Etat (Décision du 28 juin 1994), p. 427.

BIBLIOGRAPHIE

A. – Notes bibliographiques 431

B. – Bibliographie des périodiques à caractère scientifique en langues française et étrangères 452

C. – Ouvrages reçus 457

Les opinions émises dans cette revue n'engagent que leurs auteurs

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 1er 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° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

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

© Éditions Dalloz - 1995

Le terrorisme dans le nouveau code pénal français *

Marie Elisabeth CARTIER

Professeur à l'Université Paris Val-de-Marne (Paris XII)

Insidieux comme le feu, le terrorisme jaillit spontanément là où l'on ne l'attend pas, couve sournoisement avant de se déclarer, se développe et se propage de manière irrationnelle, s'assoupit pour renaître de ses cendres alors que chacun le croyait définitivement maîtrisé.

Aucun pays, quels que soient son régime politique, son degré de développement, sa spécificité, ne peut se dire véritablement à l'abri. Il est vrai cependant que le terrorisme s'épanouit dans les démocraties de type libéral particulièrement vulnérables en raison de leurs structures et de leur essence même. Ce phénomène a été longuement étudié et analysé [1] et l'on a bien montré comment le terrorisme utilisait pour ne pas dire jouait avec les principes de la démocratie et leurs principales manifestations dans la vie quotidienne des sociétés occidentales, comme par exemple la liberté de la presse et l'influence des médias, la liberté d'aller et venir (d'où la mobilité des terroristes, leur insaisissabilité et surtout leur aptitude à semer la terreur sur tout un territoire), l'internationalisation du phénomène avec la perméabilité des frontières etc.

La France elle-même n'a pas été épargnée et a connu des années noires dont la population est sortie meurtrie dans sa chair mais aussi dans ses convictions et dans la foi dans ses institutions. Le peuple de la Révolution et de la Déclaration des droits de l'homme a souhaité une lutte sans merci contre le

* Rapport français : XIVe Congrès international de droit comparé, Athènes, 31 juillet-6 août 1994.

1. V. en particulier parmi les innombrables travaux consacrés au terrorisme : Ch. Bassiouni, « Perspectives en matière de terrorisme » *in Mélanges Bouzat,* éd. Pedone, 1980, p. 471 et s. J. Borricand, « La France à l'épreuve du terrorisme : régression ou progression du droit ? » *RD pén. crim.* 1992, p. 709. B. Bouloc, « Le terrorisme » *in Problèmes actuels de science criminelle,* Presses universitaires d'Aix-Marseille 1989, p. 65. B. Bouloc, « Le problème des repentis. La tradition française relativement au statut des repentis. » Cette *Revue,* 1986, p. 771. J. Foyer, « Droit et politique dans la répression du terrorisme en France » *in Mélanges offerts à Georges Levasseur,* Gaz. Pal., Litec, 1992, p. 409 et s. G. Giudicelli-Delage, « Les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, nouveau code pénal », cette *Revue,* 1993, p. 493 et numéro spécial Sirey, 1993, p. 502. Guillaume et G. Levasseur, *Le terrorisme international,* éd. Pedone, 1977. J.P. Marguénaud, « La qualification pénale des actes de terrorisme » cette *Revue,* 1990, p. 1. R. Ottenhof, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme » cette *Revue,* 1987, p. 607 ; « Lignes directrices pour une approche criminologique du terrorisme », cette *Revue,* 1988, p. 371, 594 et 848. J. Pinatel, *Le phénomène criminel,* Terrorisme p. 203 et s éd. MA 1987. J. Robert, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *RDP,* 1986, p. 165. G. Soulier, « Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme » cette *Revue,* 1987, p. 663.

terrorisme et les terroristes ; il a mesuré le prix à payer au plan des libertés publiques et individuelles et a souhaité, en connaissance de cause, l'adaptation (terme pudique) de la règle de droit aux finalités poursuivies.

Trois étapes importantes traduisent la réponse apportée par le législateur français au fléau terroriste :

* tout d'abord, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme ;

* puis, la loi n° 87-542 du 16 juillet 1987 autorisant la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme ;

* et enfin, le titre II du Livre IV du nouveau code pénal (art. 421-1 à 422-5).

– *La loi du 9 septembre 1986* marque une étape essentielle dans la prise en compte du terrorisme par le droit français.

Jusque-là, en effet, en droit interne, en dépit d'un effort en 1981 [2], paralysé dès 1983 [3], pour réprimer plus sévèrement les actes de violence grave, les faits de terrorisme tombaient sous le coup des textes de droit commun tant au plan des conditions de l'incrimination qu'en ce qui concerne la procédure applicable.

Face aux tragiques événements qui devaient frapper la France à cette époque, les réponses répressives traditionnelles devaient se montrer bien insuffisantes, qu'il s'agisse des règles de fond (les incriminations retenues) comme des règles de forme (durée de la garde à vue, formalités des perquisitions, ou encore compétence de la cour d'assises).

Aussi bien, en mai 1986, un projet de loi était-il déposé pour permettre la mise en place d'une procédure d'exception pour les faits de terrorisme et les infractions contre la sûreté de l'Etat.

Le Conseil constitutionnel, saisi de l'inconstitutionnalité de certaines dispositions du projet de loi, devait, dans une décision du 3 septembre 1986 [4], déclarer le texte conforme à la Constitution, à l'exception des dispositions relatives aux infractions contre la sûreté de l'Etat. Pour le Conseil, en effet, seuls les faits de terrorisme, en raison de leur spécificité, peuvent faire l'objet de règles dérogatoires au principe d'égalité devant la loi pénale.

Sous ces réserves, le texte devenu la loi du 9 septembre 1986 [5] introduisait dans le code de procédure pénale (livre IV) un titre XV (art. 706-16 à 706-25) intitulé « Des infractions en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » et consacrait, en outre, le principe d'une indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, indemnisation assurée par un fonds de garantie financé par un prélèvement sur les cotisations d'assurance de biens.

Moins ambitieuse que prévue, la loi du 9 septembre 1986 n'a pas créé une nouvelle infraction dite de terrorisme assortie d'un régime juridique d'exceptoin mais s'est contentée de prévoir un tel régime, pour un certain nombre d'infractions de droit commun limitativement énumérées, commises dans un certain contexte et dans un but particulier.

2. Loi n° 81-82 du 2 février 1981 dite « Loi sécurité et liberté ».
3. Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 modifiant certaines dispositions du code pénal.
4. Déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986, *Rec.* 122, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, obs. Favoreu.
5. J. Pradel, « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal, (loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986) » *D.* 1987, chron. 39.

Plus précisément, le régime juridique aménagé en 1986 en matière de terrorisme se signale par un souci d'accroître l'efficacité de la procédure diligentée. Ce souci apparaît notamment dans les dispositions relatives :

– à la centralisation des procédures à Paris (art. 706-17 c. pr. pén.),

– aux facilités concernant tant la durée de la garde à vue (art. 706-23 c. pr. pén.) que les formalités requises pour les perquisitions, visites domiciliaires et saisies autorisées sans l'assentiment de l'intéressé,

– ou encore, à la compétence reconnue à une cour d'assises sans jurés composée de magistrats exclusivement professionnels (art. 706-25 c. pr. pén.).

– *La loi du 16 juillet 1987* a par ailleurs autorisé la ratification de la Convention européenne pour la répression du terrorisme [6].

Cette Convention, comme la loi interne du 9 septembre 1986, énumère les infractions devant être considérées comme des actes de terrorisme par les Etats signataires et en tire des conséquences au plan de l'extradition.

La ratification de la Convention européenne,

– d'une part, oblige désormais la France à extrader les terroristes sans pouvoir opposer à l'Etat requérant le caractère politique de l'infraction, la connexité avec une infraction politique ou le mobile politique de l'auteur (art. 1er) et, au cas de refus d'extradition, à traduire le terroriste devant les juridictions répressives françaises (art. 7) ;

– d'autre part, permet à la France (pour les besoins de l'extradition) de ne pas considérer comme politique, connexe à une infraction politique ou inspiré par des mobiles politiques, « tout acte grave de violence dirigé contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes et tout acte grave contre les biens lorsqu'il a créé un danger collectif pour les personnes ».

Fort heureusement, deux « clauses échappatoires » prévues par les articles 5 et 13 de la Convention permettent à l'Etat requis de reprendre sa liberté et de refuser l'extradition si l'Etat requérant ne présente pas ce que l'on a appelé un « brevet de démocratie », voire même pour des raisons particulières que l'Etat requis aurait fait connaître sous forme de réserves ou déclarations. La France a indiqué qu'elle se réservait le droit de refuser l'extradition lorsque celle-ci serait susceptible de porter atteinte au droit d'asile.

Avec la rédaction d'un *nouveau code pénal*, la question devait se poser de savoir s'il était ou non opportun de légiférer en matière de terrorisme.

Si les premiers avant-projets n'avaient pas consacré de texte spécifique aux actes de terrorisme, en revanche, le projet de Livre IV du nouveau code pénal [7], déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 5 juin 1991, a réservé un titre entier aux actes de terrorisme.

Lors des débats, M. Sapin, ministre délégué à la Justice, s'est publiquement réjoui de l'incrimination des infractions de terrorisme « réalité contemporaine, forme moderne et particulièrement odieuse de criminalité ».

6. La Convention européenne pour la répression du terrorisme a été signée à Strasbourg, le 27 janvier 1977, ratifiée et publiée par un décret n° 87-1024 du 21 décembre 1987. Elle est entrée en vigueur le 22 décembre 1987. C. Vallée, La Convention européenne sur la répression du terrorisme, *Annuaire fr. dr. int.* 1976, p. 762. R. Koering-Joulin et H. Labayle, « Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme » *JCP* 1988, *D.* 3349.

7. Travaux préparatoires du Livre IV du nouveau code pénal : Projet de loi n° 2083 ; L. n° 92-686, 22 juill. 1982, Ass. nat : 1re lecture 2083, 2244, 2e lecture 2631 – 2697, 3e lecture 2825 ; Sénat : 1re lecture 13 – 274, 2me lecture 361 – 436. Commission mixte paritaire, Ass. nat 2851. Rapporteurs : F. Colcombet (Ass. nat.), P. Masson (Sénat).

– *La loi n° 92-686 du 22 juillet 1992* portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, après quelques légères modifications, adoptait les articles 421-1 à 422-5 relatifs aux actes de terrorisme, aux personnes responsables, aux peines encourues et à d'éventuelles causes d'exemption ou de diminution des peines.

Ces textes sont entrés en vigueur le 1er mars 1994, avec l'ensemble des dispositions du nouveau code pénal (loi n° 93-913 du 19 juillet 1993).

Il nous appartient, dans le cadre de ce rapport, de présenter une étude aussi complète que possible de la nouvelle législation française en matière de terrorisme ; il semble, en effet que, dans les pays représentés à ce congrès, la France soit l'un des derniers Etats, sinon le dernier, à s'être doté d'un texte législatif en matière de terrorisme.

Est-ce à dire, pour autant, que les articles du nouveau code pénal incriminant le terrorisme représentent une extraordinaire avancée en droit français ? Rien n'est moins sûr si l'on examine la lettre des articles 421-1 à 422-5 du nouveau code pénal, à bien des égards si proche de celle de la loi du 9 septembre 1986.

Curieusement, en effet, ce qui, en 1986, n'avait pu être considéré comme une définition satisfaisante de l'acte de terrorisme (sinon au plan procédural), est devenu aujourd'hui, grâce à l'onction législative et à l'intégration dans le nouveau code pénal, la base tout à fait acceptable d'une nouvelle incrimination, assortie de sanctions spécifiques, et adaptée aux finalités poursuivies.

L'on voudra bien nous permettre de présenter très simplement notre sentiment sur l'incrimination du terrorisme par le nouveau code pénal français, en examinant selon le schéma classique :

– d'une part, la définition de l'acte de terrorisme (I),

– d'autre part, le régime juridique de l'acte de terrorisme (II).

I. – LA DÉFINITION DE L'ACTE DE TERRORISME DANS LE NOUVEAU CODE PÉNAL

Définir le terrorisme est généralement considéré comme une « entreprise périlleuse » (Ottenhof) [8], une mission impossible, bref une tentative vouée à l'échec. Le terrorisme est en effet « un acte difficilement qualifiable » (Ottenhof) [9], « une qualification introuvable » (Koering-Joulin) [10], « rebelle à toute définition » (Szabo à propos du délit politique) [11].

En 1986, le législateur considérant « le concept de terrorisme comme juridiquement incertain » avait écarté l'idée de créer une incrimination autonome de terrorisme. Les rédacteurs du nouveau code pénal se sont montrés beaucoup plus ambitieux sinon téméraires en revendiquant « l'incrimination en tant qu'infractions pénales autonomes des actes de terrorisme qui, pour la première fois, font l'objet d'une définition légale inscrite dans le code pénal » (rapport *Colcombet*) [12] ou encore « la prise en compte de la réalité contempo-

8. R. Ottenhof, art. préc., cette *Revue*, 1987, p. 611.
9. R. Ottenhof, art. préc., p. 611.
10. R. Koering-Joulin, « Infraction politique et violence » *JCP* 1982.I.3066, n° 1.
11. D. Szabo, *Criminologie*, Montréal, 1965, p. 375.
12. Rapp. préc., p. 14.

raine que constitue le terrorisme en consacrant l'autonomie des infractions terroristes » (M. Sapin, ministre délégué à la Justice) [13].

Un tel « cocorico » est-il légitime ? Le nouveau code pénal aurait-il réussi l'impossible, c'est-à-dire définir de manière autonome et originale les éléments constitutifs de l'acte de terrorisme ? C'est ce qu'il convient de rechercher en examinant, d'une part, le comportement punissable, support de la qualification terroriste (A), d'autre part, le critère de la qualification permettant d'apposer sur lesdits comportements le label terroriste (B).

A. – *Le comportement, support de la qualification terroriste*

Contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer à la lecture des travaux préparatoires, le nouveau code pénal ne propose pas une définition globale de l'acte matériel de terrorisme mais se contente, comme l'avait déjà fait la loi de 1986, de renvoyer à des incriminations existantes, sous réserve cependant de la création d'une nouvelle infraction : le terrorisme écologique.

1. *Les infractions aptes à servir de support à une qualification terroriste (art. 421-1 nouv. c. pén.)*

L'article 421-1 du nouveau code pénal énumère un certain nombre d'infractions susceptibles d'être commises à des fins terroristes. Du point de vue de l'intérêt protégé, ces infractions concernent non seulement les personnes mais aussi les biens ; certaines apparaissent par ailleurs comme des infractions-obstacles visant à prévenir des agissements plus graves.

– Au 1° de l'article 421-1 du nouveau code pénal figurent :

* les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne humaine définies par l'article 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18 du nouveau code pénal c'est-à-dire l'assassinat, le meurtre, les meurtres aggravés, l'empoisonnement, les tortures et actes de barbarie, les violences (y compris celles de nature délictuelle) et les menaces.

Comme par le passé, cette liste inclut l'empoisonnement et aussi l'administration de substances nuisibles ; l'on peut se demander si ces infractions n'entreront pas en compétition avec le terrorisme écologique prévu par l'article 421-2 du nouveau code pénal.

Par ailleurs, les appels téléphoniques malveillants et les agressions sonores, désormais incriminés parmi les atteintes à l'intégralité de la personne (art. 222-16), sont donc susceptibles de devenir des actes de terrorisme ; l'opportunité de cette solution ne s'impose pas avec évidence !

* les atteintes à la liberté de la personne : les enlèvements et séquestrations (art. 224-1 à 224-5) ainsi que les détournements d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport (art. 224-6 et 7), y compris le fait de communiquer une fausse information compromettant la sécurité d'un aéronef en vol ou d'un navire (art. 224-8), qui ne figurait pas dans la liste aménagée en 1986.

En revanche, l'association de malfaiteurs ne fait plus partie des infractions à vocation terroriste. La solution ne laisse pas de surprendre ! En réalité, la participation à un groupement terroriste avait été spécialement envisagé par le projet de loi dans un article 421-5. Ce texte punissait de quinze ans de

13. M. Sapin, Exposé des motifs, *Doc. AN* 2083 et AN, 7 oct. 1991, *JO*, 1991, n° 70, 4209.

réclusion et de 1 000 000 F d'amende « la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou de plusieurs crimes qualifiés actes de terrorisme ». Finalement, cette disposition a disparu du texte définitif de sorte que la participation à un mouvement terroriste ne relève que de l'article 450-1 du nouveau code pénal relatif à « la participation à une association de malfaiteurs » : l'infraction étant un délit passible de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende.

La raison de cette suppression est essentiellement pragmatique ; si l'on en croit la circulaire d'application du nouveau code pénal [14], il s'agit, dans un souci d'efficacité de la répression, de réserver aux tribunaux correctionnels (aux dépens de la cour d'assises) le jugement d'un certain nombre d'affaires sensibles. Il reste cependant que cette infraction est poursuivie, instruite et jugée comme une infraction terroriste (art. 706-15 nouveau du code de procédure pénale).

– Au 2°, sont visés de nombreux agissements contre les biens : soit les vols simples et aggravés (art. 311-1 à 311-11), les extorsions (art. 312-1 à 312-9), les destructions, dégradations et détériorations (art. 322-1 à 322-14) ainsi que les infractions en matière informatique (art. 323-1 à 323-7) :

* tout d'abord, l'on peut se demander si le chantage au sens des articles 312-10 à 312-12 du nouveau code pénal fait ou non partie des infractions concernées ; en effet, si le chantage figure dans le chapitre II du Livre III du nouveau code pénal intitulé « De l'extorsion », il apparaît qu'il fait l'objet d'une section II distincte de la section I consacrée à l'extorsion ;

* par ailleurs, la référence très générale aux destructions, dégradations et détériorations ne permet pas de distinguer selon que ces agissements constituent ou non un danger pour les personnes ; il en résulte que le label terroriste pourrait en théorie être appliqué sur chacune de ces infractions, y compris les plus bénignes (l'article 421-3 nouv. c. pén. interdit toutefois une telle extension dans la mesure où les infractions aggravées par le contexte terroriste ne sont, semble-t-il, que des infractions punies de peines privatives de liberté) ;

* enfin, quant aux infractions en matière informatique (une nouveauté par rapport à la loi de 1986), l'on peut s'étonner de constater l'emploi d'une terminologie différente de celle utilisée dans le chapitre III (Livre III) traitant de ces infractions. Le chapitre III est, en effet, relatif aux « atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données » et non aux « infractions en matière informatique ».

L'article 421-1 3° du nouveau code pénal énumère ensuite diverses infractions considérées comme des infractions-obstacles dans la mesure où il s'agit de comportements susceptibles de conduire à la commission d'infractions plus graves. Ces infractions prévues par la loi de 1986 ne figuraient plus dans le projet initial ; elles devaient être rétablies dans le texte par la Commission des lois adoptant un amendement du rapporteur. Ce sont :

* la fabrication ou la détention de machines, engins meurtriers ou explosifs (art. 3 de la loi du 19 juin 1871 abrogeant le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre) ;

* la production, la vente, l'importation ou l'exportation de substances explosives ou d'engins fabriqués à l'aide desdites substances (art. 38 du décret-

14. *Code pénal – Nouveau code pénal*, Dalloz, 1993-1994, p. 1991.

loi du 18 avr. 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions) ;

* la détention, le port et le transport d'armes et de munitions des 1re et 4e catégories (art. 31 et 32 du décret-loi du 18 avr. 1939 préc.) ;

* les infractions définies aux articles 1er et 4 de la loi du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines.

L'on peut observer que cette liste d'infractions-obstacles est à peu près identique à celle que donnait l'article 706-16 (2° à 5°) ; tout au plus convient-il de signaler la disparition des infractions visées aux articles 16 et 17 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer (faire dérailler un train ou provoquer une collision) sauf à remarquer que ces agissements peuvent tomber sous le coup des articles 322-5 à 322-11 réprimant les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, déjà visées par l'article 421-1 2° du nouveau code pénal.

Si les infractions connexes ne sont plus envisagées dans le texte d'incrimination, elles n'en demeurent pas moins soumises au même régime procédural que les infractions terroristes qu'elles accompagnent (art. 706-16 c. pr. pén.). La solution paraît logique dans la mesure où les infractions connexes n'ayant pas la nature terroriste n'ont pas à supporter l'aggravation des peines prévues par l'article 421-3 du nouveau code pénal, mais exigent d'être jugées en même temps et dans les mêmes conditions que les infractions terroristes auxquelles elles sont rattachées.

En définitive, l'article 421-1 du nouveau code pénal ne se distingue pas fondamentalement de l'article 706-16 ancien du code de procédure pénale dont il reprend les dispositions essentielles.

Toutefois, l'on nous permettra de regretter que l'amendement présenté par Mme N. Catala [15] en vue d'insérer dans la liste des infractions le n° des articles du code concernés ait été rejeté ; une telle solution (celle-là même qui avait été adoptée en 1986) aurait conduit nos parlementaires à inventorier, avec une plus grande rigueur, les infractions incriminées au titre du terrorisme. Le renvoi qui est fait par l'article 421-1 1° et 2° à des pans entiers du nouveau code pénal (chapitres ou sections relatifs à des catégories très générales d'infractions) couvre bien des incertitudes quant au domaine de la répression.

2. *Le terrorisme écologique*

L'article 421-2 du nouveau code pénal réprime désormais « le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel ».

La lecture des travaux préparatoires n'éclaire guère l'exégète sur le contenu de ce texte ; en effet, dans le rapport présenté par M. Colcombet, devant l'Assemblée nationale, l'on peut lire que « le projet institue une incrimination nouvelle de terrorisme écologique » [16], tandis que M. Sapin, ministre délégué à la Justice apportait cette précision essentielle ! « le terrorisme écologique, c'est-à-dire les atteintes à l'environnement » [17]. Tout au plus, dans la présen-

15. Amendement formel présenté par Mme Catala et rappelé par M.F. Colcombet dans son rapport précité p. 97.
16. Rapp. préc., p. 98.
17. *JO* 1991, n° 70, séance du 7 oct. 1991, 4209.

tation des débats de la commission des lois sur l'article 421-2, le rapport Colcombet relève-t-il que « sont visés les actes de pollution volontaire ayant pour effet d'empoisonner et d'intoxiquer les hommes et les animaux ou de dégrader le milieu naturel » [18].

L'on ne peut malheureusement pas exclure que le terrorisme, alimenté par des Etats, des groupements puissants ou des particuliers généreux, n'utilise, pour parvenir à ses fins, non seulement certains moyens antérieurement exploités par des Etats pour tenter d'imposer, sinon toujours leur hégémonie, du moins leur idéologie et leur conception d'un ordre mondial (gaz, napalm, défoliants...), mais encore toutes les ressources offertes par la science moderne pour rendre difficile, sinon impossible, la vie de l'homme dans son environnement naturel.

Pour les exemples les plus récents, les dommages écologiques volontairement provoqués par l'Irak au moment de la guerre du Golfe illustreraient, si besoin était, la réalité du terrorisme écologique.

L'incrimination est extrêmement large, peut-être trop au regard des exigences du principe de légalité, et s'entend de

– « l'introduction » c'est-à-dire l'insertion, l'intromission, le déversement, la projection...

– « dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol ou dans les eaux y compris celles de la mer territoriale »

– « d'une substance » soit une matière végétale, animale, minérale, de nature brute ou composée, molle, solide, liquide, aqueuse... bref un élément ou un produit quelconque, quelles que soient sa nature et ses composantes

– « de nature à mettre en péril » ce qui signifie que l'infraction est une infraction formelle n'impliquant pas un résultat dommageable effectif (un résultat possible ou éventuel suffit). Il convient de noter cependant que l'alinéa 2 de l'article 421-2 du nouveau code pénal aggrave les peines lorsque l'acte de terrorisme écologique a entraîné la mort d'une ou de plusieurs personnes,

– « la santé de l'homme ou des animaux » termes de nature à atteindre tous les agissements qui, sans menacer immédiatement la vie des personnes ou des animaux, sont cependant susceptibles à plus ou moins long terme d'affecter leur santé (troubles, maladies évolutives, cancers...)

– « ou le milieu naturel » : il en est ainsi de la pollution de l'eau ou de l'air, de la stérilisation de la terre et plus largement de tout ce qui est contraire à la vie, à la nature, à la reproduction et à l'existence de la faune et de la flore.

En incriminant ces agissements, le législateur a considéré que les infractions relatives à l'environnement, susceptibles d'être recensées selon la technique adoptée dans l'article 421-1 du nouveau code pénal, n'étaient pas adaptées à l'utilisation de l'arme écologique à des fins terroristes ; cet argument n'est sans doute pas dénué de fondement mais aurait pu tout aussi bien être avancé pour les infractions disparates énumérées par l'article 421-1 dans son 3e alinéa.

Quoi qu'il en soit, il appartiendra à la jurisprudence, si par malheur l'occasion lui en était donnée, de tracer avec précision les contours du délit de terrorisme écologique au plan de son élément matériel. Il n'en va pas de même de l'élément moral de l'infraction qui est celui-là même qui avait été retenu en 1986 pour qualifier les agissements terroristes.

18. Rapp. préc., p. 98.

B. – *Le critère de la qualification ou le label terroriste*

Pour constituer des actes de terrorisme conformément aux articles 421-1 et 421-2 du nouveau code pénal les agissements concernés doivent être « en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

Cette formule, reprise à l'identique de la loi de 1986, était loin d'avoir à l'époque fait l'unanimité. Les auteurs s'inquiétaient alors de « l'imprécision » (Marguénaud) [19], du « flou des termes utilisés et du vague du critère retenu » (Bouloc) [20], et s'accordaient à regretter que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986 ait « considéré la formule comme insuffisamment imprécise pour constituer une méconnaissance du principe de légalité » (Ottenhof) [21].

Lors de la rédaction du nouveau code pénal, le rapporteur du projet de loi devait indiquer que « les termes utilisés ne rencontraient pas totalement son adhésion "mais que cependant" les consultations auxquelles il avait procédé montraient que la loi de 1986 avait été appliquée de manière raisonnable, sans débordement et, grâce à la centralisation des poursuites, de manière unitaire » [22]. Il proposait dès lors de reprendre sans changement les termes de la loi de 1986 : ce qui fut fait avec l'approbation de la grande majorité des parlementaires, y compris de ceux qui avaient voté contre la loi de 1986 !

Tout au plus, convient-il de signaler l'inquiétude des députés communistes devant le flou d'une définition et les imprécisions juridiques, propres à remettre en cause l'exercice au quotidien des libertés fondamentales, notamment des droits syndicaux et politiques » (G. Millet) [23].

Ainsi, dans le nouveau code pénal comme dans la loi de 1986, la qualification terroriste découle d'un élément moral spécifique, un dol spécial caractérisé par deux éléments, l'un de nature objective, l'autre de nature subjective. Pour constituer un acte de terrorisme, le comportement défini par les articles 421-1 et 421-2 du nouveau code pénal doit en effet « être en relation avec une entreprise individuelle ou collective » (condition objective) « ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » (condition subjective).

1. *Une relation entre l'acte et une entreprise individuelle ou collective*

L'expression « en relation avec » utilisée par le législateur dans l'article 421-1 du nouveau code pénal est assez insolite dans un texte répressif ; loin d'évoquer en effet un rapport de causalité rigoureux, cette formule sous-entend un lien plus ou moins lâche, une liaison plus ou moins étroite entre les deux termes de la proposition. Or l'établissement de cette relation est essentiel à « la novation » (Ottenhof) [24] de l'infraction préalable en infraction de terrorisme : une simple concomitance, un rapprochement de pur hasard entre l'un des comportements visés par le texte ne pourrait justifier l'application des dispositions spécifiques aux actes de terrorisme. En pratique, cependant, cette relation s'impose le plus souvent avec évidence : les terroristes

19. Art. préc., p. 8.
20. Art. préc., p. 70.
21. Art. préc., cette *Revue*, 1987, p. 613, n° 10.
22. *JO* 1991, n° 70, séance du 7 oct. 1991, 4204.
23. Intervention, séance du 7 oct. 1991, *JO* préc., 4215.
24. Art. préc., p. 614, n° 11.

prenant eux-mêmes le soin d'établir cette relation en signant ou en revendiquant au nom de leur groupe les agissements punissables.

C'est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer, le 7 mai 1987 [25], que les juges avaient relevé à bon droit que l'ensemble des comportements criminels reprochés étaient « en relation évidente avec l'activité du groupement "Action directe" ».

L'exigence d'une « entreprise individuelle ou collective » apporte une précision supplémentaire propre à renfermer les infractions de terrorisme dans des limites raisonnables sinon toujours rationnelles. Pour A. Chalandon, garde des Sceaux à l'époque du vote de la loi de 1986, la notion d'entreprise visée par le texte recouvre « un dessein formé ou plan concerté se traduisant par des efforts coordonnés en vue de l'objectif à atteindre » [26]. Selon la circulaire d'application de la loi de 1986, « la notion d'entreprise est exclusive de toute idée d'improvisation ; elle suppose des préparatifs et un minimum d'organisation : par exemple, l'établissement d'un plan d'action, le rassemblement de moyens matériels, la mise en place d'un dispositif de repli, la rédaction d'un communiqué destiné à la presse... ».

Ainsi, la notion d'entreprise évoque la préméditation au sens de l'article 132-72 du nouveau code pénal c'est-à-dire un « dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé » mais ne se confond pas avec elle. Mais il s'agit à notre avis d'une notion sensiblement différente impliquant une organisation minimum, structurée en vue de la commission des crimes et délits visés par les article 421-1 et 421-2 du nouveau code pénal, sans que nécessairement les différentes infractions projetées soient toujours déterminées comme l'exige l'article 132-72 du nouveau code pénal.

Une telle conception de l'entreprise n'est d'ailleurs pas ignorée du droit pénal et peut être rapprochée tout d'abord de l'article 405 du code pénal de 1810 relatif à l'escroquerie résultant de manœuvres frauduleuses visant à persuader de l'existence de « fausses entreprises », puis de l'article 413-4 du nouveau code pénal réprimant le fait de participer à une « entreprise de démoralisation de l'armée ». En bref, l'entreprise apte à concrétiser les objectifs terroristes n'est pas réellement l'entreprise connue du droit commercial (même si une structure apparente couvre souvent les activités terroristes) mais plutôt la mise en œuvre de moyens plus ou moins importants coordonnés au service d'un projet terroriste. Cette exigence est sans doute de nature à rassurer ceux qui craignaient l'application des textes sur le terrorisme à des manifestations de revendications professionnelles ou politiques ayant dégénéré en actions violentes. Il manquerait en effet à ces agissements une relation avec « une entreprise élaborée et préalable à cette fin » (P. Masson, sénateur cité par J.P. Marguénaud) [27].

L'on conçoit dès lors que le législateur ait visé « l'entreprise tant individuelle que collective », puisque l'ampleur et le « vêtement juridique » ne sont pas essentiels, les opérations terroristes relevant aussi bien d'activités individuelles que collectives.

Sans doute, l'expérience enseigne-t-elle que les opérations terroristes s'inscrivent le plus souvent dans une stratégie collective, suivie par un ou plusieurs

25. B. 186. – Sur cet arrêt, R. Koering-Joulin, « Terrorisme et application de la loi en France. (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 7 mai 1987, dans l'affaire *Régis Schleicher et Claude et Nicolas Halfen*), cette *Revue*, p. 621.

26. AN (*JO déb.*, 8 août 1986, p. 4125).

27. Art. préc., p. 9, *JO Sénat*, 30 juill. 1986, p. 3403.

groupes agissant à l'échelon national et souvent même international, conformément à un plan soigneusement élaboré, avec un personnel spécialement formé et dans des conditions rigoureusement établies (le succès des agissements terroristes est en effet directement lié à la multiplicité et à la coordination des actions dans le ou les pays choisis).

Mais le terrorisme individuel (comme l'anarchisme) ne saurait être exclu ; en effet, il n'est pas impossible d'imaginer un terroriste solitaire habité par le désir de ramener le monde à ses propres concepts et utilisant, pour réaliser cet objectif, une violence qu'il aurait lui-même organisée (le droit commercial connaît bien, y compris sous forme de société, l'entreprise individuelle ; or, il a été démontré que les activités criminelles reproduisent malheureusement en les dénaturant les schémas légaux).

Dans tous les cas cependant, individuelle ou collective, l'entreprise doit poursuivre une finalité terroriste.

2. *Une finalité : troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur*

Insensible aux critiques dont il avait été l'objet en 1986, le législateur a conservé dans le nouveau code pénal (et dans les mêmes termes) l'exigence d'un mobile spécifique apte à caractériser les agissements terroristes. En effet, pour constituer des actes de terrorisme relevant des articles 421-1 à 422-5 du nouveau code pénal, les agissements poursuivis doivent s'intégrer dans une entreprise « ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

L'on peut remarquer, tout d'abord, que, contrairement à ce qui a été parfois écrit, ce dol spécial ne doit pas être recherché en la personne de l'agent, comme c'est traditionnellement le cas, mais par rapport à l'entreprise elle-même. C'est en effet l'entreprise dans son entité et dans sa globalité qui doit poursuivre le but dénoncé par la loi.

Sous cette réserve, tout en déplorant, avec M. Marguénaud, « l'imprécision des termes utilisés » [28] et, avec M. Ottenhof, le recours à « une définition tautologique du terrorisme » [29], force est de constater que la tâche n'était pas aisée et que le terrorisme est difficile à définir au plan de ses objectifs comme de ses méthodes.

Quant aux objectifs terroristes, ils consistent d'après le nouveau code pénal à « troubler gravement l'ordre public ».

Il s'agit là d'une notion déjà évoquée par le nouveau code pénal à propos de la décision de dispense de peine (art. 132-59 nouv. c. pén.). Le tribunal peut en effet dispenser de peine le prévenu s'il constate notamment que « le trouble résultant de l'infraction a cessé », ce qui sous-entend que l'opinion publique n'est pas ou n'est plus émue, bouleversée, impressionnée et encore moins révoltée par l'infraction.

En matière de terrorisme, la notion de trouble à l'ordre public est susceptible d'englober les effets les plus divers des actes terroristes ; cette formule évoque un effet de panique propre à entraîner la population à des mouvements incontrôlés : autodéfense, vengeance, grèves sauvages, manifestations, violations des lois et règlements... En bref, l'anarchie s'installe et met en péril

28. Art. préc., p. 8.
29. Art. préc., p. 613.

l'Etat de droit. Il faut pour cela « que l'agent ait eu recours à des procédés inquiétant légitimement les populations (colis piégés, voitures qui s'enflamment...) et qui donnent l'impression qu'effectivement chacun se trouve vulnérable et sans défense. Bref, c'est un sentiment d'insécurité permanente qui peut hanter le public » (Bouloc) [30].

Encore faut-il cependant que le trouble apporté à l'ordre public soit réellement grave. Le texte utilise en effet l'adverbe gravement pour définir l'intensité du désordre provoqué par les agissements terroristes. En dépit des réticences du rapporteur du texte : M. Colcombet, peu favorable au maintien de cette condition de gravité, le nouveau code pénal a conservé l'adverbe gravement qui figurait dans la loi de 1986. Le législateur entend réserver la qualification terroriste à des agissements exceptionnels non pas tant par leur gravité que par leur aptitude à intimider et à semer la terreur dans la population.

Les articles 422-1 et 422-2 du nouveau code pénal définissent, en effet, les méthodes utilisées par les terroristes pour troubler gravement l'ordre public ; ce trouble doit avoir été recherché par « l'intimidation ou la terreur ».

L'intimidation consiste, d'après les dictionnaires *Larousse, Littré* et *Bénac,* à inspirer de la crainte ou de l'appréhension, à donner de la timidité, à paralyser l'esprit de hardiesse nécessaire à l'action (crainte d'emprunter un moyen de transport collectif ou de fréquenter les lieux publics, par exemple).

La terreur apparaît comme beaucoup plus forte, « plus viscérale » (Pradel) [31] et s'apparente à l'épouvante, « à une peur extrême qui bouleverse et qui paralyse, à une peur collective » (dictionnaire *Petit Robert*).

Il semble bien que l'intimidation ait une connotation plutôt psychologique et la terreur plutôt physiologique (en ce sens, Pradel) [32] et non l'inverse comme on peut le lire dans le rapport *Colcombet* définissant l'intimidation « comme la peur physique qui paralyse les individus » et la terreur comme « la peur psychologique qui s'empare de la collectivité » [33]. Mais il est vrai, comme l'indique le rapporteur, que « le distinguo est subtil pour ne pas dire fragile ».

Si les cours d'assises ont eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur des faits de terrorisme, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, du moins dans ses arrêts publiés, n'a guère analysé les éléments constitutifs des infractions terroristes. Tout au plus, dans la décision précitée du 7 mai 1987, a-t-elle relevé que « les membres d'Action directe avaient réagi avec détermination et violence, à la manière d'un commando, n'hésitant pas à tuer ou à agresser toute personne leur faisant obstacle ».

Sans prétendre régler définitivement un problème difficile, il nous semble que ce qui caractérise le terrorisme, c'est son caractère aveugle, son ignorance ou mépris des distinctions traditionnelles, le fait qu'il frappe indistinctement les jeunes (y compris les enfants) ou les vieux, les riches ou les pauvres, les puissants ou les obscurs, les innocents ou les coupables. Sans doute, certaines cibles sont-elles parfois privilégiées conformément à « l'idéal » dont se recommandent les terroristes : patrons, militaires, membres d'un gouvernement, chefs d'un parti politique etc. mais, même dans de telles hypothèses, les retombées des violences terroristes peuvent atteindre des anonymes ou des sans-

30. Art. préc., p. 70.
31. Art. préc., p. 43.
32. Art. préc., p. 44.
33. Rapp. préc., p. 93.

grades : passants, employés, clients etc. Face aux activités terroristes, personne ne peut se dire à l'abri ou se protéger, et c'est précisément de là que naît la terreur.

L'on conçoit que ne puisse être pris en considération le caractère prétendument politique des revendications exprimées par les terroristes, dès lors que les méthodes utilisées et les objectifs poursuivis méconnaissent gravement les règles fondamentales de la démocratie. Les rédacteurs du nouveau code pénal ne s'y sont point trompés qui ont fait des actes de terrorisme des infractions de droit commun et non des infractions politiques, ainsi qu'en témoigne le régime juridique de ces infractions et plus particulièrement la pénologie qui leur est attachée.

II. - LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTE DE TERRORISME DANS LE NOUVEAU CODE PÉNAL

Le nouveau code pénal ne revient pas sur le dispositif procédural qui avait été mis en place par la loi du 9 septembre 1986 dans les articles 706-16 à 706-25 du code de procédure pénale. Tout au plus convient-il de signaler l'aménagement de ces textes par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation du nouveau code pénal et par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. En revanche, le nouveau code pénal contient un certain nombre de dispositions illustrant la politique criminelle suivie envers les terroristes à l'égard desquels il manie aussi bien « la carotte que le bâton » : carotte, en effet, le statut privilégié accordé aux repentis (B), mais bâton particulièrement rigoureux, la répression des actes de terrorisme au double point de vue des peines encourues et des personnes punissables (A).

A. - *La répression des actes de terrorisme*

La loi de 1986 s'était contentée de prévoir pour les terroristes un régime procédural original recherchant avant tout l'efficacité mais, faute d'avoir aménagé des incriminations autonomes, elle avait dû se contenter des sanctions attachées aux infractions rassemblées dans l'article 706-16 du code de procédure pénale. Le nouveau code pénal tire au contraire les conséquences légitimes de la création d'infractions de terrorisme en les frappant de peines spécifiques ou du moins aggravées ; il utilise, par ailleurs pour atteindre plus sûrement le mal terroriste, la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales.

1. *Les sanctions frappant les terroristes (personnes physiques)*

Le nouveau code pénal punit les terroristes de peines principales et de peines complémentaires.

– Les peines principales sont énumérées par les articles 421-3 et 421-4 du nouveau code pénal selon que l'acte de terrorisme est une infraction préalablement incriminée ou un acte de terrorisme écologique.

– L'article 421-3 indique que la peine privative de liberté encourue pour les infractions visées à l'article 421-1 est relevée lorsque ces infractions constituent des actes de terrorisme.

L'aggravation varie selon la peine encourue :

* Réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;

* Réclusion portée à trente ans lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ;

* Réclusion portée à vingt ans lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ;

* Réclusion portée à quinze ans lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement (la nouvelle échelle des peines établie par les articles 131-1 à 131-4 du nouveau code pénal fixe désormais le plafond des peines correctionnelles d'emprisonnement à dix ans au lieu de cinq ans dans le code pénal de 1810, ce qui signifie ici que la nature terroriste a pour effet de changer la nature de l'infraction : l'infraction devient un crime) ;

* Emprisonnement porté à dix ans lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ;

* Emprisonnement porté à sept ans lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ;

* Emprisonnement porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans au plus (solution singulière qui fait encourir des peines différentes de celles qui figurent dans l'échelle des peines correctionnelles établie par l'article 131-4 du nouv. c. pén.).

Ainsi il apparaît que, s'agissant des infractions de l'article 421-1 du nouveau code pénal, le contexte terroriste joue beaucoup plus le rôle de circonstance aggravante d'infractions préexistantes que celui d'élément véritablement constitutif d'une infraction nouvelle et autonome. L'on aurait pu, sans doute, imaginer de faire du terrorisme une circonstance aggravante au même titre que « la bande organisée, la préméditation, l'effraction, l'escalade ou l'arme » (art. 132-71 à 132-75 nouv. c. pén.). Il est vrai qu'une telle solution, outre la difficulté d'établir une définition suffisamment objective du terrorisme, n'aurait pas permis, faute d'infraction préalable, de sanctionner le terrorisme écologique.

– L'article 421-4 aménage, en effet, des sanctions propres au terrorisme écologique :

* l'acte de terrorisme tel que défini par l'article 421-2 est passible de quinze ans de réclusion criminelle et de 1 500 000 francs d'amende ;

* lorsque cet acte a entraîné la mort d'une ou plusieurs personnes, il est alors puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 5 000 000 francs d'amende.

Si ces sanctions paraissent justifiées par la gravité des actes commis et dans l'alinéa 2 par la gravité des conséquences, en revanche, il est permis d'observer que le crime d'empoisonnement, proche à certains égards du terrorisme écologique sanctionné par l'article 221-5 du nouveau code pénal, n'emporte pas pour le criminel de peine d'amende à côté de la peine de réclusion.

– En outre, les articles 421-3 et 4 du nouveau code pénal prévoient l'application de la période de sûreté (période au cours de laquelle le condamné ne peut bénéficier de mesures de suspension ou fractionnement de la peine, de placement à l'extérieur, de permission de sortir, de semi-liberté ou de libéra-

tion conditionnelle) lorsque l'acte de terrorisme est puni de peines criminelles ou de dix ans d'emprisonnement.

A côté des peines principales, le nouveau code pénal a prévu des peines complémentaires applicables à tous les terroristes ou aux seuls terroristes de nationalité étrangère.

– Les peines complémentaires applicables à tous les terroristes quelle que soit leur nationalité sont envisagées par l'article 422-3 du nouveau code pénal et sont :

* l'interdiction des droits civiques, civils et de famille (droit de vote, éligibilité, droit d'exercer une fonction juridictionnelle, d'être expert, de représenter ou d'assister une partie devant la justice, droit de témoigner en justice, droit d'être tuteur ou curateur) étant précisé que la durée de l'interdiction, limitée par l'article 131-26 a dix ans en matière criminelle et à cinq ans en matière correctionnelle, peut pour des faits de terrorisme être respectivement portée à quinze et dix ans ;

* l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Ici encore, les règles de droit commun régissant ces interdictions ont été partiellement modifiées pour permettre une plus grande répression. C'est ainsi que la durée de l'interdiction, qui peut être définitive ou temporaire, est portée par l'article 422-3 2° à dix ans au lieu des cinq ans, plafond prévu par l'article 131-27 du nouveau code pour l'interdiction temporaire ;

* l'interdiction de séjour, dont la durée est susceptible d'être portée à quinze ans en cas de crime et à dix ans en cas de délit (au lieu des dix ans et cinq ans prévus par l'article 131-31).

– Le terroriste étranger encourt en outre la peine complémentaire d'interdiction du territoire français (art. 422-4 nouv. c. pén.).

Cette mesure est prévue de manière générale par l'article 131-30 du nouveau code pénal et peut être prononcée à titre définitif ou à titre provisoire. Le particularisme de la mesure appliquée à des personnes condamnées pour terrorisme résulte, d'une part, de la durée de l'interdiction qui est portée à quinze ans en cas de crime (au lieu de dix) d'autre part, de l'impossibilité de prendre en considération les exceptions envisagées par l'article 131-30 du nouveau code pénal modifié par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

L'on conçoit en effet que les faveurs susceptibles d'être accordées à des condamnés étrangers ayant déjà de solides racines en France ne puissent bénéficier à des délinquants de nationalité étrangère, qui, par des actes de terrorisme commis dans un pays qui les avaient accueillis, ont suffisamment montré qu'ils n'entendaient pas s'intégrer dans la communauté nationale. Il convient de noter que l'interdiction du territoire entraîne de plein droit la reconduite à la frontière, à l'expiration de la peine privative de liberté.

Le nouveau code pénal ne punit pas seulement les terroristes personnes physiques, il frappe également les personnes morales coupables d'activités terroristes.

2. *Les sanctions frappant les personnes morales pénalement responsables d'infractions terroristes*

Le nouveau code pénal a introduit dans notre système répressif la responsabilité pénale des personnes morales [34].

Cette solution passablement controversée résulte de l'article 121-2 du nouveau code pénal d'après lequel :

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 (auteur, tentative, complicité) et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour son compte par ses organes ou représentants. »

Sans entrer dans l'étude complexe de cette responsabilité, il convient de formuler les observations suivantes :

* Tout d'abord, le groupe ou mouvement terroriste doit avoir la personnalité morale ; il n'est pas impossible d'imaginer des activités terroristes « camouflées » sous une structure officielle (société commerciale, association, groupement politique, voire même fondation) propre à faciliter les déplacements des terroristes, l'acquisition de matériels (armes, explosifs...), les relations avec l'étranger, la représentation et l'audience auprès du public, instrument indispensable d'intimidation et de terreur.

* Ensuite, l'infraction doit être spécialement imputée par la loi ou le règlement à la personne morale ; tel est le cas de l'article 422-5 du nouveau code pénal qui précise que « les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement des actes de terrorisme... ».

* Par ailleurs, l'infraction doit être commise par les organes ou représentants de la personne morale ; cette condition signifie que les agissements terroristes doivent avoir été commis, soit par la ou les personnes qui représentent officiellement et légalement la personne morale (l'aptitude des organes de fait à engager la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas encore réglée), soit par des personnes habilitées par la loi (représentants légaux), les statuts, ou peut-être même par délégation de pouvoirs ou convention, à représenter la société. L'avenir dira si le terroriste de base officiellement mandaté pour commettre des actes terroristes engage ou non la personne morale dont il dépend. Nous serions quant à nous fondés à le penser dès lors que le terroriste a agi pour le compte de la personne morale.

* C'est en effet, la dernière condition posée par le nouveau code pénal pour que soit engagée la responsabilité pénale de la personne morale : l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale.

Il pourra en être ainsi lorsque les terroristes (organes ou représentants) auront exploité à des fins terroristes les ressources offertes par la personne morale : nom, siège, réputation, locaux, produits, matériels, documents par exemple.

34. Sur la responsabilité pénale des personnes morales, V. en particulier : F. Desportes, « Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales », *JCP* 1993, éd. CI I.219. Colloque organisé par l'Université de Paris-I, le 7 avril 1993 et publié par la *Revue des sociétés,* 1993, n° 2 et aussi dans l'ouvrage : *La responsabilité pénale des personnes morales,* Dalloz, 1993 (rapp. Y. Guyon, I. Urbain-Parléani, M. Pariente, M. Delmas-Marty, E. Picard, B. Bouloc, Y. Buffelan-Lanore, M. Boizard, G. Couturier, P. Le Cannu, P. Delbecque, Y. Chaput, R. Legeais et G. Viney). Colloque organisé par l'Université de Limoges, le 11 mai 1993 et publié par *Les Petites Affiches* dans le numéro spécial du 6 octobre 1993 (rapp. B. Bouloc, P. Couvrat, P. Le Cannu, J.F. Barbiéri, M.C. Boutard-Labarde, J. Mouly, M. Bayle et C. Lombois). Entretiens de Nanterre des 18 et 19 mars 1994 (Rapports C. Le Gunehec, M.E. Cartier et R. Merle), *JCP* 1994, éd. E, n° 50, suppl. 5.

Dans de telles hypothèses, la personne morale elle-même pourra être sanctionnée, le plus souvent en même temps que les personnes physiques, organes ou représentants, auteurs ou complices.

L'article 422-5 du nouveau code pénal punit dans ce cas les personnes morales :

– d'une part, d'une amende dont le taux est porté au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques (250 000 000 francs par exemple pour un acte de terrorisme écologique ayant entraîné la mort),

– d'autre part, de l'une ou de plusieurs des peines visées par l'article 131-39 du nouveau code pénal (dissolution de la personne morale, interdiction d'exercice de l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture définitive ou temporaire des établissements ou de l'établissement de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, exclusion des marchés publics, interdiction de faire appel public à l'épargne, interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en était le produit et, enfin, affichage de la décision ou sa diffusion par la presse écrite ou par tout moyen de communication audiovisuel).

Il ne saurait être question pour nous de présenter une étude exhaustive des peines applicables aux personnes morales ; l'on nous permettra cependant de faire quelques remarques.

Il convient tout d'abord de relever la rigueur de la loi à l'égard des personnes morales impliquées dans des activités terroristes ; en effet, d'une part, toutes les peines prévues par l'article 131-39 du nouveau code pénal peuvent être prononcées, d'autre part, parmi ces sanctions figure la peine la plus grave applicable aux personnes morales, c'est-à-dire la dissolution.

La dissolution considérée comme l'équivalent de la peine de mort ne peut cependant être prononcée que « lorsque la personne morale a été créée ou détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ». Encore faut-il dans cette deuxième hypothèse qu'il s'agisse « d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans ». Cette sanction, qui sera sans doute difficile à exploiter dans la plupart des secteurs ouverts à la responsabilité pénale des personnes morales, apparaît au contraire fort bien venue à l'égard de groupements convaincus d'activités terroristes. Il apparaît en effet inconcevable de laisser subsister une personne morale, quel que soit son vêtement juridique, dont l'objet réel est la commission d'actes de terrorisme (la loi du 9 septembre 1986 avait déjà complété la loi du 10 janvier 1936 en prévoyant la dissolution des associations ou groupements de fait qui se livreraient à des actes de terrorisme).

Encore fallait-il prévoir et sanctionner la reconstitution de la personne morale dissoute, c'est ce que font de manière très générale les articles 434-43 et 434-47 du nouveau code pénal qui répriment pénalement le non-respect des sanctions prononcées contre les personnes morales (deux ans d'emprisonnement et 200 000 francs d'amende pour les personnes physiques, et par ailleurs l'amende, les peines prévues par l'article 131-3 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 7° du nouv. c. pén., la confiscation et enfin l'affichage ou la diffusion de la décision pour les personnes morales).

Si l'on examine la pénologie applicable aux personnes morales, l'on peut se demander si, à l'exception de l'amende, de la confiscation (des armes,

explosifs...) et des mesures de publicité de la condamnation, les autres peines présentent une quelconque utilité. En effet la dissolution de la personne morale apparaît comme la seule sanction adaptée à la gravité des agissements ; l'on voit mal comment les juges pourraient laisser subsister, pour la frapper de l'une quelconque des peines de l'article 131-39 du nouveau code pénal, une personne morale pour le compte de laquelle les organes ou représentants auraient commis les actes généralement effroyables constitutifs d'infractions terroristes. Comme les crimes contre l'humanité (encore qu'à un degré moindre) les actes terroristes sont des actes insupportables qui frappent des victimes innocentes, incapables de se défendre aussi bien avant qu'après l'infraction ; comment imaginer dès lors qu'une organisation, pour le compte de laquelle ont été commis des attentats, des assassinats, des violences et dommages de la plus grande gravité, conserve son existence juridique et ne soit frappée que de peines, aussi dérisoires ou inadaptées qu'une interdiction d'émettre des chèques, une interdiction de faire appel public à l'épargne ou une exclusion des marchés publics !

A dire vrai, il semble bien que les députés et sénateurs, qui ont voté une loi utile, n'aient cependant pas suffisamment réfléchi à la pénologie adaptée aux organisations et groupements terroristes !

En effet, et ce sera notre conclusion sur ce point, si l'on peut imaginer une vision, sinon indulgente du moins compréhensive, du comportement individuel d'une personne physique animée par un idéal politique, religieux ou métaphysique, en revanche une société démocratique ne peut tolérer que des groupements officiellement constitués et organisés utilisent le terrorisme pour faire prévaloir des objectifs normalement poursuivis par des voies démocratiques. La dissolution apparaît donc comme la seule sanction concevable à l'égard de tels groupements, les autres peines prévues par l'article 131-39 du code de procédure pénale apparaissant comme dérisoires et inadéquates au regard des finalités poursuivies.

Il semble bien cependant que la responsabilité pénale des personnes morales ne soit pas une réponse réellement efficace au problème du terrorisme, les terroristes se souciant relativement peu de la structure juridique de leur organisation !

Plus utiles, peut-être, au regard des objectifs poursuivis, apparaissent les dispositions du nouveau code pénal relatives aux exemptions et réductions de peines applicables aux terroristes repentis.

B. – *L'indulgence du législateur à l'égard des « repentis »* [35]

Le terme de repentis actuellement utilisé par la doctrine pour désigner les délinquants bénéficiaires de la « mansuétude » (Pradel) [36] du législateur n'est sans doute pas le terme le plus adéquat. Le repentir a, en effet, une connotation religieuse ; il est lié, comme l'a si merveilleusement expliqué le professeur Merle, à « la pénitence et à la peine » [37] et n'inspire que rarement le

35. « Crime et châtiment - Statut des repentis. » Colloque du 7 mai 1986 organisé par la Société internationale de prophylaxie criminelle et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris, rapp. L.E. Pettiti, J.A. Barreiros, F. Palazzo et B. Bouloc, *in* cette *Revue,* 1987, p. 751 et s. M. Akida, *La pénitence et la situation légale des repentis. Etude comparative des droits musulman, canonique et positif,* Ed. Dar Al-Fikr Al-Arabi, Le Caire, 1993.

36. Art. préc., p. 48.

37. R. Merle, *La pénitence et la peine,* éd. Cerf, Cujas, 1986.

comportement des terroristes absous ou excusés (pour employer une terminologie antérieure au nouveau code pénal). Sans vouloir sonder les cœurs et les âmes, il est plus raisonnable de considérer que le terroriste qui révèle l'infraction ou dénonce ses complices est mû par le désir d'échapper en totalité ou en partie à la peine à laquelle il s'est exposé par ses agissements.

C'est d'ailleurs bien là le fondement des articles 422-1 et 422-2 du nouveau code pénal, textes qui accordent, aux terroristes qui collaborent avec les autorités administratives ou judiciaires, une exemption de peine ou une réduction de peine.

Le nouveau code pénal n'a pas réellement innové en la matière puisque la loi de 1986 avait déjà introduit de telles mesures dans le code pénal de 1810 (art. 463-1 et 463-2). Tout en se montrant moins généreux que le législateur précédent, le nouveau code prévoit cependant deux mesures de faveur pour le terroriste repenti (ou collaborateur) : une exemption de peine et une diminution de peine.

1. *L'exemption de peine de l'article 422-1 du nouveau code pénal*

D'après l'article 422-1 du nouveau code pénal

« Toute personne qui a tenté de commettre un acte de terrorisme est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres coupables. »

Il résulte de ce texte que l'exemption de peine (dont on sait qu'elle implique au préalable une reconnaissance de culpabilité) suppose :

* une tentative d'infraction terroriste, c'est-à-dire un commencement d'exécution de l'infraction suivi d'un désistement involontaire ; l'on peut imaginer l'explosion d'une voiture piégée vide n'ayant entraîné aucun dommage corporel, alors que l'explosion avait été programmée pour tuer une ou plusieurs personnalités ou encore, comme l'avait fait la circulaire d'application de la loi de 1986, l'information donnée par le complice ayant donné l'explosif, qui permet d'empêcher l'explosion et d'arrêter les membres du groupe terroriste ;

* l'information donnée à l'autorité administrative ou judiciaire ;

* le résultat ou l'efficacité du renseignement ; pour entraîner l'exemption de la peine, il convient, en effet, que l'information donnée à l'autorité administrative ou judiciaire ait permis au minimum « d'éviter les dégâts », c'est-à-dire la réalisation de l'infraction et au mieux d'identifier sinon d'arrêter les coupables. La pudeur de la loi, qui n'exige que « le cas échéant » des informations sur l'identité des coupables, s'explique sans doute par le fait que la délation n'est pas une démarche facile et qu'il aurait été peu réaliste de subordonner l'exemption de peine à une dénonciation des coauteurs et complices.

En 1986, M. Pradel [38] se demandait si une telle mesure était souhaitable et utile, compte tenu des différentes mesures d'individualisation de la peine, de la difficulté à vérifier la sincérité du repentir du délinquant, de l'immoralité de la solution ou enfin des risques encourus par le terroriste, auteur de la révélation. L'expérience acquise en France comme à l'étranger (Italie, Espagne, Irlande...) enseigne, semble-t-il (même si les résultats doivent être mesurés avec une extrême prudence), que le sort fait aux repentis est de nature à

38. Art. préc., p. 48.

susciter des dénonciations ou révélations propres à prévenir les actes terroristes ou à limiter la gravité de leurs conséquences. L'on ne peut donc que se féliciter, sur un plan strictement utilitaire, de voir l'exemption de peine figurer dans le nouveau code pénal, sauf à remarquer cependant qu'une deuxième cause d'exemption prévue par la loi de 1986 a été supprimée et remplacée par une simple diminution de peine.

2. *La diminution de peine de l'article 422-2 du nouveau code pénal*

L'article 422-2 du nouveau code pénal indique que :

« La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un acte de terrorisme est réduite de moitié si, ayant averti les autorités administratives ou judiciaires, il a permis de faire cesser les agissements incriminés ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente et d'identifier, le cas échéant, les autres coupables. Lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle-ci est ramenée à vingt ans de réclusion. »

Ainsi, il apparaît qu'un terroriste reconnu coupable d'une infraction consommée (et non plus tentée) pourra cependant voir sa peine réduite :

* s'il avertit les autorités administratives ou judiciaires (curieusement, ici, le nouveau code pénal parle d'autorités au pluriel et non plus au singulier comme dans l'article précédent !) ;

* si l'information donnée, sans avoir empêché l'infraction, a cependant permis soit de faire cesser les agissements incriminés (une prise d'otage, un détournement d'aéronef, par exemple), soit d'éviter des morts ou des blessés graves (infirmité permanente), soit enfin d'identifier les coupables.

L'effet de la réduction sur la peine encourue n'est pas négligeable puisque la peine est ramenée à vingt ans si la réclusion criminelle à perpétuité était encourue et diminuée de moitié dans les autres cas.

Sans doute pourrait-on considérer que cette mesure est inutile dans un code pénal qui ne prévoit plus de minimum et abandonne au juge répressif le soin de décider avec une totale liberté (sous réserve des limites fixées par l'art. 132-18) de la peine applicable. Pourtant, la solution paraît devoir être approuvée, si l'on considère que la diminution de peine n'est pas une mesure d'individualisation de la sanction mais un instrument de politique criminelle prosaïquement mis au service de la lutte contre le terrorisme aux conséquences si dramatiques.

Sans admettre que tous les moyens sont bons, du moins faut-il s'accommoder de solutions légales (toujours préférables à des techniques anarchiques) dès lors qu'il est établi qu'elles contribuent efficacement au difficile combat contre le terrorisme. Or, la perspective d'une exemption ou d'une réduction de peine automatiques a sans nul doute pour le terroriste un caractère beaucoup plus incitatif que la considération d'une très aléatoire atténuation de la sanction, abandonnée à la décision discrétionnaire de la juridiction répressive.

C'est d'ailleurs une telle considération qui a finalement incité le législateur à conserver dans le nouveau code pénal un certain nombre de causes d'exemption et de diminution de peine (anciennes excuses absolutoires et atténuantes) dont la suppression avait pourtant été annoncée.

CONCLUSION

Qu'il nous soit permis, en guise de conclusion, de livrer, sans fard, notre sentiment sur le terrorisme vu par le nouveau code pénal.

Disons pour reprendre une formule célèbre que « le bilan est globalement posifif ».

Bilan positif, en effet, pour les raisons suivantes :

* Un code pénal adopté en 1994 ne pouvait (malheureusement !) ignorer la délinquance terroriste ; il faut donc se féliciter de trouver en bonne place parmi les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, un titre II consacré au terrorisme ; l'incrimination par le code pénal des actes de terrorisme est de nature à légitimer les dérogations procédurales et par là-même à apaiser les craintes de tous ceux qui avaient dénoncé les atteintes à la liberté individuelle résultant de la loi de 1986.

* Le nouveau code pénal s'est sagement inspiré du précédent législatif ; en effet, au lieu de rechercher systématiquement des solutions nouvelles, les rédacteurs du nouveau code pénal ont, pour l'essentiel, repris et adapté les dispositions de la loi du 9 septembre 1986 qui, en définitive, avait très largement donné satisfaction.

* Les incriminations retenues recouvrent assez exactement les agissements terroristes, du moins tels qu'ils se manifestent pour l'heure dans les pays atteints par ce fléau. L'incrimination du terrorisme écologique anticipe sur le phénomène et il est à souhaiter que le législateur français n'ait pas eu une vision prémonitoire de ce que pourrait être le nouveau terrorisme.

* Sans qu'il y ait identité absolue entre le nouveau code pénal et la Convention européenne sur le terrorisme, les incriminations se recoupent très largement, ce qui est de nature à faciliter les extraditions et la lutte contre le terrorisme à l'échelon européen ; par ailleurs, le nouveau code pénal considère l'infraction terroriste comme une infraction de droit commun et non comme une infraction politique, une solution en harmonie non seulement avec la Convention européenne mais aussi avec l'évolution globale des droits européens.

Cela étant dit, le bilan n'est que globalement positif !

En effet, pour un juriste rigoureux, le droit pénal du terrorisme appelle un certain nombre de critiques :

* contrairement au « cocorico » général, l'infraction terroriste n'est pas née avec le nouveau code pénal ; d'une part, en effet, l'infraction terroriste n'existe pas en elle-même (à l'exception peut-être du terrorisme écologique), mais se ramène à la prise en compte d'infractions préexistantes dont les peines se trouvent simplement aggravées ; il y a donc lieu de craindre que « la litanie » (Ottenhof) [39], l'énumération donnée par l'article 421-1 du nouveau code pénal, ne se révèle insuffisante ou inadéquate, face à un monde en constante mutation ; par ailleurs, le critère de qualification terroriste repris de la loi de 1986 n'est pas, comme on l'a vu, à l'abri de toute critique tant paraissent floues les notions retenues, notamment les concepts d'entreprise, d'intimidation ou de terreur.

39. Art. préc., p. 613.

Quoi qu'il en soit, même s'il n'a pas réellement innové, le nouveau code pénal a cependant fait progresser le droit en matière de terrorisme :

* tout d'abord, il a poursuivi les efforts engagés par la loi de 1986 en consacrant des solutions qui avaient fait leurs preuves ;

* ensuite, il a permis de réprimer plus sévèrement les actes terroristes, répression réclamée non pas seulement par une opinion publique par trop versatile, mais surtout par les observateurs objectifs et rigoureux du phénomène terroriste ;

* enfin, il a renforcé, de manière incontestable, le cadre légal qui avait été donné en 1986 au régime procédural applicable en matière de terrorisme.

C'est dire que, même si elles ne nous satisfont pas totalement, les dispositions du nouveau code pénal en matière de terrorisme n'en apportent pas moins de manière modeste leur contribution à l'effort consenti par les pays démocratiques pour combattre le fanatisme et l'intolérance. Il reste à espérer la disparition des événements terroristes et par là-même la désuétude des articles 422-1 à 422-5 du nouveau code pénal.

L'instruction préparatoire aux Pays-Bas

Geert J.M. CORSTENS

Professeur de droit pénal et de procédure pénale à l'Université catholique de Nimègue

et Jaap F.L. ROORDING

Chercheur à l'Institut de criminologie de l'Université de Cambridge

I. - INTRODUCTION

La procédure pénale comprend deux parties distinctes : la phase préparatoire et la phase décisoire (l'instruction définitive). La phase préparatoire comprend l'enquête, effectuée sous la responsabilité du procureur de la Reine et l'instruction préparatoire menée par le magistrat instructeur.

La fonction et le poids de ces étapes peuvent varier à l'intérieur des systèmes juridictionnels nationaux. Dans la procédure pénale néerlandaise, l'accent est mis sur l'enquête. C'est à ce stade que s'effectue le rassemblement du matériel dont le juge a besoin pour pouvoir prendre une décision finale. Avec un brin d'exagération, on peut dire que l'affaire est rendue prête à cuire pour l'audience publique devant le juge. Là – à l'audience – le rôle essentiel du juge est d'examiner la force probante du matériel réuni au cours de l'enquête et d'évaluer, s'il le faut, le caractère légitime du mode d'obtention du matériel. Il arrive souvent que des témoins entendus par la police ou par le juge d'instruction ne sont plus interrogés à l'audience. Dans ce cas, les procès-verbaux des auditions en question doivent être lus ou résumés en audience. Sinon, ces derniers ne peuvent pas intervenir dans la preuve à l'égard du prévenu ou servir autrement à son détriment. Aux Pays-Bas, l'audience publique, dans beaucoup de cas, revêt plutôt un caractère de vérification et d'évaluation.

Le principe, dit de « l'immédiateté » dans notre pays, ne vaut qu'au sens formel : le juge devra statuer uniquement en se basant sur le matériel qui aura fait l'objet de l'audience. Il n'a pas à interroger toujours la source authentique (par ex. le témoin oculaire). C'est que, selon la juridiction ancestrale de la Cour de cassation, le juge peut utiliser les informations qui lui ont été transmises par un tiers ou par les procès-verbaux dressés par la police judiciaire (PJ) (les dépositions dites *de auditu* [1]). En cela, la juridiction pénale néerlandaise a pleinement utilisé la marge offerte par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Puisque, dans plus d'un arrêt, la CEDH a souligné que « normalement, les éléments de preuve doivent être produits devant le prévenu en audience publique, en vue d'un débat contradictoire ». Cependant, la CEDH a ajouté :

1. Cass. 20 déc. 1926, NJ 1927, 85 ; G. Corstens, La preuve - le droit néerlandais, *RID pén.*, 1992, p. 273-288, p. 276-277.

« Il n'en résulte pourtant pas que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire et en public pour pouvoir servir de preuve : utiliser de la sorte des dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux paragraphes 3 *d et 1* de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense. En règle générale, ils commandent d'accorder au prévenu une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard [2]. »

Ce qui n'a empêché la Cour de cassation, ces dernières années, d'apporter des corrections dans sa jurisprudence, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH, quant à l'audition des témoins. Dans un arrêt important du 1er février 1994 [3], la Cour de cassation statue que lorsque, au cours de l'enquête, un témoin a fait une déclaration à charge et que celle-ci constitue la seule et unique preuve dont pourra découler directement l'implication du prévenu aux faits qui lui sont reprochés et que, par la suite, la personne en question dépose autrement devant le juge d'instruction, ce témoin devra être cité en audition. Cette obligation repose également sur la juridiction d'appel. Ainsi, le principe, dit de l'immédiateté, dans son sens matériel a été réhabilité tant soit peu.

On pourrait dire que la garantie contenue dans le jugement du juge indépendant n'est pas mise en valeur complètement dans l'examen en audience tel qu'il a été décrit ci-dessus. Cependant, ce manque est compensé partiellement par le fait que, dans la procédure pénale néerlandaise, on peut faire appel à un juge dès l'enquête, notamment dans la personne du juge d'instruction. Le juge d'instruction est désigné par et parmi les membres du tribunal sur la proposition du président du tribunal de l'arrondissement, après conseil du procureur. Le gouvernement n'a pas de compétence dans ce domaine. A l'initiative du procureur de la Reine, le juge d'instruction peut ouvrir une instruction préparatoire. Cette dernière se situe en parallèle à l'enquête d'usage effectuée par la police judiciaire sous la direction du procureur de la Reine. Dans la suite du présent article, nous analyserons plus à fond la position de l'instruction préparatoire et du juge d'instruction dans la procédure pénale aux Pays-Bas [4].

Mais d'abord, nous nous permettrons de faire quelques remarques pour relativiser l'importance de la matière en question pour la pratique de la procédure pénale néerlandaise.

Les paragraphes précédents feraient croire qu'une affaire criminelle [5] est expédiée par le juge. Ce n'est pas toujours le cas, loin de là. En 1993, la moitié de toutes les affaires criminelles (255 500 au total) furent expédiées par le *ministère public*. En partie, ces affaires furent classées sans suite (pour des raisons d'ordre technique ou d'opportunité), pour une autre part (plus de 61 000 dossiers) on offrait au suspect une transaction prévenant une poursuite judiciaire. Pris au sens quantitatif également, l'importance de l'instruction

2. CEDH 19 déc. 1990, A 191-A, § 36, affaire *Delta*, CEDH 20 nov. 1989, A 166, § 41, affaire *Kostovski*.

3. NJ 1994, 427, note Corstens.

4. Pour être exhaustif, signalons que le code de procédure pénal néerlandais prévoit également, depuis peu, une *enquête judiciaire financière* (EJF), (V. art. 126 c. pr. pén. e.s.). Cette enquête vise à établir le profit illégalement obtenu par l'inculpé en vue de le lui reprendre au moyen d'une mesure pénale. Cette enquête et cette reprise sont indépendantes de l'instruction et du jugement du principal. Bien que l'EJF s'effectue sous la direction du procureur de la Reine, le juge d'instruction y joue bien un rôle. C'est dans ce cadre que le juge d'instruction doit délivrer une autorisation pour l'EJF.

5. Le code pénal néerlandais distingue crimes et contraventions.

préparatoire n'est pas très grande. En 1990, par exemple, c'est seulement dans 2,2 pour cent des dossiers courants traités par le ministère public et par le juge (c'est-à-dire sans compter les affaires économiques et fiscales) qu'une instruction a eu lieu, c'est-à-dire dans un nombre d'affaires ne dépassant pas 5 000.

II. - LA RÉGLEMENTATION DE L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

Abstraction faite de quelques cas exceptionnels où le ministère public, en anticipant sur l'entrée en scène du juge d'instruction, aura utilisé un moyen coercitif rigoureux comme la perquisition, l'instruction préparatoire n'est obligatoire en aucun cas. Il appartient au procureur de la Reine d'apprécier l'opportunité de saisir un juge d'instruction et de prendre auprès de ce dernier un réquisitoire à fin d'informer (V. art. 181, al. 1, c. pr. pén.).

C'est dans la logique de la réglementation néerlandaise de la procédure pénale, où le ministère public a seul compétence de décider (de l'opportunité) d'une poursuite. Le juge d'instruction ne peut donc se saisir d'office.

A cette règle, il existe une seule exception, à savoir au cas où l'inculpé se trouve en détention provisoire. C'est également le seul cas dans lequel le suspect formellement puisse prendre l'initiative afin d'introduire une demande d'instruction préparatoire (art. 184, al. 2, c. pr. pén.). La raison de cette exception repose sur la nécessité d'examiner d'un œil extrêmement critique les faits qui sont reprochés à l'inculpé, pris en considération le caractère sérieux de l'ingérence dans sa vie privée.

Les motifs susceptibles d'amener le procureur de la Reine à requérir une instruction préparatoire sont divers. Un de ces motifs peut résider dans le fait qu'il veut faire entendre certaines personnes par le juge d'instruction (*i.e.* l'inculpé, des témoins, des experts). Dans ce cadre, il importe de souligner que les témoins, devant le juge d'instruction, ont l'obligation de comparaître et de déposer, autrement que devant l'officier de police judiciaire et le procureur de la Reine. En outre, depuis peu de temps, le code de procédure pénale prévoit une procédure particulière réglementant l'audition par le juge d'instruction de témoins qui se sentent menacés pour une quelconque raison, sans que leur identité soit révélée à la défense (art. 226*a* e.s. c. pr. pén.). La loi du 11 novembre 1993 [6] a légalisé cette pratique. Elle rend possible que des témoins qui pour de bonnes raisons se refusent à dévoiler leur identité (peur de représailles) gardent l'anonymat. Le juge d'instruction qui connaît l'identité du témoin est compétent à ordonner que ce témoin dépose sans que le procès-verbal fasse mention de son identité. La décision du juge d'instruction d'utiliser cette compétence ou de le refuser peut faire l'objet d'un recours auprès de la chambre du conseil [7]. Confrontée au durcissement de la criminalité, cette possibilité d'audition anonyme d'un témoin semble constituer un élément d'importance de l'instrumentation offerte par l'instruction préparatoire. D'autres raisons motivant la saisine du magistrat instructeur peuvent se trouver dans certains pouvoirs extrêmes conférée en exclusivité au juge d'instruction. Parmi les plus importantes, il faut compter la compétence de pro-

6. *JO* 1993, 603, entrée en vigueur le 1er févr. 1994.

7. V. E.P. von Brucken Fock, G.J.M. Corstens, J.F. Nijboer, Reform movements in criminal procedure and the protection of human rights in the Netherlands, *RID* pénal., 1993, p. 1149-1175, p. 1170, et G. Corstens, La preuve – le droit néerlandais, *RID pén.*, 1992, p. 280-281.

céder à des perquisitions en vue de saisies (art. 111 c. pr. pén.) et celle de faire capter des données par l'écoute téléphonique ou à l'aide d'un autre moyen de communication (télécopie, courrier électronique – art. 125*g*, c. pr. pén.). Nous signalons d'ailleurs que le juge d'instruction joue un rôle important lorsqu'il s'agit d'un autre moyen coercitif important, celui de la détention provisoire. Ce moyen de contrainte cependant est indépendant de l'instruction préparatoire, de sorte que pour l'utilisation de ce moyen il n'est pas besoin d'ouvrir une information. Cela vaut également pour le projet de loi qui vient d'être adopté à l'Assemblée nationale réglementant l'enregistrement de communications au moyen d'un équipement technique (la pose secrète d'appareils d'écoute) [8]. Si ce projet est adopté également par le Sénat, le juge d'instruction pourra, lorsqu'il s'agit de certains crimes graves, ordonner de procéder à la pose d'appareils d'écoute. En vertu de l'article 126*g* du code de procédure pénale proposé, le juge d'instruction pourra également se servir de cette compétence s'il ne s'agit pas encore d'une infraction, d'une tentative ou d'un acte préparatoire commis, mais qu'il existe à l'égard de l'imminence de l'infraction une présomption raisonnable : l'infraction en est encore au stade de projet.

Pour l'instruction préparatoire telle que nous venons de la décrire, le législateur a eu en perspective un magistrat instructeur indépendant, procédant à tous actes jugés nécessaires par lui dans l'intérêt de la manifestation de la vérité. Dans la pratique, l'instruction préparatoire prend souvent une autre apparence. Il arrive fréquemment qu'une information est requise dans le seul but d'utiliser un certain moyen coercitif. Alors, le juge d'instruction est tenu en laisse par la police judiciaire et le ministère public qui, en fait, dirigent l'enquête. Quelquefois même, l'instruction préparatoire n'est ni plus ni moins qu'une formalité, qui ne renferme guère de garantie pour l'inculpé. C'est le cas, par exemple, de la dite perquisition d'urgence : lorsqu'il est inopportun d'attendre l'action du juge d'instruction, le procureur de la Reine (ou parfois même un officier supérieur de la police) peut dans certaines circonstances procéder à une perquisition (art. 97 c. pr. pén.). Dans ce cas, le procureur de la Reine est tenu ensuite de prendre un réquisitoire à fin d'informer. Nul ne s'étonnera, que, dans la pratique, l'on ne doive pas se faire d'illusions d'une action après coup par le juge d'instruction, sous forme de contrôle à propos de la perquisition.

III. – CRITIQUE À L'ÉGARD DE L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

Nous voilà arrivés à la critique s'élevant vers la fin des années quatre-vingt, dans les cercles de scientifiques et de praticiens, à propos de la réglementation de l'instruction préparatoire [9]. Cette critique est que, au cours de l'instruction préparatoire, le juge d'instruction ne remplit plus le rôle central auquel le prédestinait le législateur. Le juge d'instruction ne serait plus en mesure de diriger vraiment l'instruction. Il n'aurait pas la vue nécessaire sur l'affaire. Signalons dans ce cadre le fait que, dans les affaires où une instruction préparatoire a été ouverte, les recherches effectuées par

8. Projet de loi n° 23047.

9. Pour un résumé de la critique, voir le rapport Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, Een rapport van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (Révision de l'instruction judiciaire, Un rapport de la Commission de réévaluation du CPP), Gouda Quint BV, Arnhem 1990, p. 18-23, à commenter ci-après.

la police judiciaire et par le ministère public, parallèlement à l'instruction préparatoire, donc en dehors du juge d'instruction (la *recherche* dite *parallèle*) sont devenues de plus en plus l'élément central dans l'information. En outre, c'est le législateur lui-même qui a contribué à l'affaiblissement de la position du magistrat instructeur en attribuant des compétences aux fonctionnaires de la police judiciaire dans toutes sortes de lois pénales spéciales, compétences réservées dans le code de procédure pénale au juge d'instruction. Cet état de choses implique, continuent les critiques, que les avantages offerts par une instruction sous la direction d'un magistrat par rapport à une enquête dirigée de A à Z par la police judiciaire et le ministère public ont perdu de l'importance ; selon le législateur, ces avantages résidaient dans une impartialité et une objectivité plus grandes auxquelles on pouvait s'attendre de la part du magistrat.

C'est dans le prolongement de cette critique que se situe un inconvénient d'ordre plutôt de principe que l'on peut formuler à l'encontre de l'instruction préparatoire et de la position du juge d'instruction dans ce cadre, à savoir que la tâche de la personne chargée de la recherche d'une part et celle du magistrat qui contrôle et qui vérifie d'autre part seraient incompatibles sans que ces activités portent préjudice à l'impartialité du juge. Toutes ces observations critiques – auxquelles peut s'ajouter le fait que bon nombre de gens sont d'avis que l'instruction préparatoire est lourde, génératrice de vices de forme à cause du nombre de formalités qui l'entourent et qu'elle retarde l'information – ont rendu aléatoire le maintien de l'instruction préparatoire dans la procédure pénale.

IV. - LA PROPOSITION FORMULÉE PAR LA COMMISSION MOONS

En 1988, le garde des Sceaux chargea une commission sous la présidence de l'ex-président de la Cour de cassation Ch. M.J.A. Moons d'une enquête visant à examiner, et ce à la lumière du changement de la nature de la délinquance (plus particulièrement de celle de la criminalité organisée) d'une part et du renforcement du statut juridique de la personne suspectée sous l'influence des conventions des droits de l'homme d'autre part, s'il serait nécessaire de « réévaluer » certains éléments du code de procédure pénale. Parmi lesquels figurait l'instruction préparatoire. C'est en 1990 que la Commission Moons publia son rapport à ce sujet [10]. Après avoir pesé tous les arguments pour et contre, la Commission opte finalement en faveur du maintien de l'instruction préparatoire. La Commission est d'avis que les arguments qui ont amené le législateur en 1926 à introduire l'instruction préparatoire actuelle sont toujours valables : l'appel fait à un magistrat indépendant et impartial lors de la phase préparatoire garantit l'équilibre entre l'importance du *crime control* et celle du *due process* [11]. Ainsi, l'instruction définitive peut conserver son caractère vérificateur et efficace – la Commission y attache une grande importance – sans qu'il soit porté préjudice au *fairness* de la procédure. En outre, la Commission Moons souligne l'importance de l'implication directe du magistrat dans l'utilisation de certains moyens coercitifs (rigoureux), ne limitant pas son ingérence à la seule délivrance de l'autorisation nécessaire à

10. V. note précédente. Un des auteurs du présent article G.J.M. Corstens, était membre de la Commission.

11. Rapp., p. 29. Pour les arguments de la Commission, V. en particulier p. 37.

cet effet. Une implication pareille produit une garantie supplémentaire pour éviter qu'il ne soit porté aux droits du citoyen aucun préjudice dépassant le strict nécessaire. Un argument suivant connexe est que, selon l'avis de la Commission, et cela tant pour des motifs d'efficacité que pour veiller à une application convenable des moyens de contrainte, il est souhaitable de centraliser l'information auprès d'une seule instance. Cette dernière (*i.e.* le juge d'instruction) dispose ainsi d'une vue globale sur l'information. Ce faisant, la Commission rejette simultanément un système dit de mini-instructions. Celui-ci impliquerait la saisine du juge par le procureur de la Reine pour l'exécution d'un certain moyen coercitif et ce pour chacune de ses interventions. Dans un dispositif pareil, le juge est privé d'une vue globale sur la procédure, alors que l'absence dans la phase préparatoire d'un cadre factuel et juridique général entrave une défense adéquate [12].

Ainsi, la Commission Moons préconise le maintien de l'instruction préparatoire. Le gouvernement néerlandais, nous le verrons plus loin, a adopté ce point de vue. A notre avis, il existe un autre argument en faveur du maintien de l'instruction préparatoire, dont l'urgence s'est manifestée particulièrement ces dernières années. C'est que la pratique de la procédure pénale est confrontée avec une catégorie de témoins qui détiennent un intérêt justifiant de ne pas les interroger en audience publique. Tout d'abord, il s'agit là des témoins menacés de représailles, dont nous venons de parler, qui préfèrent l'anonymat. Comme nous l'avons dit, on a créé une procédure spéciale pour cette catégorie de témoins. Ensuite, il y a les victimes de violences sexuelles (par ex. l'inceste), pour lesquelles la confrontation avec l'auteur (présumé) en audience publique serait insupportable [13]. Tous ces cas justifient l'audition des témoins dans le cadre protégé de l'instruction préparatoire. Lorsque le juge, appelé *in fine* à connaître de l'affaire, voudra ensuite se servir de ce témoignage, et *a fortiori* lorsque ce dernier constituera la preuve principale, ce témoignage aura dû être recueilli par un magistrat qui aura veillé, lors de l'audition, au respect des droits de la défense. A cet effet, le juge d'instruction semble être la personne désignée. C'est la personne qui, opérant dans le cadre d'une instruction préparatoire, dispose d'une vue globale pour pouvoir apprécier l'opportunité de procéder à d'autres actes d'investigation. Sa position indépendante peut lui inspirer par exemple la conclusion de l'opportunité d'interroger un autre témoin, pour permettre au juge de l'audience de disposer d'une image aussi fidèle que possible de l'affaire.

La Commission Moons a assorti son plaidoyer en faveur du maintien de l'instruction préparatoire d'un nombre non négligeable de propositions plus ou moins rigoureuses visant la modernisation et l'assouplissement de l'instruction préparatoire. La Commission a déposé ses propositions dans un avant-projet. Elle propose de supprimer certaines formalités dont la complexité ne se justifie pas, et d'aligner la réglementation de la saisie et la descente sur les lieux et de la fouille de sites sur les impératifs des temps modernes en les actualisant (e.a. en élargissant les compétences des officiers de police judiciaire) et de sortir l'écoute téléphonique de l'instruction préparatoire, cette dernière suggestion se justifiant par l'incompatibilité du caractère (secret) de ce moyen coercitif en question avec la position procédurale de l'inculpé visée par l'instruction préparatoire.

12. Rapp., p. 34-35.

13. Dans ces cas, la Cour de cassation fait prévaloir l'intérêt de la victime pour prévenir la confrontation. V. Cass. 9 févr. 1993, NJ 1993, 603, note Corstens.

Pour contrebalancer ce genre de concessions dans l'intérêt de l'information et de la poursuite, la Commission propose de renforcer la position de la défense. Ainsi, elle crée des dispositifs veillant à prévenir le contournement des garanties de l'instruction préparatoire par l'enquête policière parallèle. Un autre élément essentiel parmi les propositions nous invite à nous arrêter un instant, notamment l'article 36*a* proposé par la Commission [14]. L'article offre à la personne suspectée la possibilité d'adresser au juge d'instruction une requête à fin d'exécuter certains actes d'investigation, donc une mini-instruction à la demande de l'inculpé. Ce moyen peut être considéré comme une condition essentielle au maintien de l'équilibre, dans la phase préparatoire, entre les intérêts de l'information d'un côté et ceux de la défense de l'autre. En passant, nous venons de signaler que la législation actuelle permet de provoquer une instruction préparatoire uniquement au prévenu se trouvant en détention provisoire (art. 184, § 2, c. pr. pén.). Or, la Commission Moons estime que c'est dans l'intérêt justifié de toute personne suspectée, qu'elle soit en liberté ou non, de pouvoir (faire) rassembler des indices à décharge. Ne risque-t-on pas de voir se perdre ce matériel ? Dans ce cadre, on pourrait penser aux témoins qui, ayant quitté le pays par exemple, ne pourront plus être entendus. L'inculpé qui (en cas d'introduction de l'art. 36*a* c. pr. pén.) aura eu la possibilité de faire interroger ce témoin par le juge d'instruction, sans en avoir usé, ne pourra plus invoquer la violation de l'article 6, al. 3 sous *d* de la Convention européenne des droits de l'homme [15]. La force probante des indices de preuve risque en outre d'être affaiblie du fait que le temps passe. Ensuite, la possibilité pour l'inculpé de saisir le juge d'instruction pourra être également utile afin d'accélérer l'information. Lorsque ce premier souhaiterait par exemple subir un examen psychiatrique et que le ministère public refuserait sa collaboration, il n'aurait pas à attendre le moment de l'audience. Finalement, le caractère contradictoire de la phase préparatoire se trouvera renforcé par l'attribution de cette compétence à la personne suspectée. Cette dernière ne dépendra plus de sa partie adverse processuelle, le ministère public, quand elle voudra faire appel au magistrat instructeur impartial. L'intervention de ce magistrat impartial peut être demandée par l'une et l'autre des parties. Elle soutient ainsi le principe de l'équité de la procédure de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ne perdons pas de vue que l'article 6, paragraphe 1 de la CEDH a également sa signification pour l'enquête préliminaire comme en témoigne un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme [16].

D'ailleurs, le droit de l'inculpé de saisir le juge en vertu de l'article 36*a* du code de procédure pénale n'est pas illimité. Premièrement, il s'agit d'un droit qui n'appartient pas à un inculpé quelconque. Il est réservé en revanche à ceux contre lesquels une poursuite a été engagée conformément aux critères formulés par la Cour européenne des droits de l'homme, aux termes de l'article 6 CEDH (*criminal charge*). Deuxièmement, le juge d'instruction détiendra, selon la Commission, un pouvoir discrétionnaire large lui permettant de rejeter la requête, pris en considération les intérêts de l'information.

14. Rapp., p. 63-70.
15. CEDH 24 nov. 1986, A 110, affaire *Unterpertinger.*
16. CEDH 24 nov. 1993, A 275, affaire *Imbrioscia c/ Suisse.*

V. - LA PROPOSITION DU GOUVERNEMENT

En date du 23 juillet 1993, le gouvernement a déposé un projet de loi visant la révision de l'instruction préparatoire [17]. Le gouvernement, convaincu par les arguments de la Commission Moons, se prononce, lui aussi, pour le maintien de l'instruction préparatoire. Les modifications proposées par la Commission ont été reprises pour la plupart. A l'exception d'une seule toutefois : le gouvernement rejette la mini-instruction à la demande de l'inculpé, préconisée par la Commission Moons (art. 36*a* c. pr. pén.) [18]. L'argument avancé par le gouvernement est d'ordre de principe : la mini-instruction serait étrangère à notre système dans lequel c'est au procureur de décider de requérir une instruction judiciaire. L'article 36*a* du code de procédure pénale entraînerait le risque que le juge d'instruction exécutant une information à la demande d'une personne suspectée ferait échec à la politique du ministère public. Les arguments principaux du gouvernement semblent pourtant être d'ordre plutôt pratique : la nouvelle procédure augmenterait la charge des juges d'instruction et, *last but not least,* elle se prêterait à un emploi « non approprié ». Le gouvernement craint notamment que les criminels professionnels, soutenus par des avocats grassement payés, en faisant appel à l'article 36*a* du code de procédure pénale, essaient de jeter des grains de sable dans la machine de l'information en se renseignant sur les activités déployés contre eux par la police judiciaire. Le gouvernement finit par une observation rassurante en signalant que le procureur de la Reine instruira de façon bienveillante et avec soin toute demande de la défense visant l'ouverture d'une information. Puisque le procureur est un magistrat qui est censé prendre en compte également les intérêts de la défense.

Dans quelques partis politiques, le refus de la mini-instruction à la demande de l'accusé a soulevé des réactions critiques sévères au sein de l'Assemblée nationale du Parlement. Jusqu'à présent, on semble davantage attirés par l'argumentation de la Commission Moons, que la mini-instruction fournit le contrepoids nécessaire vis-à-vis des pouvoirs de la police judiciaire et du ministère public. Aussi est-il incertain de dire pour l'instant qui obtiendra gain de cause.

Toujours est-il que la situation du gouvernement n'est pas favorable, maintenant que la police judiciaire vient d'être mise en cause pour certaines activités « extra- » (c.q. anti-)légales de la police judiciaire [19] et qu'il s'est avéré que le contrôle exercé par le ministère public sur l'investigation est loin d'être parfait.

VI. - OBSERVATIONS FINALES

Le rôle joué par le juge d'instruction indépendant dans la procédure pénale néerlandaise semble moins prépondérant que par exemple dans celle d'usage

17. Projet de loi 23251 visant la réforme partielle du c. pr. pén. (révision de l'instruction judiciaire). V. comptes rendus-débats parlementaires II 1992/93, 23251, les n°s 1 et 2. Le présent article reflète la situation à la mi-juillet 1994.

18. V. § 4 de l'exposé des motifs du projet de loi, comptes rendus-débats parlementaires II 1992/93, 23251, n° 2, p. 6-8.

19. Il semble que la police judiciaire cambriole des habitations supposées être utilisées par des organisations criminelles pour examiner si une investigation complémentaire officielle (par ex. une perquisition) est justifiée !

en France. Ces dernières années, son fonctionnement soulève des critiques sévères. Le maintien de l'instruction préparatoire néanmoins ne semble pas sérieusement compromis. Nous sommes d'avis qu'il y a effectivement bon nombre d'arguments qui plaident pour. Ce qui ne nous empêche pas de signaler tout de suite que la réglementation de l'instruction préparatoire, sur le papier, a beau être impressionnant et utile, mais que son fonctionnement concret est essentiellement déterminé par l'interprétation donnée par les différentes instances impliquées (police judiciaire, ministère public et magistrat instructeur) au rôle qui leur est réservé dans la législation. Dans ce cadre, il faut en finir avec l'usage pratiqué dans bon nombre d'arrondissements qui consiste à désigner des magistrats jeunes et inexpérimentés comme juges d'instruction. C'est précisément dans l'intérêt d'une vue d'ensemble, tellement souhaitée, qu'il est d'une importance capitale que le magistrat ait de l'expérience pour pouvoir réagir adéquatement vis-à-vis du ministère public et de la police judiciaire [20]. Cette nécessité se fera davantage sentir lorsque ce sera également au juge d'instruction de décider la mise en écoute à un stade où il n'existe pas encore la suspicion d'une infraction, mais seulement la présomption d'un projet à cet effet. La seule attribution de pouvoirs au magistrat indépendant n'est pas en soi une garantie de bonne protection pour le citoyen. Le fonctionnement adéquat du juge devra être entouré de garanties solides. L'indépendance et la protection en matière de droit ne sont pas des grandeurs statiques, ce sont, au contraire, des épreuves qui, à chaque fois, demandent à être concrétisées.

20. Comp. Jean Pradel, *L'instruction judiciaire,* Paris, 1990, p. 147.

L'application de la loi pénale dans le temps (Dans la perspective du nouveau code pénal)

Gilles MATHIEU

Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille-III

Les conflits de lois pénales dans le temps soulèvent des problèmes d'une grande complexité dans la mesure où ils concernent des textes très disparates qui régissent non seulement les caractéristiques de l'infraction, la responsabilité de l'auteur et la fixation de la peine (lois de fond), mais aussi le procès pénal, depuis la phase policière jusqu'à la décision du juge et l'exécution de sa décision (lois de forme).

De nos jours, la question de l'application des lois dans le temps est d'autant plus délicate que le droit répressif se trouve confronté à une inflation législative de plus en plus accusée. Les lois font l'objet de modifications assez fréquentes et la difficulté consiste alors à déterminer la sphère d'application dans le temps de la loi nouvelle d'une part et de la loi ancienne d'autre part.

Il est clair que la loi nouvelle s'applique sans difficulté à tous les faits commis après son entrée en vigueur. Mais régit-elle également les faits délictueux qui ont été commis sous l'empire de la loi ancienne et qui seront jugés après sa promulgation ? S'applique-t-elle aussi aux procédures déjà commencées mais non encore achevées au jour de son entrée en vigueur ?

Conscients de ces difficultés les rédacteurs du nouveau code ont accordé une place importante à l'application de la loi dans le temps (art. 112-1 à 112-4). Cette approche contraste avec le code pénal de 1810 qui ne consacrait qu'un article à cette question délicate (art. 4 : « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils ne fussent commis ») et sous l'empire duquel les difficultés ont été réglées par l'œuvre jurisprudentielle. En la matière, les principes dégagés par la jurisprudence étaient différents selon qu'il s'agit d'une loi de fond ou d'une loi de forme : la loi de forme est gouvernée par la règle de l'effet immédiat [1], tandis que la loi de fond est régie par la distinction entre la loi nouvelle plus douce d'application immédiate et la loi nouvelle plus sévère non rétroactive [2].

1. Sur la notion d'effet immédiat, V. *infra* p. 15. *Add.* : Roubier, *Les conflits de lois dans le temps,* 2 vol., 1929-1933 ; 2e éd. sous le titre, *Droit transitoire,* 1 vol., 1960.

2. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel,* Cujas, t. 1, n° 239 ; Pradel, *Droit pénal général,* Cujas, n° 182 ; Robert, *Droit pénal général,* p. 162, PUF, 1992, Coll. Thémis ; Stefani, Levasseur, Bouloc, *Droit pénal général, Précis Dalloz,* n° 155. *Add.* : Vitu, *Les conflits de lois dans le temps en droit pénal,* Thèse, Nancy, 1945.

En l'état de ces solutions à la veille de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, comment qualifier l'apport de celui-ci ?

Au point de vue formel, il apparaît clairement que le législateur a voulu mettre en exergue l'importance du problème de l'application de la loi pénale dans le temps en consacrant quatre articles à cette question. Par ailleurs, il est frappant de constater que le législateur a inséré dans le nouveau code des solutions conernant aussi bien les lois de fond que les lois de forme. Or, ces dernières concernent l'organisation judiciaire, la procédure ou la compétence ainsi que l'exécution des peines et leur régime d'application dans le temps devrait, par nature, figurer dans le code de procédure pénale. Ce qui témoigne de la volonté du législateur de régler le problème dans toutes ses dimensions.

En ce qui concerne le fond, les articles 112-1 à 112-4 se contentent de codifier les solutions jurisprudentielles. Néanmoins, cette codification est accompagnée de règles variées et précises dont l'économie générale consiste à consacrer certains principes dégagés par la jurisprudence constitutionnelle ou les textes internationaux et à favorier autant que possible les solutions d'équité. La règle de la rétroactivité *in mitius,* bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité au sein de la doctrine, en constitue une parfaite illustration : c'est un principe à valeur constitutionnelle et c'est indiscutablement une solution d'équité.

Toutefois, le système institué par le nouveau code n'est pas sans failles. La principale lacune réside dans le maintien de la règle de l'application immédiate des lois de forme, qui est particulièrement critiquable. Pourquoi adopter ce régime pour les lois de procédure alors que celle-ci se trouve, au même titre que le droit pénal de fond, soumise au principe de légalité et par voie de conséquence à la non-rétroactivité des lois ? Est-il juridiquement fondé de consacrer une règle pour les conflits de lois de fond, et son contraire pour les conflits de lois de forme, alors que les domaines qu'elles régissent sont tous deux soumis au même principe, celui de la légalité ?

Outre cet aspect du problème, le nouveau code pénal suscite d'autres interrogations. Celles-ci concernent le principe de la rétroactivité *in mitius* dont la consécration expresse devrait conduire les magistrats à reconsidérer certaines questions. Il s'agit notamment des techniques d'appréciation de la mansuétude des lois nouvelles et de l'application dans le temps des textes économiques.

Pour appréhender l'ensemble du problème de l'application de la loi dans le temps, dans la perspective du nouveau code pénal, nous analyserons dans un premier temps l'économie générale du dispositif institué par les articles 112-1 et 112-4 (I) et, dans un second temps, nous soulignerons les faiblesses de ce dispositif et les questions qu'il soulève (II).

I. – L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DU DISPOSITIF INSTITUÉ PAR LE NOUVEAU CODE PÉNAL

L'économie générale du dispositif institué par le nouveau code pénal en matière d'application de la loi dans le temps obéit à une double préoccupation. Tout d'abord, il apparaît clairement que les rédacteurs du nouveau code ont voulu aligner le régime d'application de la loi pénale dans le temps sur la jurisprudence constitutionnelle et sur les normes supranationales (A). Ce

respect des principes témoigne également de la volonté du législateur de rechercher une plus grande équité dans le règlement des conflits de lois pénales dans le temps (B).

A. – *La conformité par rapport aux principes constitutionnels et internationaux*

L'influence grandissante du droit constitutionnel et des textes internationaux sur le droit pénal a incité le législateur à codifier certains principes déjà consacrés par la jurisprudence constitutionnelle ou par le droit international.

Le premier principe fondamental, qui se dégage du dispositif instauré par le nouveau code pénal en matière d'application de la loi pénale dans le temps, est celui de la non-rétroactivité. C'est un principe essentiel dont la valeur constitutionnelle a été affirmée par le Conseil constitutionnel [3] qui s'était alors fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». La non-rétroactivité est en effet le corollaire du principe de la légalité criminelle, clé de voûte du droit pénal de tout Etat de droit. Ainsi, un acte, qui échappait à la loi pénale au temps où il a été commis, ne peut pas faire l'objet de poursuite et entraîner la condamnation de son auteur, si une loi nouvelle vient à l'incriminer [4]. De même, lorsqu'un texte nouveau aggrave la répression d'un comportement, il ne rétroagit pas et le délinquant encourt la peine qui était applicable au jour où le fait délictueux a été commis. Le fondement de cette règle réside dans le souci de protéger la liberté individuelle des citoyens contre tout risque d'arbitraire.

Cette règle vient d'être rappelée de manière très nette par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 7 de la Convention [5]. Tout individu « doit savoir à l'avance quels actes et omissions engagent sa responsabilité » [6].

Il est en effet impératif que le texte appliqué à une personne poursuivie préexiste aux agissements poursuivis ou sanctionnés. L'article 112-1 du nouveau code reprend logiquement ce principe fondamental en disposant que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis » (al. 1) et « peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date » (al. 2).

Il arrive cependant que le législateur ne respecte pas le principe de non-rétroactivité. Tel fut le cas avec l'article 19 alinéa 2 de la loi du 9 septembre 1986 qui prévoyait que certaines de ces dispositions aggravantes sur la période de sûreté ne s'appliqueraient « qu'aux condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi », incluant par conséquent des faits antérieurs à celle-ci [7]. De même, la jurisprudence relative à l'application dans

3. Cons. const. déc. du 9 janv. 1980, *D.* 1980.249, note Auby ; n° 82-155 DC du 30 déc. 1982 et n° 84-181 des 10 et 11 oct. 1984, cette *Revue* 1985, p. 341. V. Favoreu, La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, *Mélanges Vitu,* 1989, p. 169 et s.

4. Exceptionnellement, notre droit admet la rétroactivité de certaines lois. Voir les lois interprétatives.

5. Arr. *Kokikinakis c/ Grèce,* 25 mai 1994, A. 260 A : *JCP* 1994.I.3742, n° 26. Pour une décision de la Cour de cassation se référant à l'article 7 de la CEDH, V. Crim. 5 juin 1980, *D.* 1981.IR.141.

6. *Ibid.,* § 52.

7. Koering-Joulin, Où il est question d'application de la loi dans le temps, *D.* 1987, Chron. p. 18. *Add.* A propos des problèmes posés par l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, Guéry, Réflexions

le temps des lois relatives aux mesures de sûreté est contraire au principe de non-rétroactivité dans la mesure où les tribunaux estiment qu'en la matière les textes sont d'application immédiate [8]. Pour justifier cette jurisprudence, on soutient que les textes sur les mesures de sûreté n'ont pas un caractère répressif mais visent à protéger la société contre l'état dangereux de certains individus et doivent par conséquent s'appliquer immédiatement. Il s'agit d'une conception inspirée des positivistes de la fin du XIXe siècle et difficilement défendable. Tout d'abord, les juristes éprouvent eux-mêmes les plus grandes difficultés à faire la distinction entre les notions de « peine » et de « mesure de sûreté ». Ainsi, la privation du permis de conduire a successivement été considérée comme une peine ordinaire [9] puis comme une mesure de sûreté [10]. La frontière entre les deux notions est donc si difficile à tracer que la règle de l'application immédiate des lois sur les mesures de sûreté risque, dans la plupart des cas, de constituer une violation du principe fondamental de non-rétroactivité. D'autre part, il convient de souligner qu'en tout état de cause les mesures de sûreté, qu'elles soient à prédominance rééducative ou à prédominance neutralisatrice [11], sont toutes coercitives et ont toutes pour effet de porter atteinte à la liberté individuelle des individus, ce qui ne saurait être admis sans qu'un texte ne le prévoit. Dès lors, c'est le principe de non-rétroactivité qui doit s'appliquer, à moins que la loi nouvelle ne soit plus douce que la loi ancienne.

On regrettera par ailleurs que le législateur n'ait pas jugé utile d'étendre le principe de non-rétroactivité (conséquence du principe de légalité) à toutes les lois répressives et donc aux lois de procédure qui continuent à obéir au système de l'application immédiate. La présomption de supériorité que les rédacteurs du nouveau code semblent accorder à la loi nouvelle de procédure n'étant pas toujours fondée [12].

Mais surtout le nouveau code pénal a le mérite d'apporter des précisions importantes conformes aux décisions constitutionnelles, en matière d'application immédiate de la loi pénale.

S'agissant des lois d'incrimination et de pénalité, il consacre un second principe d'une importance considérable, celui de l'effet immédiat des textes plus doux ou rétroactivité *in mitius,* dont la valeur constitutionnelle avait été consacrée par le Conseil constitutionnel dans une importante décision des 19 et 20 janvier 1981 [13] relative à la loi « Sécurité-liberté ». Ce principe figure également à l'article 15-1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, entré en vigueur en France le 4 février 1981 [14]. Le nouveau code pénal consolide ce principe d'essence jurisprudentielle par son article 112-1, alinéa 3 qui dispose : « ... les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

sur l'article 338 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, *D.* 1994, Chron. p. 143.

8. Crim. 18 janv. 1950, *JCP* II.5383 ; 15 oct. 1970, *Bull.,* n° 271 ; Douai, 26 janv. 1939, *JCP* 1939.II.1074.

9. Crim. 20 juill. 1960, *Bull.,* n° 358, cette *Revue,* 1961, p. 339, obs. Légal.

10. Paris 18 déc. 1980, *D.* 1981.252.

11. V. Stefani, Levasseur, Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire,* n° 288 et s.

12. V. *infra,* p. 15 et s.

13. Cons. const. déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981, *Rec.,* p. 15 ; *D.* 1982, 441, note Dekeuwer.

14. Huet, *JCP* 1987.I.3293 et *JCP* 1989.I.3378.

Désormais, on peut donc affirmer que la règle de la rétroactivité *in mitius* constitue un principe fondamental du droit pénal, de la même importance que le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle plus sévère. Ces deux principes sont aujourd'hui de rang égal. Le Conseil constitutionnel avait largement participé à l'épanouissement de la rétroactivité *in mitius,* le nouveau code la consolide malgré les réticences d'une partie de la doctrine qui considère que ce n'est pas un principe, mais tout au plus une simple exception au principe de non-rétroactivité de la loi [15].

S'agissant des lois de procédure et particulièrement pour les lois relatives au régime d'exécution des peines, l'article 112-2, alinéa 3 du nouveau code s'aligne sur la jurisprudence constitutionnelle. En effet, il exclut le principe de l'application immédiate dans les cas où sa mise en œuvre aurait pour conséquence de rendre la peine plus rigoureuse. Désormais, les lois relatives à l'exécution des peines, « lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur ». Ainsi, le législateur a marqué sa volonté d'harmoniser les nouvelles règles avec une décision du Conseil constitutionnel du 3 septembre 1986 [16] concernant la période de sûreté. En l'espèce, le Conseil s'était prononcé sur les nouvelles dispositions relatives au régime de sûreté et il avait considéré que, bien qu'elles soient relatives à l'exécution de la peine, « le régime de sûreté n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité ». Le Conseil avait en conséquence transposé à la période de sûreté les principes applicables aux lois de pénalité (lois de fond). Le nouveau code pénal généralise donc cette solution à tous les textes relatifs à l'exécution des peines. Cette règle tranche avec la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui estimait que, sauf dispositions contraires, les modalités d'exécution des peines sont soumises à l'effet immédiat de la loi nouvelle et qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que la nouveauté apportée est plus ou moins favorable au condamné [17].

Cet alignement des articles 112-1 à 112-4 du nouveau code sur la jurisprudence constitutionnelle et les textes internationaux est aussi le fruit de la recherche d'une plus grande équité dans le règlement des conflits de lois dans le temps.

B. – *La recherche de solutions d'équité*

Le souci d'équité se retrouve aussi bien à propos de l'application dans le temps des lois pénales de fond, qu'à propos de l'application dans le temps des lois pénales de forme.

1. *Quant aux lois pénales de fond*

La rétroactivité *in mitius* expressément consacrée dans le nouveau code pénal (art. 112-1, al. 3) est sans aucun doute une solution d'équité, par opposition à une pure déduction juridique. Mais la manifestation la plus éclatante

15. V. *infra,* p. 10.
16. Cons. const. déc. n° 86-215 DC, *JO* 5 sept., p. 10788.
17. Crim. 21 nov. 1984, *Bull.,* n° 364.

de cette recherche d'équité réside dans l'article 112-4, alinéa 2 ainsi rédigé : « ... la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale ». A titre d'illustration, il est désormais impératif d'arrêter l'exécution des peines prononcées pour mendicité ou vagabondage, puisque ces faits ont été dépénalisés [18]. Ce texte constitue en réalité le prolongement de la rétroactivité *in mitius* [19].

Pourtant, le principe de la rétroactivité des lois plus douces a fait l'objet de critiques. Une partie de la doctrine considère en effet que, si le principe prend en compte les intérêts de la personne poursuivie, il risque de compromettre, dans certains cas, les intérêts de l'ordre social par une application aveugle et automatique de la loi pénale plus douce à des agissements commis avant son entrée en vigueur [20]. La simple existence d'une loi nouvelle moins rigoureuse ne serait pas en soi une présomption irréfragable que les intérêts du groupe social n'exigent pas une répression aussi sévère. Et, selon ce courant doctrinal, il ne serait pas évident que l'application d'une loi plus douce à des agissements antérieurs ne puisse jamais causer un préjudice à l'ordre social. Ainsi, « il se pourrait que le législateur ait estimé opportun un certain relâchement de la répression pour l'avenir, en n'ignorant pas qu'un trouble sérieux pourrait résulter de l'impunité ou de la bienveillance dont bénéficieraient des malfaiteurs ayant commis précédemment des actes graves et qui ont réussi à se soustraire jusque-là à l'action de la justice ou à retarder le procès par des moyens dilatoires » [21].

Outre le fait que la rétroactivité *in mitius* possède désormais une valeur constitutionnelle et même supranationale, cette critique du principe ne nous paraît pas convaincante. Elle repose essentiellement sur l'idée que le principe de légalité n'a pas pour seule fonction d'assurer la protection de la liberté individuelle mais qu'il doit aussi servir à protéger l'ordre social. Toute la critique s'articule donc autour des finalités du principe de légalité d'après une approche strictement utilitaire. A notre avis, cette analyse a le défaut d'appréhender la question uniquement sous l'angle de la protection de l'ordre public qui est en effet l'une des missions du droit pénal et elle ne permet pas de saisir le problème dans toute sa dimension.

Aussi, nous pensons qu'il convient de sortir du cadre strict du droit pénal et d'appréhender le problème eu égard à la mission du droit en général (et donc du droit pénal) qui, outre la protection de l'ordre, consiste avant tout à rechercher l'idéal de justice, c'est-à-dire la recherche d'un équilibre ou la correction d'un déséquilibre. Il semble en effet indispensable d'agrémenter la réflexion juridique d'une part d'idéalisme (au sens idéal de justice). Dès lors,

18. Il ne s'agit pas d'une « rétroactivité *stricto sensu* », dans la mesure où l'article 112-4, al. 2 ne permet pas d'effacer la déclaration de culpabilité prononcée contre le condamné mais, de façon tout à fait justifiée au regard de l'équité, l'exécution de la peine est interrompue.

19. Dans le prolongement de cette idée, le législateur aurait pu envisager de régler certaines situations aux conséquences difficilement justifiables. Dans certaines hypothèses en effet, des délinquants sont punis sous l'empire de la loi ancienne à une peine déterminée. Or, il est fort possible qu'en application d'une loi nouvelle moins sévère le nouveau maximum légal soit inférieur à la peine qui a été infligée au délinquant. En vertu du principe de rétroactivité *in mitius*, il serait logique de réviser la situation de l'intéressé afin de lui appliquer une peine moins sévère. Le nouveau code pénal élude cette question, si bien que la seule solution applicable consiste à gracier immédiatement le condamné pour toute partie de la peine dépassant le nouveau maximum légal. (ex. suppression des peines d'emprisonnement contraventionnel).

20. Levasseur, Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps, *Mélanges Constant*, n° 16.

21. *Ibid.*.

en ce qui concerne la question de la rétroactivité *in mitius*, on doit se poser la question suivante : est-il juste d'appliquer des peines à une personne alors que ces peines ont été déclarées d'une sévérité excessive par le groupe social lui-même ? En somme, doit-on faire abstraction de toute réflexion fondée sur l'idée de justice ?

Nous répondons par la négative, estimant que la justice doit triompher. En l'espèce, une pure déduction juridique ne permettrait pas d'y parvenir. Aussi c'est à l'équité qu'il faut faire appel, c'est-à-dire à une conception de la justice qui se situe en dehors des règles strictes du droit positif, afin d'en modérer la rigueur [22]. La rétroactivité *in mitius* est donc une solution d'équité.

En définitive, le fondement essentiel de l'application immédiate de la loi plus douce n'est pas tant que celle-ci ne saurait porter atteinte à la liberté individuelle, c'est tout simplement le souci de trouver une solution juste. Et il ne saurait y avoir d'injustice pour le groupe social, dans la mesure où c'est lui-même qui renonce à la sanction ou qui fait preuve d'une plus grande mansuétude. On peut en effet considérer qu'en renonçant à réprimer ou en allégeant la répression il y a de sa part une sorte d'acceptation du dommage et, par voie de conséquence, une renonciation à son droit de punir non seulement ceux qui commettraient ce fait dans l'avenir, mais aussi ceux qui l'ont déjà commis alors qu'il était sanctionné. Certes, on peut objecter que la sanction pénale n'a pas tout à fait le caractère d'une réparation dans la mesure où se posent les impératifs de rétribution, d'intimidation et de prévention et qu'il n'est pas possible d'envisager une renonciation au droit de punir. Toutefois, il faut bien admettre que lorsque la peine est adoucie ou que l'infraction disparaît, c'est que l'on a estimé que l'ordre social était d'autant moins menacé. Il est donc plus conforme à l'idée que l'on se fait de la justice d'appliquer une sanction proportionnelle au dommage (ou trouble social), tel qu'il est défini par la loi actuellement en vigueur.

C'est d'ailleurs ce que le Conseil constitutionnel avait considéré dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981 [23], puisqu'il avait précisé que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle plus douce revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires » [24].

En tout état de cause, le droit transitoire devra désormais être gouverné par cette idée que la rétroactivité *in mitius* constitue un principe aussi fondamental que celui de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

2. *La recherche d'équité au regard des lois pénales de forme*

On retrouve la volonté de recourir à des solutions d'équité dans les dispositions relatives au règlement des conflits de lois de forme dans le temps.

Nous avons déjà évoqué le cas des lois relatives au régime d'exécution des peines dont l'application dans le temps est indiscutablement gouvernée par des solutions d'équité [25].

22. F. de Fontette, *Vocabulaire juridique*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1994, p. 52.
23. V. *supra*, p. 7.
24. Ce raisonnement s'articule sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».
25. V. *supra*, p. 8.

On peut encore citer à titre d'illustration l'exemple de certaines lois de forme, telles que les lois fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure (art. 112-2). En effet, en cette matière, l'application immédiate des lois nouvelles de procédure connaît une limitation importante. L'article 112-3 précise ainsi que, parmi les lois énumérées à l'article 112-2, celles « relatives à la nature et aux cas d'ouverture des voies de recours ainsi qu'aux délais dans lesquels elles doivent être exercées et à la qualité des personnes admises à se pourvoir sont applicables aux recours formés contre les décisions prononcées après leur entrée en vigueur ». Dans ces hypothèses, la loi ancienne survit donc à la loi nouvelle [26]. C'est là encore une solution d'équité qui vient de la jurisprudence, et qui concerne essentiellement les lois nouvelles supprimant une voie de recours (appel ou pourvoi en cassation) ou en modifiant le délai d'exercice ou les effets. Selon la Chambre criminelle, ces lois ne peuvent pas être opposées à ceux qui bénéficiaient de voies de recours car elles portent atteinte à un droit acquis [27]. Ainsi, à la différence des autres lois de procédure, les lois supprimant ou modifiant les voies de recours sont inapplicables aux instances en cours, que ces instances aient ou non donné lieu à une décision en premier ressort [28]. Elles ne s'appliquent qu'aux recours qui sont formés contre les décisions rendues postérieurement à leur entrée en vigueur. Dans le même esprit, la Cour de cassation rejette le principe de l'application immédiate des lois nouvelles modifiant les conditions de mise en mouvement des poursuites quand l'application immédiate a pour conséquence de faciliter la répression [29].

La recherche de solutions d'équité apparaît aussi à propos des textes relatifs à la prescription de l'action publique ou à la prescription de la peine. Avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, la jurisprudence considérait que les textes intéressant la prescription de l'action publique étaient applicables aux infractions commises avant leur promulgation sans distinguer s'ils sont favorables ou non aux intéressés. Il s'agissait donc de lois de forme [30]. Quant aux lois relatives à la prescription de la peine, elles obéissaient au régime des lois de fond [31]. Le nouveau code pénal a consacré la théorie des lois de fond, puisque son article 112-2, alinéa 4 dispose que, lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines, sauf quand elles auraient pour résultat d'aggraver la situation de l'intéressé, sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur.

Comme on peut le constater, le nouveau code pénal apporte des solutions tout à fait satisfaisantes au regard des principes fondamentaux du droit pénal et au regard de l'équité. Néanmoins, le système institué par les articles 112-1 à 112-4 n'est pas sans failles. Des lacunes apparaissent et certaines questions restent en suspens.

26. Toutefois, le principe de l'effet immédiat demeure la règle de base pour la forme des recours. Selon l'article 112-3 *in fine*, « Les recours sont soumis aux règles de forme en vigueur au jour où ils sont exercés ».

27. Crim. 27 juin 1989, *Bull.*, n° 278 ; Crim. 24 oct. 1988, *Bull.*, n° 361.

28. Pradel, *Le nouveau code pénal (partie générale)*, ALD, 1993, n° 17.

29. Crim. 23 mai 1936, *S.* 1937.I.359. Il convient de remarquer que sur ce point le nouveau code pénal est resté silencieux.

30. Crim. 4 oct. 1982, *Bull.*, n° 204 ; 16 mai 1931, *Gaz. Pal.* 1931.2.178 ; Crim. 25 oct. 1967, *Bull.*, n° 2068.

31. Crim. 26 déc. 1956, *D.* 1957, p. 126, note P.A.

II. – LES FAIBLESSES DU DISPOSITIF ET LES QUESTIONS EN SUSPENS

D'un point de vue théorique, la principale lacune du dispositif réside dans le postulat que les lois pénales de formes sont d'application immédiate [32] (A). D'autre part, au-delà de ce qui est expressément prévu par les textes, il convient de s'interroger sur certains points demeurés sans réponse (B).

A. – *La règle de l'application immédiate des lois de forme*

Dans le prolongement de la jurisprudence qui s'est développée sous l'empire du code de 1810, le nouveau code consacre la règle de l'application immédiate des lois de forme. Elle s'applique avec une plus grande rigueur pour les lois de compétence, d'organisation judiciaire et de procédure *stricto sensu* [33]. Cette solution repose sur le postulat que les lois de forme ont pour but d'assurer une meilleure administration de la justice pénale et que par conséquent elles sont présumées faites dans l'intérêt de l'individu autant que dans celui de la société. Or, cette considération ne se justifie pas toujours.

De fait, non seulement le principe de l'application immédiate des lois de procédure ne repose pas sur un fondement théorique toujours vérifiable, mais en plus il ne nous paraît pas conforme à l'esprit qui doit animer les règles de procédure pénale, à savoir le souci de protéger la personne poursuivie au regard des enjeux extrêmement importants qui se jouent dans le cadre du procès pénal.

En effet, nous pensons comme d'autres auteurs, que la procédure pénale doit, au même titre que le droit pénal de fond, être soumise au principe de légalité et par voie de conséquence à ses corollaires. Cette considération d'ordre théorique devant toutefois être tempérée eu égard à certaines considérations d'ordre pratique.

1. *Considérations d'ordre théorique*

Les règles de procédure émanent du code de procédure pénale qui, pour reprendre l'expression de Garçon à propos du code d'instruction criminelle, est le « code des honnêtes gens ». Le but des règles de procédure est en effet de protéger les citoyens contre tout risque d'arbitraire de la part des pouvoirs publics. C'est pourquoi, la procédure est soumise au principe de légalité.

Dès lors, comment justifier l'application immédiate des lois de forme ? Sommes-nous certains que chaque modification de la procédure aboutit à un perfectionnement du procès, bénéficiant aussi bien à la personne poursuivie qu'au groupe social ?

Nous avons vu que le nouveau code pénal avait prévu des limites importantes à la règle de l'application immédiate pour certaines lois de forme [34].

32. Il convient de souligner que la notion d'application immédiate est distincte de celle de rétroactivité. L'article 112-4, al. 1er rappelle en effet que « l'application immédiate est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne ». Cette règle permet d'éviter que l'application d'une loi nouvelle n'entraîne la nullité des actes régulièrement accomplis sous l'empire de la loi antérieure.

33. Application immédiate à condition, toutefois, que l'affaire n'ait déjà subi, sur le fond, l'épreuve d'un jugement en premier ressort (art. 112-2 NCP).

34. V. *supra*, p. 8 et s.

Mais toutes ne font pas l'objet de telles exceptions. Tel est le cas d'une grande partie des lois sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure (*stricto sensu*).

Or, il est inadmissible qu'en cette matière l'on applique le principe de légalité, mais pas son corollaire, la non-rétroactivité de la loi. Il est en effet indispensable de protéger avec une particulière acuité les intérêts de la personne poursuivie car les enjeux sont de taille. Il convient d'avoir présent à l'esprit que la question qui se trouve au cœur de la procédure pénale est celle de l'innocence. Et, même dans l'hypothèse où la personne poursuivie aurait avoué avoir commis l'infraction, elle demeure présumée innocente. Certes, on pourra toujours discuter de l'effectivité de cette présomption, mais il n'en reste pas moins qu'elle fait l'objet d'une protection de plus en plus renforcée. En témoigne par exemple le nouvel article 9-1 du code civil qui protège la présomption d'innocence.

Par ailleurs, au-delà de la question de l'innocence qui se trouve au cœur du débat, c'est aussi l'honneur d'une personne qui peut être entaché. Une garde à vue, par exemple, peut suffire à semer le doute dans l'entourage de la personne et plus largement dans l'opinion publique. Alors, que dire d'une mise en examen, d'une incarcération provisoire ou encore de la condamnation d'un innocent ? « Il n'y a pas de fumée sans feu », dit-on. En outre, les conséquences de tels actes de procédure sont souvent dramatiques, tant au regard de la situation familiale que professionnelle ou sociale de l'intéressé. Enfin, ce sont les libertés des individus qui sont directement concernées, qu'il s'agisse de la liberté d'aller et de venir ou de la vie privée.

C'est pourquoi il convient d'être prudent et d'entourer la procédure d'un maximum de garanties. Par voie de conséquence, l'application immédiate d'une loi nouvelle de procédure, qui en pratique diminue ces garanties, n'est pas légitime [35].

Aussi, on regrettera que les rédacteurs du nouveau code pénal n'aient pas jugé utile de créer un véritable « bloc du principe de légalité », englobant non seulement les lois relatives aux incriminations et aux pénalités, mais aussi toutes les lois de forme.

On aurait un système plus cohérent qui permettrait de régler selon les mêmes principes les différents conflits de lois pénales dans le temps. Pour les lois de forme le principe serait que la loi applicable est celle du jour de commission de l'infraction [36], mais dans le cas où elle engendrerait plus de garanties pour la personne poursuivie elle recevrait alors une application immédiate. Il est vrai que dans certaines hypothèses la loi nouvelle de procédure ne renforcera pas les garanties, mais que tout au plus elle permettra à la personne poursuivie de bénéficier d'un régime plus clément. Dans ce cas, eu égard à la recherche d'équité, la loi nouvelle doit s'appliquer immédiatement (tel est le cas par exemple des lois sur l'exécution des peines).

35. Levasseur, Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de la légalité, *Mélanges Hugueney*, p. 13 et s.

36. La situation juridique de la personne poursuivie s'est en effet constituée au jour de l'infraction, le jugement ultérieur se contentant d'être d'une part déclaratif, c'est-à-dire de constater le délit et d'autre part impératif, par le prononcé d'une sanction. V. Levasseur, *op. cit.*, p. 192 et s. ; Merle, *Droit pénal général complémentaire*, 1957, 33. Comp. Roubier, qui estime que la loi applicable doit être celle en vigueur au jour où la juridiction est saisie, car c'est à ce moment que s'est cristallisée la situation, *op. cit.*, II, n° 131, p. 565.

2. *Considérations d'ordre pratique*

Il faut bien admettre que, pour des raisons techniques, il n'est pas toujours possible d'appliquer la règle de la survie de la loi ancienne, même si celle-ci est plus favorable à la personne poursuivie que la loi ancienne.

A titre d'illustration, la loi du 4 janvier 1993 avait, pour la période du 1er mars au 31 décembre 1993, institué un « juge délégué » compétent pour se prononcer sur le placement d'une personne en détention provisoire ou pour prolonger cette mesure [37]. La loi du 24 août 1993 a ensuite abrogé ces dispositions et redonné compétence au juge d'instruction pour statuer en matière de détention provisoire dans les conditions et selon les modalités qui existaient avant le 1er mars 1993 [38]. Supposons que les tribunaux amenés à statuer sur ce problème considèrent que la suppression du juge délégué entraîne une diminution de garantie pour la personne mise en examen [39] : est-il alors techniquement possible de considérer que les personnes poursuivies pour une infraction commise avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993 relèvent, pour tout ce qui concerne la détention provisoire, de la compétence du juge délégué, alors que les autres relèvent de la compétence du juge d'instruction ?

Il est bien évident que cela engendrerait un désordre considérable au sein de l'institution judiciaire et que, pour des raisons pratiques et techniques, on peut difficilement mettre en œuvre une solution de ce type, notamment pour les lois de compétence. Indiscutablement, cela constituerait une entrave à la bonne administration de la justice.

Toutefois ces problèmes pratiques ne doivent pas remettre en cause l'idée que, de façon générale et dès que cela est possible, les lois de forme doivent obéir aux mêmes règles que les lois de fond. Implicitement, nous l'avons vu, les lois sur l'exécution des peines ou celles sur l'exercice des voies de recours sont assimilées à des lois de fond, de même que les lois sur la prescription.

Dès lors, pourquoi ne pas étendre cette approche à toutes les lois de forme, dès que cela est techniquement possible ? Une parfaite illustration en est l'application dans le temps des règles relatives aux modes de preuve.

A notre avis, la jurisprudence actuelle, qui applique en la matière la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle, ne se justifie pas. Selon cette jurisprudence, le droit de la preuve doit être régi par la loi en vigueur au jour où la preuve doit être fournie, étant précisé que les preuves préconstituées conservent la valeur probatoire que leur attachait la loi en vigueur au jour de leur accomplissement [40]. Une partie de la doctrine approuve cette solution en soutenant qu'en tout état de cause il n'est pas aisé de rechercher quelle est la réglementation la plus favorable à l'intéressé [41].

Selon d'autres auteurs, les dispositions relatives à la preuve doivent être assimilées à des lois de fond et donc soumises, comme ces dernières, à la

37. A compter du 1er janvier 1994, c'est une « chambre d'examen » qui aurait dû être compétente en la matière.

38. Le Gunehec, La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, *JCP* 1993.I.3720, n° 94.

39. Dans l'esprit des rédacteurs de la loi du 4 janvier 1993, le juge délégué puis surtout la « chambre d'examen » constituaient de véritables garanties.

40. Crim. 15 déc. 1992, *Bull.* n° 414 ; 6 déc. 1973, *Bull.*, n° 454.

41. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, n° 266.

distinction des lois plus douces et plus sévères [42]. Cette conception nous paraît beaucoup plus convaincante que la première car, s'il est vrai qu'il peut s'avérer difficile d'apprécier la plus ou moins grande mansuétude de la nouvelle réglementation sur la preuve, cela ne doit pas constituer un obstacle à l'assimilation des règles de preuve aux règles de fond. En effet, même pour les lois de fond *stricto sensu,* on se heurte à la question de la détermination du caractère plus ou moins doux de la loi nouvelle [43] et on n'a pas pour autant évacué le problème en décidant que, du fait de cette difficulté, le principe de l'application immédiate s'imposait.

Les dispositions relatives à la preuve devraient donc être d'application immédiate dès lors qu'elles établissent un mode de preuve plus facile pour le prévenu ou suppriment une présomption qui lui est défavorable... Inversement, la loi ancienne devrait être maintenue si le nouveau texte dénie à l'intéressé le bénéfice d'une preuve ou crée une présomption contre lui.

En définitive, d'un point de vue théorique, nous pensons que les conflits de lois de forme dans le temps doivent obéir aux mêmes principes que les conflits de lois de fond, avec cette nuance que des difficultés d'ordre technique peuvent justifier dans certains cas limitatifs (particulièrement en ce qui concerne les lois de compétence) le principe de l'application immédiate, ceci en vue de ne pas entraver la bonne administration de la justice.

Mais, en tout état de cause, la règle de l'application immédiate des lois de forme ne se justifie pas, dès lors que l'on considère que tout le droit répressif doit être soumis au principe de légalité, qu'il s'agisse des règles de fond ou des règles de procédure. C'est là que se situe la principale lacune du dispositif institué par le nouveau code pénal qui laisse, par ailleurs, certaines questions en suspens.

B. – *Les questions en suspens*

Les principales interrogations concernent le problème de la rétroactivité *in mitius.* En effet, la consécration de ce principe par le nouveau code pénal amène à se demander si, dans l'avenir, la jurisprudence ne risque pas de modifier son analyse eu égard à deux questions assez controversées.

Il s'agit tout d'abord du problème des techniques mises en œuvre par les magistrats pour apprécier la plus ou moins grande sévérité (ou mansuétude) des dispositions de fond. Il s'agit ensuite de l'application dans le temps des textes économiques plus doux.

1. *Les techniques d'appréciation de la mansuétude des lois*

C'est à propos des lois complexes que s'est posé le problème du bien-fondé des techniques mises en œuvre par les magistrats. En effet, il arrive que les techniques appliquées pour comparer la plus ou moins grande mansuétude des lois en concours aboutissent à des solutions paradoxales.

L'exemple traditionnellement utilisé pour illustrer l'hypothèse des lois complexes est celui de la loi du 26 mars 1891, dite loi Bérenger, qui en même temps qu'elle avait institué le sursis à l'exécution de certaines peines avait créé

42. Levasseur, Un problème d'application de la loi pénale dans le temps, cette *Revue,* 1966, p. 1 et s. ; Opinions hétérodoxes..., *op. cit.,* p. 238 et s. ; Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie,* II, n° 1693.

43. V. le problème des lois complexes, *infra,* p. 21.

la petite récidive correctionnelle, cause d'aggravation de la peine. Devant ce type de texte, la question se pose de savoir comment trancher le problème de l'application de la loi dans le temps. S'agit-il d'une loi plus douce ou moins douce que la loi ancienne ?

Dans la pratique, la jurisprudence opère une distinction selon que la loi nouvelle contient des dispositions divisibles ou indivisibles. Si la loi est divisible, seules les parties plus douces rétroagissent. Ainsi, dans la loi Bérenger, les dispositions relatives au sursis (dispositions plus douces) ont été appliquées aux délinquants primaires auteurs de faits délictueux antérieurs à la loi, tandis que celles qui aggravaient la peine pour cause de récidive (dispositions plus sévères) n'ont pas été appliquées aux faits antérieurs à sa promulgation. La même solution a été appliquée à propos de la loi du 23 décembre 1980 sur le viol et les attentats à la pudeur.

Le problème concerne en réalité les lois indivisibles. Selon la doctrine, une loi est divisible lorsqu'elle porte sur des objets distincts ou comporte des domaines d'application bien distincts [44]. Une loi est donc indivisible lorsque ses dispositions forment un bloc indissociable. Pour apprécier la plus ou moins grande mansuétude d'une loi indivisible, la jurisprudence prend en considération la disposition principale ou l'ensemble du texte. En effet, le juge considère toute la loi ou sa disposition principale pour savoir si elle est plus sévère ou plus douce que la loi ancienne. Ainsi relativement à la loi du 17 juillet 1970 sur le sursis, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les modifications « ayant eu notamment pour objet de faciliter l'octroi du sursis et d'en réduire les cas de révocation forment un tout dont les éléments ne sauraient être séparés et qui, considérées dans leur ensemble, sont plus favorables au prévenu que la législation précédente ». Dès lors, la haute juridiction a décidé que les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 étaient applicables dans leur totalité, dès leur entrée en vigueur, même aux infractions commises antérieurement [45]. Par voie de conséquence, les prévenus se sont vu appliquer la partie la plus sévère de la loi nouvelle. En définitive, au nom de l'application de la loi plus douce, on en arrive paradoxalement à priver les prévenus d'une indulgence. C'est la conséquence de la méthode d'appréciation dite *in abstracto* de la loi nouvelle indivisible.

Cette jurisprudence présente indiscutablement de nombreux points faibles et une partie de la doctrine préconise, à juste titre, de recourir à la solution de l'appréciation *in concreto* [46]. Il paraît en effet plus conforme à l'équité de rechercher à quelles conséquences précises conduirait, dans chaque cas d'espèce, l'application successive des deux lois en présence et de choisir celui des résultats qui est le moins sévère [47].

La mise en œuvre du nouveau code pénal soulèvera inévitablement ce problème, car nombreuses y sont les dispositions de caractère complexe [48].

44. Merle et Vitu, *op. cit.*, n° 243 ; Légal, obs. cette *Revue,* 1962, p. 92.

45. Crim. 5 juin 1971, *Bull.* n° 180, cette *Revue,* 1972, p. 97, obs. Légal.

46. Villey, *S.* 1885.1.401 ; Roubier, *Droit transitoire,* 1960, p. 502 ; Légal, *op. cit.,* Vitu, *Des conflits dans le temps en droit pénal,* thèse Nancy, 1945, p. 140 et s.

47. Dans certains cas, le système de l'appréciation *in concreto* est totalement impossible à mettre en œuvre. Ainsi, la loi du 17 juillet 1970 instituant le sursis partiel, voie tierce qui n'a pas son équivalent dans les textes antérieurs, à la fois plus sévère (par rapport au sursis total) et plus douce (par rapport à la peine ferme). V. Vitu, note, *JCP* 1972.II.17039.

48. Pour des exemples de dispositions complexes dans le nouveau code pénal, voir AL Bcheraoui, Du caractère plus doux ou plus sévère de certaines dispositions du nouveau code pénal, *JCP* 1994.I.3767.

Selon la solution retenue le principe de non-rétroactivité sera mis en œuvre ou, inversement, le principe concurrent de rétroactivité *in mitius* l'emportera. Il nous semble néanmoins essentiel que la jurisprudence adopte, chaque fois que cela est possible, le système de l'appréciation *in concreto* comme solution des conflits de lois complexes dans le temps, de sorte que l'équité soit respectée.

2. – *Le problème des lois économiques*

La seconde interrogation concerne le problème de l'application dans le temps des lois économiques. En effet, avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et par conséquent le renforcement de la règle de la rétroactivité *in mitius* par l'article 112-1, alinéa 3, on peut se demander si, en cette matière, la jurisprudence ne fera pas l'objet d'un revirement attendu par la plupart des auteurs. Pendant plusieurs années les tribunaux ont refusé d'appliquer la rétroactivité *in mitius* aux lois relatives à la réglementation économique, fiscale ou douanière, et la Chambre criminelle de la Cour de cassation considérait « qu'il est de principe que les textes réglementaires en matière économique et fiscale ne rétroagissent pas à moins de dispositions contraires formellement exprimées » [49]. Certains auteurs ont tenté de justifier cette jurisprudence en soutenant que l'application immédiate des lois nouvelles plus douces ne visait que les « dispositions but » réalisant un changement de politique criminelle, mais pas les « dispositions moyens », tels les textes relatifs au régime des prix qui visent simplement à une meilleure adaptation technique d'un but inchangé [50]. Par la suite, la jurisprudence a adopté une nouvelle approche à la faveur d'affaires portant essentiellement sur l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix qui a abrogé les deux ordonnance du 30 juin 1945. La Chambre criminelle a en effet affirmé « qu'en l'absence de dispositions contraires expresses une loi nouvelle, même de nature économique, lorsqu'elle abroge une incrimination pénale, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés » [51]. La même solution a été consacrée lorsque le texte nouveau prévoit des peines plus douces pour une ou des incriminations déterminées [52]. Toutefois, comme l'a justement souligné un auteur, l'incidente « en l'absence de dispositions contraires » formulée par la Cour de cassation n'est pas conforme à l'article 15-1 du Pacte international sur les droits civils et politiques [53]. Selon lui la haute juridiction devrait abandonner cette incidente et donner ainsi une portée générale au principe de l'application immédiate des lois nouvelles plus douces [54].

On peut désormais ajouter que la consécration par le nouveau code de la rétroactivité *in mitius* devrait renforcer dans l'esprit des magistrats l'idée que ce principe a une portée générale et doit s'appliquer sans aucune restriction.

Add. Crim. 6 avr. 1994, *Bull.*, n° 137 ; Crim. 7 avr. 1994, *Bull.*, n° 141 ; Crim. 16 mai 1994, *Bull.*, n° 183 ; Crim. 18 mai 1994, *Bull.*, n° 187 ; Crim. 25 mai 1994, *Bull.*, n° 198 ; Crim. 25 mai 1994, *Bull.* n° 199.

49. Crim. 15 juin 194, *DC*, 1944.116, *Gaz. Pal.* 1958.II.218 ; Crim. 10 nov. 1970, *Bull.*, n° 293 ; Crim. 1er juin 1981, *Bull.*, n° 179 ; Pradel et Varinard, n° 12. V. Borricand, La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale, *D.* 1978, Chron. p. 275.

50. Vienne, Le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il être considéré comme absolu ? *JCP* 1974.I.718.

51. Crim. 23 févr. 1987, *Bull.*, n° 87 et 88, cette *Revue*, 1987, p. 715 ; 7 déc. 1987, *D.* 1988.477 note Roujou De Boubée ; 6 juin 1988, *Bull.*, n° 251.

52. Crim. 16 févr. 1987, *Bull.*, n° 73 ; 16 mars 1987, *Bull.*, n° 126 ; 27 avr. 1987, *Bull.*, n° 165.

53. Huet, *op. cit.*

54. *Ibid.*

L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993

Claude ARRIGHI

Président de chambre à la Cour d'appel de Bordeaux

La loi n° 92-2 du 4 janvier 1993 a profondément modifié la procédure pénale dans le sens d'une garantie accrue de la liberté individuelle et d'un renforcement de la présomption d'innocence et des droits de la défense. Les aspects principaux de ce nouveau texte sont l'accroissement du contrôle judiciaire sur la phase d'enquête, le renforcement des droits des parties tant au cours de l'instruction qu'au niveau du contrôle de la régularité de la procédure ainsi qu'une réforme radicale du régime de placement en détention provisoire [1].

On pouvait légitimement craindre que l'accroissement des droits des parties soit l'occasion de susciter des demandes inutiles ou dilatoires. Il était donc nécessaire de prévoir des mécanismes propres à éviter de tels abus.

Le législateur aurait pu confier cette tâche à la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré, qui connaît des appels des ordonnances du juge d'instruction et contrôle la régularité de la procédure. Cependant, le caractère collégial de cette formation, la pesanteur de la procédure qui est suivie devant elle, notamment au niveau des délais, ne lui permettent pas de faire face avec suffisamment de rapidité à des demandes abusives. C'est pourquoi le législateur a préféré confier ce rôle au président de la chambre d'accusation en augmentant ses pouvoirs propres. Ces pouvoirs, apparus en 1958 avec le code de procédure pénale, ont donné au président de la chambre d'accusation compétence pour contrôler l'activité des juges d'instruction. Ils se sont élargis et diversifiés avec le temps [2]. La loi du 4 janvier 1993 fait désormais du président de la chambre d'accusation un véritable régulateur de la procédure.

1. J. Boyer, Présentation de la Loi 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale : *JCP* 1993, *Actualités*, 6.

2. Parmi les principaux : art. 141-2 (L. 70-463 du 17 juill. 1970) donnant pouvoir au président de la chambre d'accusation de ramener à exécution les ordonnances de prise de corps dans l'intervalle des sessions d'assises. Art. 186, al. 8 et 181, al. 3 (L. 72-1126 du 29 déc. 1972) instituant un contrôle de recevabilité et d'opportunité de certains appels. Art. 706 (L. 75-701 du 1er août 1975) concernant la saisine du juge d'instruction du tribunal spécialisé pour connaître des affaires économiques et financières. Art. 225 (L. 72-78 du 27 juill. 1978) concernant la saisine de la chambre d'accusation dans le cadre du contrôle de l'activité des officiers et agents de police judiciaire. Art. 148-8 (L. 85-1407 du 30 déc. 1985) concernant la recevabilité des demandes présentées directement à la chambre d'accusation en matière de détention provisoire et de contrôle judiciaire. Art. 221-1 (L. 87-1062 du 30 déc. 1987)

La loi n° 93-1013 du 24 août 1993, qui est revenue sur certains aspects particulièrement critiqués de la loi du 4 janvier 1993 [3] notamment en matière de détention provisoire, a confié en outre au président de la chambre d'accusation un rôle de protecteur de la liberté individuelle en lui permettant d'accorder un caractère suspensif à l'appel interjeté en matière de placement en détention provisoire.

I. – LE PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION, RÉGULATEUR DE LA PROCÉDURE

La loi du 29 décembre 1972 et celle du 30 décembre 1985 avaient donné au président de la chambre d'accusation un pouvoir de contrôle de la recevabilité des appels des ordonnances du juge d'instruction et de certaines demandes présentées directement à la chambre d'accusation en matière de détention provisoire. Ces pouvoirs allaient même jusqu'à un contrôle de l'opportunité de l'appel en ce qui concerne les ordonnances ayant statué en matière d'expertise.

A. – *Le contrôle de recevabilité et d'opportunité*

Selon la formule classique, le juge d'instruction est maître de la conduite de l'information. Le principe exprimé par l'article 81 du code de procédure pénale selon lequel le juge d'instruction procède conformément à la loi à tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité a été maintenu par la loi du 4 janvier 1993 et par celle du 24 août 1993.

La loi abandonne à la conscience du juge l'appréciation de l'utilité et de l'opportunité des actes auxquels il procède ou fait procéder, sauf l'obligation lorsqu'il refuse une mesure requise ou sollicitée de rendre une ordonnance motivée. Ce principe n'avait de limites que le respect des règles de procédure, une obligation générale de loyauté et de respect des droits de la défense ainsi que le pouvoir de la chambre d'accusation d'annuler les actes d'instruction irréguliers.

Dans sa rédaction résultant de la loi 72-1226 du 29 déc. 1972, l'article 186-1 du code de procédure pénale prévoyait déjà que l'inculpé et la partie civile pouvaient relever appel des ordonnances prévues par l'article 156, 2e alinéa (ordonnance de refus d'expertise), 159, 2° alinéa (ordonnance décidant de désigner un expert unique), et 167, 4° alinéa (ordonnance de rejet de complément d'expertise ou de contre-expertise). Le président de la chambre d'accusation se voyait investi d'un pouvoir de contrôle de recevabilité et d'opportunité de ces appels. Il était prévu que la procédure devait lui être communiquée avec l'avis du procureur de la République et que dans les huit jours de la réception du dossier il devait décider par une ordonnance non motivée, non susceptible de voie de recours, s'il y avait lieu ou non de saisir la chambre d'accusation de cet appel. Ce qui impliquait nécessairement un examen du bien-fondé de l'appel. Dans le cas où il décidait de saisir la chambre d'accusation, le dossier était transmis au procureur général qui procédait conformément à l'article 194. Sinon, il ordonnait que le dossier de l'information soit retourné au juge d'instruction afin qu'il poursuive l'information. La loi 85-1407 du 20 décembre 1985 avait supprimé de l'énumération donnée par l'article 186-1 les ordonnances prévues par l'article 159,

donnant pouvoir au président de la chambre d'accusation de saisir cette chambre en cas d'inertie du juge d'instruction.

3. F. Le Gunehec, la loi du 24 août 1993 : Un rééquilibrage de la procédure pénale, *JCP* 1993, 1, n° 3720. J. Pradel, Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi 93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste ?, *D.*1993, 1, p. 299 à 309.

2e alinéa, tout en maintenant sans changement les pouvoirs du président de la chambre d'accusation.

La loi du 4 janvier 1993 a considérablement accru les droits des parties dans la phase d'instruction en leur reconnaissant une faculté d'initiative en ce qui concerne les mesures d'investigation. Cet aspect de la réforme, bien qu'il ait été vivement critiqué, a été intégralement maintenu par la loi du 24 août 1993.

– L'article 81, 10e alinéa du code de procédure pénale prévoit que le juge d'instruction peut être saisi désormais par les parties d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il prescrive un examen médical, un examen psychologique ou à ce qu'il ordonne toute mesure utile. L'article C 81-12 de la circulaire d'application du 1er mars 1993 précise que ces examens et mesures ne peuvent concerner que la personne mise en examen.

– L'article 82-1 du même code prévoit que les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux ou à ce qu'il soit ordonné la production par une des parties d'une pièce utile à l'information.

Dans l'un comme l'autre cas, le juge d'instruction doit, s'il n'entend pas faire droit à la demande, rendre une ordonnance motivée dans le délai d'un mois à compter de la réception de la requête. Cette décision est susceptible d'appel. Dans ce cas, le dossier est transmis au président de la chambre d'accusation qui décide par ordonnance motivée s'il y a lieu de saisir la chambre d'accusation dans les conditions prévues par l'article 186-1, dont les termes n'ont pas été modifiés, sauf que désormais l'ordonnance du président de la chambre d'accusaiton doit être motivée. Il peut en outre déclarer cet appel suspensif.

Si le juge d'instruction n'a pas statué dans le délai d'un mois, la partie peut saisir directement le président de la chambre d'accusation, qui statue et procède conformément aux 3e, 4e et 5e alinéas de l'article 186-1. Cette disposition peut néanmoins soulever des difficultés, dans la mesure où l'absence d'ordonnance de rejet du juge d'instruction dans le délai d'un mois à compter de la demande présentée en application de l'article 81, 9e alinéa ou de l'article 82-1, 2e alinéa implique qu'il entend y faire droit et où le texte, tenant compte des nécessités de l'instruction et du principe selon lequel le juge d'instruction procède aux diverses opérations de l'information dans l'ordre et au moment qu'il estime opportun, ne fixe aucun délai au juge pour procéder à la mesure demandée. L'article C 82-1-5 de la circulaire d'application du 1er mars 1993 tente de résoudre cette difficulté en préconisant que, si le juge d'instruction entend faire droit à la demande mais différer l'acte au-delà du délai de un mois prévu, il en informe le requérant afin qu'il soit en mesure d'apprécier s'il doit ou non saisir le président de la chambre d'accusation.

Les ordonnances du président de la chambre d'accusation prises en application des articles 81, dernier alinéa et 82-1, bien que devant être motivées, ne sont pas susceptibles de voies de recours.

La Chambre criminelle avait décidé que, si la Cour de cassation était en mesure de s'assurer que le président de la chambre d'accusation a statué sur l'appel d'une des ordonnances prévues par l'article 186-1, le pourvoi formé contre l'ordonnance du président de la chambre d'accusation devait être déclaré irrecevable en application de l'alinéa 3 de cet article. Cette jurisprudence sera probablement maintenue [4].

Le groupe de travail mis en place par la Chancellerie, malgré les critiques émises contre les dispositions prévues par les articles 82-1 et 81, 10e alinéa, avait proposé leur

4. Notamment Cass. crim. 6 juin 1973, *Bull. crim.*, n° 273 ; Cass. crim. 22 déc. 1975, *ibid.*, n° 293 ; cette *Revue*, 1976, p. 745, obs. J. Robert ; Cass. crim. 27 mai 1986, *ibid.*, n° 174.

maintien sous réserve de la mise en place de mécanismes régulateurs propres à en éviter un usage abusif notamment en soumettant les demandes d'actes au même formalisme que les demandes de mise en liberté, de la faculté pour le juge d'instruction de poursuivre son information malgré le dépôt d'une requête et de la suppression de l'obligation de motiver l'ordonnance du président de la chambre d'accusation décidant de ne pas saisir cette chambre d'une demande d'acte à laquelle le juge d'instruction n'a pas fait droit, dans la mesure où cette ordonnance n'est pas susceptible de voies de recours. La loi du 24 août 1993 n'a que partiellement suivi ces recommandations en maintenant dans leur intégralité les droits reconnus aux parties en application des articles 92-1 et 81, 10e alinéa et en se bornant à prévoir que les requêtes présentées en application de ces articles seront soumises au formalisme prévu par l'article 148-6.

La requête doit faire l'objet d'une déclaration au greffe de la chambre d'accusation. Elle est constatée et datée par le greffier qui la signe ainsi que le demandeur ou son avocat. Lorsque le demandeur ou son avocat ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente (il semble qu'il faille entendre ici le ressort de la cour d'appel dès lors que la chambre d'accusation y étend sa compétence), la déclaration au greffe peut être faite au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Lorsque la personne mise en examen est détenue, la requête peut également être faite au moyen d'une déclaration auprès du chef d'établissement, ce document étant adressé sans délai en original ou en copie et par tout moyen au greffe de la chambre d'accusation. Ce formalisme présente l'avantage de donner une date certaine à la demande.

On peut enfin considérer que les dispositions de la loi du 24 août 1993, qui a modifié l'article 187 du code de procédure pénale en prévoyant que, lorsqu'il est interjeté appel d'une ordonnance autre que d'une ordonnance de règlement, le juge d'instruction poursuit son information sauf décision contraire du président de la chambre d'accusation, constituent un complément de ses pouvoirs en matière de contrôle de l'opportunité des appels.

Cette décision n'est pas susceptible de voies de recours. Il en résulte qu'il appartient désormais au président de la chambre d'accusation et non plus à la chambre d'accusation, qui en pratique ne peut se prononcer avant l'audience au cours de laquelle l'appel est examiné au fond, d'ordonner la suspension de l'instruction. S'il lui apparaît que le recours est susceptible d'être accueilli et si son admission lui semble incompatible avec la continuation de l'information, il en ordonnera la suspension.

En l'absence de décision de suspension, il appartiendra au juge d'instruction d'apprécier les conditions dans lesquelles son instruction peut se poursuivre et rien ne lui interdit, s'il apparaît que le recours formé par une partie a un caractère dilatoire, de prendre une ordonnance de règlement. La circulaire du 24 août 1993 précise d'ailleurs dans son article 3-2-7 que le juge d'instruction demeure compétent même en cas de suspension ordonnée par le président de la chambre d'accusation pour procéder à des actes urgents.

B. – Le contrôle de recevabilité

La loi 72-1226 du 29 décembre 1972 avait donné au président de la chambre d'accusation un pouvoir de contrôle de recevabilité en matière d'appel des ordonnances du juge d'instruction. Ce pouvoir a été maintenu par la loi du 4 janvier 1993 qui l'a étendu aux requêtes présentées en matière de nullité.

1. En ce qui concerne l'appel des ordonnances du juge d'instruction autres que celles rendues en matière d'expertise, l'article 186 du code de procédure pénale prévoyait que, si le président de la chambre d'accusation constatait qu'il avait été fait appel d'une ordonnance non visée aux alinéas 1 à 3 de cet article, il devait rendre d'office

une ordonnance de non-admission qui n'était pas susceptible de recours. La loi du 4 janvier 1993 a maintenu cette disposition sans changement. Il convient simplement de noter qu'elle permet désormais à la personne mise en examen de relever appel de l'ordonnance la plaçant sous contrôle judiciaire ou modifiant les obligations auxquelles elle est soumise dans ce cadre.

2. En ce qui concerne les nullités de l'instruction, la loi du 4 janvier 1993 avait introduit deux innovations : d'une part en dressant une liste de nullités textuelles, d'autre part en donnant aux parties la faculté de saisir la chambre d'accusation de requêtes en annulation tout au long de l'information, en contrepartie de quoi l'ordonnance de règlement purge les vices de la procédure.

Cette partie de la réforme a été vivement critiquée notamment en ce qu'elle pouvait encourager les personnes mises en examen détenues à soulever continuellement des nullités pour retarder l'instruction et obtenir finalement leur mise en liberté avant la fin de la procédure [5]. La loi du 24 août 1993 a supprimé la liste des nullités textuelles mais a maintenu les autres dispositions de la réforme.

L'article 173 du code de procédure pénale prévoit désormais que, si l'une des parties (autre que le juge d'instruction ou le procureur de la République qui conservent leurs prérogatives anciennes) estime qu'une nullité a été commise, elle saisit la chambre d'accusation par requête motivée, dont elle adresse copie au juge d'instruction qui transmet le dossier de la procédure au président de la chambre d'accusation. Ces dispositions ne sont pas applicables aux actes de procédure qui peuvent faire l'objet d'un appel de la part des parties et notamment les décisions rendues en matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire.

Dans les huit jours de la réception du dossier par le greffe de la chambre d'accusation, le président peut par ordonnance non susceptible de recours constater que la requête est irrecevable en application des articles 174, 1er alinéa (moyens de nullité non soulevés lors d'une précédente requête alors que les parties pouvaient les connaître) et 175, 2e alinéa (requête présentée après l'expiration du délai de vingt jours à compter de l'envoi de l'avis prévu par l'alinéa 1er de l'article 175) et lorsque la requête tend à l'annulation d'un acte de procédure pouvant faire l'objet d'un appel (art. 173 alinéa 4). La loi du 24 août 1993 a ajouté que le président de la chambre d'accusation peut également constater que la requête est irrecevable si elle n'est pas motivée. Ce texte soumet encore, à peine d'irrecevabilité, la requête à un formalisme inspiré de celui prévu par les articles 148-6 et 81 dernier alinéa.

S'il constate l'irrecevabilité de la requête, le président de la chambre d'accusation ordonne que le dossier de l'information soit renvoyé au juge d'instruction. Dans le cas contraire il le transmet au procureur général qui le met en état et le soumet à la chambre d'accusation, conformément à l'article 194.

Bien que l'ordonnance rendue par le président de la chambre d'accusation en application de l'article 173 soit insusceptible de recours, la Chambre criminelle de la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'exercice de ses pouvoirs en vérifiant qu'il ne s'est pas prononcé en dehors des cas prévus par l'article 173 [6].

La Chambre criminelle a estimé que la faculté donnée au président de la chambre d'accusation de prononcer dans des cas limitativement énumérés l'irrecevabilité de la requête en nullité ne prive pas la chambre d'accusation du droit de relever elle-même cette irrecevabilité, quelle qu'en soit la cause [7]. Une solution identique avait été adop-

5. J. Pradel Observations brèves sur une loi à refaire, *D.*1993, Chron. p. 39 et 40.
6. Ord. prés. Cass. crim. 26 nov. 1993. *Droit pénal,* 1994, commentaire, n° 48 ; Cass. crim. 24 janv. 1994. *Droit pénal,* 1994, commentaire, n° 95.
7. Cass. crim. 1er févr. 1994, *Droit pénal,* 1994, commentaire n° 94.

tée par la Chambre criminelle en ce qui concerne les ordonnances de non-admission d'appel prises par le président de la chambre d'accusation en application de l'article 186 [8].

II. - LE PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION, PROTECTEUR DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE EN MATIÈRE DE DÉTENTION PROVISOIRE

La loi du 4 janvier 1993 avait mis en œuvre une réforme radicale du régime de la détention provisoire en dissociant la fonction d'instruction du pouvoir de placement en détention provisoire. Ainsi, dès le 1er mars 1993, le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui avaient compétence exclusive pour statuer sur le placement en détention provisoire, sur les prolongations de cette mesure, sur la révocation du contrôle judiciaire et sur le maintien en détention en exécution d'un mandat d'arrêt. Le juge d'instruction restait néanmoins seul compétent pour statuer sur les demandes de mise en liberté et pour ordonner le maintien en détention de la personne mise en examen en fin d'information. Il pouvait en outre prescrire une incarcération provisoire dans des cas limitativement prévus. Par ailleurs à compter du 1er janvier 1994, le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué devaient être entourés de deux échevins pour statuer, selon une procédure identique, sur les décisions de placement en détention provisoire.

Cette nouvelle réforme de la détention provisoire avait été vivement critiquée [9], notamment en ce qu'elle apparaissait lourde et difficilement applicable. Par ailleurs les modalités de recrutement et le statut des échevins n'avaient pas été précisés. Le groupe de travail composé de praticiens et mis en place par le garde des Sceaux en avril 1993 avait proposé d'adapter le nouveau texte, en restituant au juge d'instruction le pouvoir de décider du placement en détention provisoire et de sa prolongation conformément a la législation antérieure.

En contrepartie, la loi instituerait une garantie nouvelle en prévoyant qu'en cas d'appel contre une décision de placement en détention provisoire la personne mise en examen pourrait demander au président du tribunal de grande instance de décider que cet appel serait suspensif de l'exécution de la décision du juge d'instruction. Il devait s'agir d'un « référé liberté », expression employée alors pour la première fois, qui devait être reprise au cours des débats parlementaires et par la circulaire d'application de la loi du 24 août 1994. Il devait être statué dans les plus brefs délais, après un débat contradictoire où seraient entendus le ministère public, la personne mise en examen et son avocat [10]. Cette proposition rejoignait le projet de loi déposé par M. Larche au Sénat. Le barreau de Paris avait proposé pour sa part, en cas de suppression du juge délégué, un système combinant un appel à bref délai devant la chambre d'accusation et un référé suspensif devant le président du tribunal de grande instance, sans faculté de délégation, sous réserve qu'il se prononce avant que la détention soit devenue effective.

La loi du 27 août 1993 n'a repris que partiellement ces propositions. L'article 187-1 du code de procédure pénale prévoit qu'en cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention provisoire, demander au président de la chambre d'accusation, ou en cas d'empêchement au magistrat qui le remplace, de déclarer cet appel suspensif.

8. Cass. crim. 19 mars 1975, *Bull. crim.*, n° 82.
9. J. Pradel, art. cité, p. 40.
10. Conférence de presse de M. Méhaignerie, garde des Sceaux, *Gaz. Pal.*, 12-13 mai 1993.

Cette demande doit, sous peine d'irrecevabilité, être faite en même temps que l'appel. L'avocat de la personne mise en examen ou le procureur de la République peut joindre toutes observations écrites à l'appui de la demande.

Le président de la chambre d'accusation, ou le magistrat qui le remplace, statue au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande au vu des éléments de la procédure par une ordonnance non motivée qui n'est pas susceptible de voies de recours.

S'il estime qu'il n'est manifestement pas nécessaire que la personne mise en examen soit détenue jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel, il ordonne la suspension des effets du mandat de dépôt jusqu'à la décision de la chambre d'accusation et la remise en liberté de l'intéressé.

Si le président de la chambre d'accusation ne fait pas droit à la demande, sa décision est notifiée à la personne mise en examen par le greffe de l'établissement pénitentiaire qui peut, le cas échéant, recevoir le désistement d'appel de cette dernière.

La déclaration d'appel et la demande tendant à voir déclarer suspensif l'appel peuvent être constatées par le juge d'instruction à l'issue du débat contradictoire prévu par l'article 145. La transmission du dossier de la procédure au président de la chambre d'accusation peut être faite par télécopie.

Le législateur a voulu que la procédure prévue par l'article 187-1 soit une contrepartie du retour au juge d'instruction du pouvoir de placement en détention provisoire et de prolongation de cette mesure, ainsi qu'une garantie nouvelle au profit de la personne mise en examen venant compléter le contrôle traditionnellement exercé par les chambres d'accusation sur les décisions des juges d'instruction. C'est pourquoi le « référé liberté » s'inscrit dans le cadre de la procédure d'appel.

Les conditions restrictives d'exercice de la procédure prévue par l'article 187-1 répondent au souci de lui conserver un caractère exceptionnel. Le rôle de président de la chambre d'accusation est précisé par la circulaire d'application du 24 août 1994. Il ne lui appartient pas de confirmer ou d'infirmer l'ordonnance du juge d'instruction par référence aux dispositions de l'article 144. Ce rôle appartient à la chambre d'accusation. Il ne pourrait d'ailleurs pas, non plus, substituer une mesure de contrôle judiciaire au placement en détention provisoire. La loi n'a investi le président de la chambre d'accusation que du pouvoir de faire cesser une situation dont il apparaît qu'elle repose sur une erreur manifeste dans l'appréciation des règles de droit ou de considérations de fait.

On peut regretter que le législateur n'ait pas prévu de débat contradictoire comme le suggérait le groupe de travail de la Chancellerie, l'auteur de la demande ayant simplement la possibilité de joindre des observations écrites à sa demande. La décision du président de la chambre d'accusation est non motivée, ce qui constitue désormais une exception, sauf dans le cas où il se borne à vérifier la recevabilité d'un appel ou d'une requête. On peut y objecter que la liberté d'appréciation du président de la chambre d'accusation, au cours de l'audience collégiale, pendant laquelle l'appel est examiné ainsi que lors du délibéré, se trouve ainsi préservée.

On peut encore s'interroger sur la portée pratique du « référé liberté » dès lors que la demande formée sur le fondement de l'article 187-1 ne suspend pas l'exécution du mandat de dépôt tant qu'il n'a pas été statué sur cette demande. Certes, l'article 4-2-1 de la circulaire du 24 août 1993 recommande que tous les moyens matériels soient mis en œuvre pour permettre au président de la chambre d'accusation de statuer dans un temps aussi proche que possible du placement en détention provisoire (transmission directe du dossier à ce magistrat, au besoin par télécopie, organisation de permanences dans les cours d'appel). Néanmoins il convient de relever que la loi a prévu un délai de trois jours ouvrables pour statuer, ce délai ne courant qu'à compter du lendemain

du jour où la déclaration a été transcrite sur le registre prévu par l'article 502 [11], et encore n'est-il assorti d'aucune sanction. Si une transmission de la procédure et une décision du président de la chambre d'accusation le jour du placement en détention provisoire sont matériellement possibles pour les cabinets d'instruction se trouvant au siège de la cour d'appel, il en va différemment pour ceux des autres tribunaux de grande instance du ressort. C'est pourquoi la procédure de « référé liberté » aurait connu une meilleure efficacité si elle avait été confiée au président du tribunal de grande instance, comme cela avait été envisagé initialement. En outre n'aurait-il pas mieux valu confier cette procédure à un magistrat extérieur à la chambre d'accusation, la décision prise par son président dans le cadre du « référé liberté » impliquant nécessairement un pré-jugement ?

Après un an d'application, il apparaît que la procédure de l'article 187-1 ne connaît qu'une application restreinte même si le nombre des demandes est variable selon les ressorts. A titre d'exemple, le président de la chambre d'accusation de Bordeaux, dont le ressort comprend dix-sept cabinets d'instruction, a été saisi de douze demandes de septembre 1993 à septembre 1994, dont deux ont abouti à une suspension des effets du mandat de dépôt et une seulement a été suivie d'une réformation de l'ordonnance de placement en détention provisoire. Ce faible développement du « référé liberté » peut s'expliquer par le fait que cette procédure n'intervient qu'à l'occasion de l'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, ce type d'appel étant relativement peu fréquent. Par ailleurs le législateur a voulu réserver la suspension des effets du mandat de dépôt à des hypothèses, heureusement rares, d'erreurs manifestes d'appréciation. Si l'institution apparaît utile dans ces cas limités, on peut se demander si le « référé liberté » constitue une garantie suffisamment efficace au profit des personnes mises en examen.

Une autre innovation de la loi du 4 janvier 1993 est la possibilité de saisir le président de la chambre d'accusation en cas de contentieux suscité par la délivrance des permis de visite. L'article 145-3 prévoit en effet que le juge d'instruction peut refuser de délivrer un permis de visite à un membre de la famille pendant un mois. Au delà de ce délai, il ne pourra le refuser que par une décision spéciale et motivée au regard des nécessités de l'instruction. Cette décision notifiée sans délai, par tout moyen peut être déférée à tout moment au président de la chambre d'accusation, qui dispose d'un délai de cinq jours pour statuer par ordonnance motivée insusceptible de recours. S'il infirme la décision de refus, il devra délivrer le permis de visite. On peut relever que la notion de membre de la famille peut prêter à discussion et que le délai de cinq jours pour statuer peut être bref, compte tenu des délais nécessaires pour assurer la transmission de la procédure.

Enfin, il convient de relever que du fait de l'abrogation des articles 680 et suivants concernant les crimes et délits commis par certains magistrats en fonctionnaires, le président de la chambre d'accusation a perdu les pouvoirs de délivrer des mandats de dépôts dans ces hypothèses.

*
**

L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993 traduit le souci du législateur de concilier l'accroissement des droits des parties avec le nécessaire maintien de la sécurité des procédures. Après un an d'application de la réforme, il paraît prématuré de porter un jugement sur l'efficacité du système et d'apprécier si le président de la chambre d'accusation est à même de jouer le rôle de régulateur de la procédure qui lui a été imparti. Cela, d'autant plus que les parties et leurs conseils ne paraissent pas avoir pris toute

11. Cass. crim. 28 nov. 1989, *Bull. crim.*, n° 89.

la mesure des moyens procéduraux mis désormais à leur disposition. Par contre, il est possible de dire d'ores et déjà que le « référé liberté » gardera un caractère exceptionnel, voire marginal, qui fait qu'il ne constitue pas une garantie réelle de la liberté individuelle. Il est en tout cas peu probable que cette procédure apportera une solution durable à la question récurrente du placement en détention provisoire par le juge d'instruction.

Qu'est-ce qu'une mafia ?
Essai de définition des mafias

Thierry CRETIN

Procureur de la République adjoint près le Tribunal de grande instance de Lyon

Les mafias préoccupent. Le sujet est en vogue. On en parle et depuis quelque temps les vitrines des libraires, les programmes de télévision, des articles de presse proposent aux curieux, essais, reportages et analyses sur les mafias du monde. Tous ces travaux ont en commun un usage non défini du mot mafia.

Insensiblement toute activité de criminalité organisée est attribuée à une mafia. Ici on titre « Pax Mafiosa » ; là on annonce « La Mafia russe tisse sa toile », ou bien encore on décrit « L'Europe des parrains ». On ne peut exclure qu'il soit recouru à l'usage de ce mot, lourd dans l'opinion publique d'une forte charge mystérieuse et occulte, pour rechercher un effet d'annonce, d'autant que ces ouvrages sont fréquemment le fait de journalistes qui résistent mal, fussent-ils spécialisés, au penchant pour le titre, même si leurs travaux, sérieux, portent sur un authentique problème du monde contemporain. Car il y a bien là dans nos sociétés une réalité inquiétante à plus d'un titre.

Seulement, pour la cerner, il convient de définir les caractéristiques d'une mafia ; d'abord pour la distinguer de la criminalité organisée traditionnelle et, ensuite, pour mettre en évidence l'existence de fonctionnements mafieux qui prospèrent parfois sans mafia constituée.

Il est de bon sens de considérer qu'une équipe de proxénètes, une bande de « braqueurs » de banques, un réseau local d'approvisionnement et de distribution de produits stupéfiants, quand bien même leurs activités seraient structurées, organisées pour tendre vers la recherche du plus grand bénéfice et la diminution du risque d'arrestation, ne sont pas des mafias. *Toute association de malfaiteurs n'est pas mafieuse.*

Parallèlement, l'analyse de faits divers récents et de pays en pleine mutation conduit à retenir qu'en l'absence de mafia constituée (*stricto sensu*) il se développe par endroit des manières de faire et des fonctionnements qui sont habituellement l'apanage des mafias.

De là découle l'impérieuse nécessité d'être précis et de définir le phénomène. Auparavant, il importe de rappeler que les mafias sont multiples. Le lecteur aura sûrement remarqué que depuis le début du présent article le mot mafia est écrit au pluriel et en minuscules. Cette diversité permet justement la comparaison, donc le dégagement de traits communs distinctifs.

En Europe, la mafia existe. Elle est sicilienne. Elle répond au nom de « Cosa Nostra ». Elle est entourée, en Italie, d'autres mafias : la « N'drangheta » calabraise et la « Camorra » napolitaine (notamment), phénomènes de criminalité qui ont conduit les Italiens à se doter de l'article 416 *bis* du code pénal duquel nous partirons pour poser une définition générale des mafias.

Cet article expose :

« Tous ceux qui font partie d'une association de type mafieux, composée de trois personnes ou plus, sont passibles d'une peine de trois à six ans de réclusion.

Tous ceux qui encouragent, dirigent ou organisent l'association sont passibles à ce titre uniquement, d'une peine de quatre à neuf ans de réclusion.

L'association est de type mafieux lorsque ceux qui en font partie recourent à l'intimidation ainsi qu'à l'assujettissement et la loi du silence qui en découle pour commettre des délits, pour acquérir directement ou indirectement la gestion ou le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, d'adjudications et de services publics ou pour réaliser, pour leur propre compte ou pour celui des tiers, des profits ou des avantages injustifiés. »

Suivent les circonstances aggravantes et les peines complémentaires obligatoires de confiscation. Mais cet aspect des choses nous importe moins. Compte ici la définition dans sa sécheresse juridique que l'on peut compléter comme suit en référence à un spectre socio-criminologique plus large qui rend mieux compte encore de la complexité du phénomène :

Une mafia est une entreprise criminelle à but hautement lucratif, dont les membres sont recrutés par l'initiation et la cooptation, qui recourt soit à la corruption, soit à l'influence, soit à la violence pour obtenir le silence et l'obéissance de ses membres et de ses non-membres, pour atteindre ses objectifs économiques, garantir les moyens de son action et qui, bien qu'ayant le plus souvent une histoire et une forte implantation socio-culturelle locale, développe ses activités à l'échelle internationale.

Les mafias s'enracinent donc dans un passé et s'inscrivent dans un contexte (I) ; elles utilisent des méthodes illégales (II) ; elles sont des entreprises qui recherchent le profit (III).

I. - LES ORIGINES ET LE CONTEXTE DU DÉVELOPPEMENT

Dans ses entretiens avec Marcelle Padovani, feu le juge Giovanni Falcone [1] pose que « la bataille contre Cosa Nostra est complexe et requiert, outre une solide spécialisation en matière de crime organisé, de bonnes connaissances sociologiques et anthropologiques ». Ces deux derniers mots peuvent surprendre mais ils sont essentiels car on ne peut comprendre les mafias sans les resituer complètement dans leur contexte socio-culturel, économique, moral et même historique. C'est ce que Falcone désigne sous la formule « d'extraordinaire contiguïté ». Il faut entendre par là la contiguïté qui relie l'organe mafieux à la société dans laquelle il évolue. Une mafia ne tombe pas du ciel ; elle s'enracine dans un contexte et des traditions. Toujours sur ce thème de la contiguïté, Falcone parle, à propos de Cosa Nostra, de « la mitoyenneté obligatoire entre valeurs siciliennes et valeurs mafieuses, entre membres de l'organisation et simples citoyens ». Il insiste : « La mafia, encore une fois, n'est pas un cancer né par hasard sur un tissu sain. »

Magistrat lucide, Falcone s'est appliqué à lui-même cette analyse et reconnaît volontiers que sa connaissance de Palerme, où il a vécu toute sa jeunesse jusqu'à l'âge de 25 ans, lui a donné les bases de compréhension de la société sicilienne, terreau de son efficacité professionnelle ultérieure.

Cette appréciation ne s'applique pas qu'à la seule Sicile. Elle vaut également pour d'autres contrées du monde où se développent des phénomènes analogues. Dans son ouvrage [2] intitulé *La vie quotidienne en Colombie au temps du cartel de Medellín,* Hubert

1. *In « Cosa Nostra »* de M. Padovani et G. Falcone, édition n° 1, Austral.
2. Editions Hachette.

Prolongeau met en évidence tous les liens qui unissent l'essor des cartels à la violence qui paraît être un mode de vie autochtone et à la mosaïque sociale et ethnique qui dessine ce pays latino-américain. Il en est de même en Chine et au Japon où il est impossible de saisir l'âme de ces sociétés secrètes criminelles sans les replacer dans leur environnement social et historique.

Tout pays dans lequel s'épanouit une mafia présente donc cette triple caractéristique d'un fort enracinement socio-culturel avec des thèmes récurrents (A), d'un contexte économique difficile (B), et de la référence à une histoire plus ou moins revisitée (C).

A. – *L'enracinement socio-culturel*

On retrouve dans les différentes mafias les thèmes réitératifs de la position centrale de la famille, de la référence à l'honneur, de la culture de la mort et d'un certain rapport à l'Etat.

La famille

Pour les Chinois, la famille est tout. On lui doit la loyauté car, devant les conditions générales de pauvreté et de misère, tout comme devant la situation de solitude au milieu des vastes étendues de la Chine continentale, fraternité et amour ne peuvent se concevoir que pour les siens ou ceux de son entourage immédiat, au sens strict du mot famille, mais aussi dans son acception plus large : cercle de famille, village natal (quartier urbain, par extension), groupe ethnique.

Dans la Sicile de Cosa Nostra, on appartient d'abord et avant toute chose à une famille, appartenance renforcée par le poids des références chrétiennes et catholiques. Comme le dit Falcone « la seule femme qui compte pour un mafioso, c'est la mère de ses enfants ». Le devoir du père de famille est de faire en sorte que les valeurs de la famille soient respectées et que la femme et les enfants ne manquent de rien. Le mafioso sicilien est conformiste et son credo est bourgeois. Ce point est capital pour l'organisation. Ainsi, c'est pour avoir eu une vie sentimentale trop mouvementée que le repenti Tommaso Buscetta ne s'est jamais vu attribuer de responsabilités malgré son prestige. Falcone indique que ce n'est pas par moralisme mais par vision utilitaire des situations. Un comportement ostentatoire induit une vulnérabilité psychologique et sentimentale. Or, les membres doivent être sûrs ; il en va de la sauvegarde de l'organisation.

A l'instar des Chinois, la famille ne doit pas être entendue *stricto sensu*. Le concept est plus large. La famille regroupe les membres par le sang mais aussi les alliés. On peut dire qu'il y a la filiation et l'affiliation, étant précisé que la « famille » ainsi conçue dispose d'un fief pour faire prospérer son autorité et ses affaires : tel district, tel quartier de ville, tel village, telle ville entière. Ainsi parle-t-on du cartel de Medellín, de celui de Cali, de la famille de Santa Maria Di Gesù, des Corléonais, des Chiu Chau, etc.

A cet égard, les travaux à caractère d'anthropologie sociale (voire presque ethnologiques) de A.J. Ianni [3], qui a consacré toute une étude sur les structures évolutives d'une famille mafieuse américaine installée à New York, démontrent là encore comment tout s'articule autour d'un noyau nucléaire familial qui tient les rênes principales même si d'autres membres plus éloignés ou des alliés sont compris dans la structure.

Divers reportages télévisés sur les cartels colombiens ont montré la mère de Pablo Escobar haranguant les journalistes devant la porte de la prison où était enfermé son fils. De même, on a pu voir le rôle prépondérant de Don Fabio Ochoa, véritable *pater*

3. Francis A.J. Ianni, *Des affaires de famille. La mafia à New York*, éditions Terre humaine, Plon.

familias du clan Ochoa, dans la reddition de ses fils aux autorités après que fut filmé au camescope le dernier repas de famille avant l'écrou.

Au Japon, les *yakusa* sont organisés en famille avec au sommet un parrain, en dessous des frères aînés et cadets et tous les enfants qui ne sont rien moins que des membres adoptés. A cela s'ajoute la relation *oyabun-kobun* (père-enfant) dont nous reparlerons plus loin.

Voilà diverses marques de la permanence à la référence familiale traditionnelle dans les structures mafieuses du monde.

Le sens de l'honneur

Il peut connaître des formes distinctes selon que l'on parle des groupes asiatique ou européen.

En Orient, le sens de l'honneur s'exprime surtout dans le souci de ne pas perdre la face, trait typique des *yakusa* japonais qui peuvent choisir de se châtier eux-mêmes en se sectionnant la phalange de l'auriculaire pour expier une faute.

En Occident, en Sicile, le mafioso est un homme d'honneur, ce qui signifie qu'il est soumis, comme en Orient, à une règle qui constitue la seule loi à ses yeux. Il n'y faillira pas. Son honneur est en jeu. Elle gradue à sa façon les valeurs, ainsi que le montre Falcone à travers l'anecdote intervenue en 1986 entre lui et le détenu Peppino Pes, condamné pour plusieurs homicides. A une plaisanterie du magistrat sur sa place stratégique au sein de la commission-ravitaillement de la prison, il réagit, mi-indigné mi-amusé, en déclarant : « M. le juge, je commets seulement des homicides, je ne suis pas un voleur de viande. » Comme nous le verrons, tuer est l'exercice d'un devoir pour l'homme d'honneur, alors que voler ou séduire la femme d'un membre de l'organisation sont les marques de l'infamie majeure.

De la même manière, même si cela peut paraître plus surprenant, l'homme d'honneur ne ment pas. Cet aspect du comportement mafieux, très précisément décrit par Falcone et que l'on retrouve dans nombre des mafias du monde, vient de ce que l'homme d'honneur doit la vérité. S'il ne doit pas la dire, il se tait, il ne ment pas. Il faut comprendre qu'il ne peut en être autrement au regard de l'histoire des mafias. Mouvements clandestins de résistance, les sociétés secrètes que constituent les mafias avaient l'impérieux besoin de pouvoir compter à la fois sur la fiabilité absolue de parole de leurs adeptes au sein du groupe et sur l'assurance de ce que rien ne serait dit à l'extérieur sur l'organisation. En conséquence de quoi, l'intérieur exige la vérité et la sincérité, l'extérieur impose le mutisme. La fameuse loi du silence est entièrement contenue dans ce constat (quand il s'agit de membres de l'organisation).

C'est parce qu'il avait foncièrement compris cela de la psychologie des mafiosi que Falcone faisait confiance aux repentis : hommes d'honneur, ils choisissaient de parler et non de se taire ; dès lors, ils disaient la vérité. Certes, il s'attachait à vérifier leurs déclarations mais il ne les considérait pas comme des délateurs infâmes, contrairement à nombre de ses concitoyens. C'est pour cela qu'il a pu tellement progresser. Il les respectait dans ce qu'ils avaient de plus cher.

La culture de la mort

Comme nous le verrons plus loin au sujet des rites initiatiques, les références à la mort sont omniprésentes.

Le sacrifice de soi à l'intérêt supérieur de l'organisation est le fait des triades, des *yakusa*, de Cosa Nostra pour qui mourir assassiné, pour ennuyeux que ce soit, apporte du prestige, surtout si on le fait dignement au regard des règles et devoirs de l'ordre.

Falcone [4] rapporte l'anecdote de l'exécution de Santo Inzerillo par étranglement à la corde par les Corléonais, au cours de laquelle celui-ci, devant son compagnon d'infortune Mimmo Teresi qui pleurait, avait dit d'un ton sec et calme : « Arrête de pleurer et dit à ces cocus de se dépêcher. » Et Falcone d'ajouter qu'un tel comportement donne une aura prestigieuse au défunt, certes, mais aussi à ses enfants qui n'auront pas à rougir de leur père, au contraire, et à l'exécuteur lui-même qui tirera gloire de s'être mesuré à un tel adversaire. Il y a presque là une logique primitive de l'emprunt du courage et de la force, telle qu'on la repère dans certaines croyances de peuplades guerrières.

Il faut bien comprendre que cela ne se fait pas de gaité de cœur. Le mafioso sait être dans une culture de la mort, de l'angoisse et de la tristesse d'où les femmes sont absentes ou alors cantonnées dans le seul et strict rôle maternel. Dès lors qu'elles sortent de ce rôle discret et effacé, elles ouvrent la porte à la vie, à une autre vie. Ce fut justement le cas des deux repentis Francesco Marino Mannoia et Antonino Calderone qui parlèrent avec la pleine approbation (sinon plus) de leurs femmes (épouse pour l'un, compagne pour l'autre). Il n'y a guère de place pour l'amour dans l'univers mafieux ; tout le champ est envahi par le devoir.

La relation à l'Etat et au pouvoir

Dans le sous-titre de son étude intitulée *Pax Mafiosa,* Claire Sterling [5] pose la question : les multinationales du crime vont-elles s'emparer du pouvoir au niveau mondial ?

Nous sommes là au cœur du fantasme majeur soulevé par le développement des mafias. Reste que l'apparition d'un tel fantasme n'a rien d'étonnant, dans la mesure où certaines mafias disposent maintenant d'un pouvoir égal à plus d'un titre à celui des Etats : puissance militaire, puissance économique, etc. Et même, lors d'une conférence en mars 1993 à l'occasion de la 113e session régionale de l'IHEDN [6], un ambassadeur évoquait le problème en ces termes : « il ne leur manque plus que le protocole ».

S'il est constant que les mafias ont du pouvoir, personne ne peut affirmer pour autant qu'elles cherchent à prendre le pouvoir. Elles évoluent dans une autre sphère que le renversement du pouvoir. Laissons encore une fois parler Falcone [7] : « ... Cosa Nostra n'est pas un anti-Etat mais une organisation parallèle qui entend profiter des distorsions du développement économique en travaillant dans l'illégalité, et qui, dès qu'elle se sent contestée, réagit comme elle peut en faisant le gros dos. » Tout sera dit si on souligne encore que « la mafia n'est pas une société de service qui opère en faveur de la collectivité, mais une société de secours mutuel qui ne déploit son activité – aux frais de la société – que pour le profit de ses seuls membres ». Les mafias sont parasitaires. Le gui ne peut pas prendre la place de l'arbre, il vit de l'arbre, même s'il peut le mettre en danger de mort. Quoi qu'il en soit, il ne pourra jamais être arbre à sa place.

L'exemple japonais est édifiant. Les groupes *yakusa* y ont pignon sur rue, ils « tirent les ficelles » du Parti libéral démocrate (PLD) depuis la fin du deuxième conflit mondial par l'intermédiaire des *kuromaku,* ils font la police des rues empêchant l'explosion de la délinquance urbaine. Pour autant, il est évident qu'ils ne veulent pas la place du Premier ministre.

Lorsqu'en Colombie Carlos Lehder et Pablo Escobar se lancèrent en campagne électorale, ils ne persévérèrent pas très longtemps dans cette voie qui ne corres-

4. *Op. cit.*
5. Claire Sterling, *Pax Mafiosa,* éditions Robert Laffont.
6. IHEDN : Institut des hautes études de défense nationale.
7. *Op. cit.*

pondait évidemment pas à leur champ habituel et naturel d'action. Ils avaient été mus par une référence psychologique à Pancho Villa, voire à Robin des Bois, mais il faut bien comprendre que cet aspect des choses est anecdotique et folklorique. Il ne signifie pas que les mafieux de Colombie recherchent le pouvoir. D'ailleurs, pendant cet épisode, les membres du cartel de Cali développaient leurs affaires dans le silence et la discrétion.

Si l'on revient à la Sicile, on note que Cosa Nostra ne manque jamais une occasion de dénigrer ou de se moquer de l'impuissance de l'Etat. Le mépris profond de l'Etat et de ses « sbires » (policiers, magistrats, fonctionnaires d'autorité, etc.) est l'expression la plus certaine que ce pouvoir-là ne les intéresse pas. Elle a déjà le pouvoir. Il est autre et ailleurs. Le sien est efficace en ce sens que « les logiques mafieuses (...) ne sont en fait que des logiques du pouvoir. Et qu'elles ne doivent être interprétées qu'à l'aide d'un seul critère : celui de leur fonctionnalité par rapport à un but ». Ce qui importe à une mafia, c'est l'efficacité et la rationalité de ses actions dans son domaine où elle n'entend partager aucune prérogative avec l'Etat. Par son pouvoir, elle protège son propre ordre mais ce faisant elle exprime son besoin d'ordre et de pouvoir, et donc d'Etat. Seulement, il ne s'agit ni de l'ordre ni de l'Etat qui lui sont extérieurs ; que du sien propre qui lui permettra de continuer à vivre en tant qu'organisme clandestin et à développer son parasitisme.

B. – *Le contexte socio-économique*

Toutes les misères restent des terreaux fertiles à l'essor des mafias. Même s'il est établi maintenant qu'elles sont insuffisantes à elles seules à expliquer la criminalité mafieuse, elles sont toutefois des viviers pour le recrutement.

Les *comunes* sont les banlieues de Medellín, des blocs de misère. Deux d'entre elles y voient vivre 1,6 million de personnes dont 45 % dans la misère absolue (chiffres cités en 1991 par le maire de la ville, Omar Flores). Dans son ouvrage, Hubert Prolongeau [8] expose que 57 % de cette population a moins de trente ans, que l'école doit accueillir tellement de monde qu'une rotation est instaurée : des élèves viennent le matin, d'autres à midi, les derniers le soir. Résultat : 33 % n'y mettent jamais les pieds. C'est dans cette population que se constituent les bandes de *sicarios,* dirigées par deux ou trois chefs d'une vingtaine d'années à la tête d'une quinzaine de gamins de huit à quinze ans. On y fait ses preuves par l'aide apportée à l'exécution de délits répétés, mais un jour il faut prouver ses capacités à la bande, et pour pouvoir affirmer *soy un hombre* (je suis un homme) il faut tuer à la demande des plus grands. Prolongeau raconte l'effrayante histoire de deux jeunes amis inséparables, Tonio et Rodrigo. Un jour, le chef donne son revolver à Tonio lui ordonnant d'exécuter Rodrigo afin de vérifier s'il a le cran de le faire. Il le fit.

Les cartels puisent dans cette pépinière de jeunes talents, repérant les plus audacieux et les plus durs d'entre eux qu'ils mandatent, moyennant rétribution, pour éliminer les gêneurs ou toute personne qu'on leur aura désignée.

Il n'y a pas qu'en Colombie que les groupes mafieux recrutent dans les quartiers pauvres. La situation est la même dans la Cité murée de Hong Kong, sorte de catacombes où vivent des milliers de gens dans le plus grand dénuement et dans des conditions innommables, comme elle est la même dans quelques quartiers de grandes villes du sud italien : Naples ou bien encore Catane qui ne compte pas moins de 32 % de chômeurs [9].

8. *Op. cit.*
9. Chiffre cité sur la chaîne de télévision « Arte » à l'occasion d'une émission sur les mafias, en 1994.

C. – *Une histoire comme mythe fondateur*

Cosa Nostra, les triades et les *boryokudan* [10] ont une histoire, indicative d'éléments clés de compréhension, mais aussi symbolique comme un mythe fondateur.

De même que Giuseppe Mazzini jeta les bases de la mafia à Palerme en 1860, dit-on, pour en faire une guérilla destinée à lutter contre un gouvernement étranger et à recouvrer la liberté, de même les triades chinoises sont nées comme un mouvement patriotique de résistance à la dynastie des Ch'ing imposée par les envahisseurs mandchous (1644) qui avaient chassé les Ming.

En fait, le monastère de Foochow dans la province de Fukien devint le point de ralliement des réfractaires. On y apprenait un art martial, le *kung-fu,* boxe spécifique qui ne suffit pourtant pas à protéger les résistants de la trahison d'un des moines. Cinq échappèrent au massacre ; ils fondèrent la société de la Triade, ainsi nommée à cause de son symbole, un triangle équilatéral dont les trois côtés représentent les trois concepts de la Chine : le ciel, la terre et l'homme. « Confréries à mission libératrice » pour reprendre l'expression de Fenton Bresler, les triades se sont multipliées assurant un moyen d'expression des griefs politiques et économiques mais drainant également, comme toute société secrète et clandestine, les aventuriers. Insensiblement, au long d'une histoire de plusieurs siècles, décrite et analysée par le menu, ces sociétés abandonnèrent l'idéal nationaliste du départ pour ne rester que des groupes structurés et efficaces de malfaiteurs rompus à la clandestinté, au financement occulte, mais aussi au *lobbying.* Rappelons simplement que Sun Yat Sen et Tchang Kai Tchek, hommes politiques, étaient membres de triades. On peut citer l'utilisation de la Triade de la Bande Verte par Tchang Kai Tchek, le 12 avril 1927, pour faire tomber Shangaï qui se trouvait aux mains des syndicats communistes et qui échappait à l'autorité du Kuomintang, en contrepartie de quoi cette triade se vit libre de poursuivre et consolider son fructueux commerce de l'opium. Il ne s'agit là que d'un exemple, édifiant, mais qui permet de comprendre le développement historique des mafias dont le moins qu'on puisse dire est qu'il n'a pas été arrêté ni freiné, et l'exode à Formose (devenue Taïwan), où Tchang Kai Tchek avait trouvé refuge après l'avènement du maoïsme en 1949, a offert une base de repli aux nombreux mafieux chinois en difficulté à Hong Kong. Les demandes d'extradition restaient lettre morte.

Au Japon, l'histoire des *yakusa,* savamment compilée et finement enjolivée par un ancien truand de la bande *Tosei-kai,* Goro Fujita, devenu une sorte de barde historien, s'enracine dans les valeurs des anciens samouraïs du Japon féodal : virilité, bravoure... Du moins tel est le mythe renforcé et entretenu par les romans, le théâtre et le cinéma, porteurs d'une tradition robiniste de roturiers chevaleresques, héros et champions des faibles.

Dans leur ouvrage sur les *yakusa,* Kaplan et Dubro [11] expliquent comment, par-delà le mythe romantique, les *yakusa* sont des organisations criminelles du XVIIIe siècle, à savoir les *bakutos* (joueurs professionnels), les *tekiyas* (colporteurs et camelots) auxquels sont venus s'ajouter plus récemment les *gurentaïs* (voyous). Ces groupes constitués avaient et ont toujours leurs domaines réservés ; les *bakutos* opéraient sur les axes de communication, les routes, les villes, et les *tekiyas* sur les foires et marchés.

Les *yakusa,* qui n'étaient à l'origine que des groupes de bandits et de marginaux forains surent, comme savent le faire toujours et partout toutes les mafias, s'adapter aux circonstances et se moderniser. C'est ce qui se passa sous le régime des Meiji, qui a correspondu à un renouveau économique transformant, à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci, le Japon en puissance industrielle. A cela s'est ajoutée une muta-

10. Nom générique des organisations mafieuses japonaises. Le mot *yakusa* désigne la personne membre du *boryokudan* et non pas l'organisme lui-même.

11. David Kaplan, Alec Dubro, *Yakusa, La mafia japonaise,* éditions Philippe Picquier.

tion politique (établissement et naissance du premier parlement et des partis politiques) et la constitution d'une forte armée, celle qui devait envahir la Chine, la Corée et s'en prendre à la Russie. Les *yakusa* surent profiter de tout cela ; ils s'implantèrent dans le syndicalisme, prenant sous leur tutelle les ouvriers du bâtiment et les débardeurs des ports, activités en pleine expansion. Ils comprirent vite l'intérêt qu'ils pouvaient retirer à se rapprocher des politiques dans le double dessein d'attirer une marge de tolérance officielle sur leurs activités et de coopérer avec le gouvernement dans certains domaines. De part et d'autre l'opportunisme présidait à ces relations. Quoi qu'il en soit, les *yakusa* avaient le pied à l'étrier et comme ils apportaient un soutien massif, pour ne pas dire plus, à la montée des idées ultra-nationalistes qui conduisirent le Japon dans une politique de conquête à l'instar du IIIe Reich, ils finirent par jouer un rôle déterminant même après guerre dans les coulisses du pouvoir et du PLD (Parti libéral démocrate).

L'histoire de Cosa Nostra est, elle aussi, incertaine. D'aucuns soutiennent que le mot mafia est l'acrostiche de la phrase *Morte Alla Francia Italia Anela* (« L'Italie souhaite la mort de la France »), prétendu cri de guerre des rebelles lors des Vêpres siciliennes en 1282 ; d'autres que le mot est composé des initiales de « *Mazzini Autorizza Furti, Incendi, Avvelenamenti* » (« Mazzini autorise le vol, l'incendie et le poison »), serment d'un groupe de résistants siciliens créé par Mazzini en 1860 ; d'autres encore pensent que le terme dérive d'un mot arabe signifiant « refuge », « abri » ou « caverne » où se cachaient les personnes opprimées lors de l'invasion de l'île par les Sarrasins ; enfin, il se pourrait qu'il s'agisse simplement du dérivé de l'adjectif italien *mafiusu* utilisé pour décrire les gens et objets magnifiques et parfaits. Tout cela se complique du fait qu'en Sicile le mot mafia désigne deux réalités différentes : premièrement une organisation ; deuxièmement « un état d'esprit, un sentiment d'orgueil, une philosophie de la vie et un style de comportement que les Siciliens reconnaissent immédiatement » (Ianni) [12].

Quoi qu'il en soit, l'âme sicilienne, donc mafieuse, s'enracine dans son plus lointain passé. Ile centrale de Méditerranée, elle a subi toutes les invasions : Phéniciens, Grecs, Romains, Sarrasins, Normands, Souabes, Arabes, Français, Espagnols, Anglais et Italiens, sans que jamais ces civilisations n'aient germé sur place, créant la méfiance des gens de l'île à l'égard de tout ce qui est extérieur

Plus récemment, au XIXe siècle, la société de l'île était composée de 10 % de possédants nobles ou ecclésiastiques et de 90 % de paysans, artisans et pauvres gens. Les propriétaires confièrent la garde de leurs biens à des fermiers, *gabelotti,* pour éviter le vol et le pillage tandis qu'ils vivaient dans les villes éloignées. Les *gabelotti* allaient insensiblement être redoutés de tous, propriétaires et paysans, assurant l'ordre pour leur propre compte et sur leur territoire de compétence. La mafia naissait.

Mouvements clandestins de résistance, les mafias ont généré des règles propres assurant la triple nécessité de garantir l'obéissance, l'efficacité et la sécurité de l'organisation. Pour parvenir à cette fin, il leur a fallu assujettir et fidéliser leurs membres ainsi qu'imposer des sanctions implacables dans leur nature et certaines dans leur exécution en cas de manquement aux règles supérieures de l'ordre. C'est le rôle de *l'initiation.*

L'initiation, quelle que soit la manière dont on l'aborde, est le passage d'un état à un autre. Généralement elle prend la forme d'une cérémonie solennelle qui sacralise le passage. Les triades, les *yakusa,* Cosa Nostra connaissent tous les rituels initiatiques pour l'affiliation des membres, opération qui signifie avant toute chose que l'on meurt à une vie pour naître à un nouvel état qui prime sur le passé et qui fige une appartenance définitive. « L'entrée dans la mafia ressemble à une entrée en religion : on ne cesse jamais d'être prêtre. Mafieux non plus » (Falcone) [13].

12. *Op. cit.*
13. *Op. cit.*

On y prête serment de loyauté, de fidélité à la tradition, d'obéissance, d'honneur, de respect des liens du sang, de solidarité sous la menace d'une sanction unique qui ne connaît pas la moindre amodiation : la mort.

De longues pages d'analyse et de description seraient utiles. Mieux que de longues explications, quelques points majeurs montrent les conséquences de l'initiation et de ce qui en découle.

* En Sicile, un initié ne se présentera pas seul à un autre homme d'honneur. La règle exige la présence d'un tiers mafieux qui puisse garantir « cet homme est la même chose que nous » d'où l'expression Cosa Nostra. On est une même et unique chose comme si on perdait l'individualité pour n'être qu'une parcelle d'une indivisibilité qui est supérieure en tout à la personne, qui lui prévaut et à qui on doit une obéissance : *perinde ac cadaver.*

* Chez les Japonais, trois faits sont à retenir :

a) la relation *oyabun-kobun* qui doit entraîner une dévotion fanatique au patron (*oyabun*). Ainsi est-il affirmé : « le *kobun* devra se comporter comme une balle dans les combats contre les autres gangs, il devra se tenir en première ligne, devant les fusils et les épées des adversaires, au péril de sa vie. Le cas échéant, il assumera la responsabilité d'un crime commis par son *oyabun* et ira en prison à sa place ». Le proverbe impose : « si le patron voit blanc un corbeau qui passe, il faut l'approuver » ;

b) le recours au tatouage sur toute (pas toujours) la surface cachée du corps, gage de virilité par la souffrance qu'implique l'exercice, mais aussi gage d'une appartenance sans retour en raison de l'indélébilité des dessins ;

c) le sacrifice de la dernière phalange de l'auriculaire que l'on coupe à l'arme blanche en cas de faute envers l'organisation et que l'on offre à titre expiatoire à son patron : une parcelle de la personne physique à la personne morale. Les droits de l'homme sont pour le moins en retrait.

Tout cela signe la puissance du sentiment d'appartenance au groupe au mépris de toute existence individuelle. Il n'y a pas de place pour la personne mais seulement pour les soldats de l'ordre.

II. - L'EMPLOI DES MÉTHODES CRIMINELLES

Les mafias ont des traditions, nous l'avons vu, mais pour autant ne sont pas traditionalistes. Ce n'est pas le folklore qui les intéresse dans la tradition mais l'herméticité de leur groupe vis-à-vis de l'extérieur et la référence à un ordre structuré sur la base duquel elles cherchent, avec pragmatisme, la réalisation de leurs objectifs économiques et la pérennité de leur organisation. Pour ce faire, elles usent de violences, qui sont selon les circonstances, une sanction interne, l'élimination d'une difficulté, l'envoi d'un message (A), si l'influence (B) et la corruption (C) sont restées inefficaces.

A. - *L'emploi de la violence*

Une fois encore, il convient de s'arrêter sur les explications de Falcone [14]. Pour lui, l'organisme mafieux qui recourt à la violence et au meurtre se préoccupe davantage de professionnalisme, de courage et d'efficacité que de spectacle et de folklore.

Contrairement à une idée communément répandue, il n'y a pas de rituel de mise à mort ou de préférence pour une méthode particulière. Comptent la fonctionnalité

14. *Op. cit.*

de l'action et l'adaptation aux réalités. Les liturgies folkloriques des exécutions mafieuses du cinéma ne correspondent pas à la réalité. Le pragmatisme prend toujours le pas, ce qui conduit le mafioso à préférer la *lupara bianca* [15], non par fétichisme mais parce que l'étranglement de la victime malgré sa résistance et la détermination tant mentale que physique que suppose l'exécution d'une telle œuvre, suivie de la dissolution du corps dans un bidon d'acide répandu ensuite dans la nature, assurent non seulement une discrétion absolue dans la mise en œuvre mais également une impunité judiciaire en l'absence de tout élément de preuve exploitable par les enquêteurs. « La mafia choisit toujours le chemin le plus court et le moins coûteux. C'est son seul critère. Elle n'a aucun attachement pour telle méthode plus que pour telle autre. »

Cet extraordinaire pragmatisme conduit à l'éviction des violences gratuites et de la cruauté, non pas que les actions mortelles de la mafia ne soient pas objectivement cruelles mais elles sont réalisées sans sadisme. Une atrocité gratuite n'entraînerait que réprobation. Il ne faut jamais oublier que l'exécutant agit par devoir. Il doit remplir la mission qu'on lui a confiée sans état d'âme et sans pitié. Son geste, à nos yeux impitoyable, sera considéré dans l'organisation comme la preuve de sa grande valeur : homme d'honneur, il a obéi en professionnel, en évitant de mettre en danger sa personne et celle de sa famille (au sens mafieux du terme).

Mais la recherche de l'efficience n'exclut pas pour autant un certain cynisme à des fins de communication, surtout lorsque la mise à mort est organisée selon un scénario comportant des messages. Falcone raconte le cas de Marchese retrouvé avec ses organes génitaux dans la bouche : il avait commis la faute inexcusable d'avoir entretenu une aventure amoureuse avec la femme d'un autre homme d'honneur.

Fenton Bresler raconte, pour sa part, l'histoire d'un jeune Vietnamien, indicateur de la police, tué par des membres de triade. Il fut découvert avec une balle dans chaque œil, une dans chaque oreille et une dernière dans la bouche. Il était ainsi indiqué à qui voulait saisir le message que la triade savait que ce jeune homme « voyait, entendait et disait des choses qu'il n'aurait pas dû voir, entendre et dire ».

Si dans ce cas le message était adressé à la police, dans d'autres la publicité recherchée est plus large. Ainsi les Chinois utilisent une arme appréciée d'eux, le hachoir, non pour tuer mais pour estropier. Ils coupent et entaillent de manière à mutiler définitivement tous les muscles du dos pour faire de la victime un impotent ambulant, symbole du pouvoir des triades qui peuvent choisir de rendre infirme. Dans un autre style, tout aussi explicite, Gerald L. Posner fait état de la pratique des triades de Hong Kong qui exécutent les personnes rebelles à leur pression, en prenant soin de les découper en morceaux et d'exposer au vu et au su de tous les morceaux dans les tunnels de la Cité murée pour décourager les velléités de résistance à l'ordre mafieux.

Toutes ces violences sont utilitaires et fonctionnelles. Mais la violence est *l'ultima ratio* des mafias. Elles s'y résolvent quand il n'est plus possible d'y échapper, et lorsque d'autres méthodes ont échoué : l'assujettissement par l'influence et la corruption.

B – *Les voies de l'influence*

L'exemple japonais de Mitsuru Toyama est parlant. Il crée en 1881 la *Genyosha,* Société de l'Océan Noir, groupe social et paramilitaire précurseur de toutes les sociétés secrètes du Japon moderne, devant servir de force d'appoint à la politique japonaise. Son influence fut énorme au sein des politiques. Il joua un rôle souterrain dans de nombreuses affaires. Ce fut le cas en 1895 quand, à la demande secrète du

15. La *lupara* est le fusil de chasse traditionnel et rural des Siciliens ; arme à tout faire et même à commettre des homicides. L'adjonction de l'épithète *bianca* indique de façon allégorique qu'on use d'un procédé de mise à mort silencieux et qui ne laisse pas de traces.

ministre de la Guerre, une équipe de ses hommes, rompue aux arts martiaux du *ninja,* s'introduisit au palais impérial de Séoul pour y assassiner la reine, offrant de la sorte un prétexte aux Japonais pour envahir la Corée où ils restèrent une cinquantaine d'années.

Toyama fut, en fait, le plus célèbre des *kuromaku,* terme signifiant littéralement *rideau noir,* par référence au théâtre *kabuki* dans lequel un invisible tireur de ficelles intervient sur la scène en manipulant un rideau noir. Bien qu'insatisfaisant le terme occidental qui correspond le mieux est celui de *parrain.* Dans la réalité, *kuromaku* désigne le personnage qui fait le lien entre les *yakusa,* le monde des affaires légales et la politique officielle. Les plus marquants d'entre eux furent : Yoshio Kodama, Yiochi Sasakawa et Nobosuke Kishi.

Ce phénomène d'influence, qu'avec leur art de l'ellipse poétique les Japonais appellent aussi *la brume noire,* a révélé toute sa dimension avec l'affaire *Lockheed.* Il s'avéra que la société américaine Lockheed Aircraft Corporation avait secrètement détourné en espèces plus de 12 millions de dollars à destination du Japon pour acheter des personnalités politiques afin que la compagnie All Nippon Airways et l'Agence nationale de Défense japonaise achetassent les avions de la Lockheed à hauteur d'un milliard de dollars. Kodama fut le centre nodal de cette opération. A lui seul il aurait touché 7 millions de dollars et par le miracle de son intervention les marchés furent passés selon les désirs de l'entreprise aéronautique américaine.

Mais le Japon ne connaît pas que les *kuromaku,* il doit également compter avec les *sokaiyas,* hommes de main payés par tel ou tel groupe pour semer la terreur auprès des petits porteurs dans les assemblées d'actionnaires. Il s'agit d'empêcher ceux-ci de demander des comptes aux dirigeants des entreprises. L'exemple, devenu historique, de cette manière de faire est celui du groupe chimiste Chisso qui a pu ainsi faire taire durant des années les pêcheurs de Minimata, victimes d'une des plus graves pollutions de notre globe.

Changeons de continent et gagnons les Etats-Unis pour y envisager – sans la trancher mais pour évoquer une possible influence des mafieux nord-américains sur les politiques – le cas de l'assassinat de John-Fitzgerald Kennedy. Une des hypothèses retenues par la commission spéciale mise en place en 1979 par la Chambre des représentants est que John et son frère Robert durent leur mort à la transgression du pacte (inconnu d'eux ?) de non-agression contre la criminalité organisée, passé par leur père plusieurs années auparavant avec des mafieux avec lesquels il avait maille à partir, à la suite d'activités peu régulières développées pendant la *Prohibition.* Pour sauver sa vie, il leur aurait promis que John élu ils seraient en paix. L'analyse des votes de quelques Etats laisse à penser que l'élection gagnée d'une poignée de voix pourrait résulter d'un coup de pouce mafieux [16].

L'idée n'est pas si invraisemblable si l'on examine les pratiques sud-italiennes en matière de vote. Il est communément admis que les familles de la mafia y pèsent suffisamment lourd pour faire voter une province, une ville dans le sens souhaité. Enfin, pour finir sur la capacité d'infiltration et donc d'influence, il suffit de mentionner l'arrestation du conseiller financier du cartel colombien de Cali à l'occasion de l'opération internationale de police dite *Green Ice,* en septembre 1992 ; il ne s'agissait ni plus ni moins que de l'inspecteur général de la Banque centrale colombienne, agent spécial du service secret colombien de lutte contre le trafic de drogue (DAS) et représentant son pays aux conférences internationales consacrées à la lutte contre les stupéfiants : Carlos Rodriguez Polonia Camargo [17].

Et quand l'influence ne suffit pas, on corrompt.

16. Lire le numéro spécial de la revue *Historia* (n° 26 de nov. et déc. 1993) consacré à la Mafia.
17. *In Pax Mafiosa, op. cit.*

C. – *Le cancer de la corruption*

Les exemples sont illimités et omniprésents dans le monde. On achète l'inaction, l'incurie, la cécité sélective, la lenteur d'intervention ou le coup de téléphone annonciateur des enquêtes en cours par le versement ponctuel ou régulier de sommes d'argent, d'autant plus facilement acceptées que les salaires des agents de l'Etat sont bas ou les appétits aiguisés.

Un seul cas pour illustrer ce propos : l'affaire *Godber* (1973) du nom de ce haut responsable de la police britannique de Hong Kong qui s'enfuit en Angleterre pour échapper à une enquête sur ses économies, 880 000 $ sur un compte, alors qu'en vingt ans son salaire n'atteignait qu'un maximum de 180 000 $.

Pour les besoins de l'exposé, les trois volets de l'influence, de la corruption et de la violence ont été dissociés, mais dans la réalité ces trois méthodes s'articulent de façon autrement plus imbriquée. Pour le démontrer, il faut s'attarder sur les péripéties qui prospérèrent autour du traité d'extradition signé en 1979 entre la Colombie et les Etats-Unis.

D. – *La combinaison des méthodes (l'exemple colombien)*

L'analyse des relations entre l'Etat colombien et le cartel de Medellín, de 1982 à 1994, à propos notamment de l'application du traité d'extradition de 1979 signé entre la Colombie et les Etats-Unis d'Amérique et permettant l'extradition aux USA des nationaux colombiens susceptibles de se voir reprocher des infractions au code pénal américain, est riche d'enseignement sur le recours aux différentes méthodes de l'influence, de la corruption et de la violence par la mafia locale. Elles n'ont pas été forcément graduées en une escalade progressive mais savamment cumulées et alternées jusqu'à obtenir une déclaration de caducité du traité par la Cour suprême de Colombie en 1991.

Carlos Lehder et Pablo Escobar commencèrent par tenter leur chance en politique, cherchant à se faire élire sur le thème de l'abrogation du texte en cause. Escobar fut élu mais dut constater son impuissance à parvenir à ses fins puisque rejeté par l'oligarchie colombienne régnante.

La corruption a crû dans trois directions majeures (et non limitatives) : la police, la justice et la haute administration (voire les élus). S'agissant de la police, on la disait corrompue à 80 % de ses effectifs au début des années 1980. Difficilement vérifiable dans sa proportion mais néanmoins avéré dans son efficacité, quand on observe qu'au plus fort de la lutte gouvernementale contre les narcotrafiquants courant 1989 et 1990, chaque fois que les forces de l'ordre investissaient l'une des nombreuses propriétés de mafieux, les lieux étaient vides parce que les occupants étaient avisés suffisamment tôt pour fuir. Résultat : 11 000 personnages secondaires interpellés, pas les chefs ni les premiers lieutenants. Pour leur part, les juges se voyaient confrontés à l'alternative suivante : *l'argent ou le cercueil.* Leurs cabinets étaient construits et équipés comme des *bunkers.*

Le plus extraordinaire en même temps qu'incroyable fut l'étonnant marché proposé en 1985 à Panama par les chefs des cartels à un ancien Président de la République et au Procureur général de Colombie : l'amnistie contre le remboursement de la dette extérieure du pays qui s'élevait à l'époque à quelque 90 milliards de francs. Il ne s'agissait là, ni plus ni moins, que d'acheter l'impunité à l'Etat.

Sur le terrain de la violence, les cartels et plus spécialement celui de Medellín se sont révélés monstrueusement efficaces. On estime que *la guerre de la cocaïne* a fait en dix ans 100 000 morts. Dans le seul premier semestre de 1990 on compta 9 300 morts,

ce qui en fait un toutes les 28 minutes en moyenne. Ces chiffres sont éloquents mais les moyens employés ou les cibles visées méritent aussi qu'on s'y attarde :

* assassinat du Procureur général de la République en janvier 1988, en réponse aux poursuites contre Rodriguez Gacha ;

* attentat à la bombe dans un avion de la compagnie Avianca : 107 morts.

* attentat à la voiture piégée (environ 500 kg d'exposif) devant l'immeuble des services secrets chargés, entre autres missions, de la lutte contre les narcotrafiquants, faisant 63 morts et un millier de blessés ;

* assassinat de soldats, de journalistes et de policiers ;

* exécution à l'arme automatique, en plein meeting électoral, du Kennedy colombien candidat aux élections présidentielles de 1990, ennemi déclaré des cartels : Luis Carlos Galan ;

* exécution au printemps 1984 du ministre de la Justice, Lara Bonilla, tué dans sa voiture par un *sicario* de quinze ans.

Il faut bien comprendre que ce que les narcotrafiquants craignaient le plus était d'être jugés aux Etats-Unis, pays où les structures de l'Etat et le fonctionnement des institutions n'offraient aucune prise à l'arsenal habituel de ces délinquants : violence et corruption. Tous, Escobar, Ochoa et Gacha, avaient présent à l'esprit le sort de leur comparse, Carlos Lehder, extradé aux Etats-Unis où il fut condamné à 135 ans de prison. Toute l'énergie déployée n'avait pas d'autre finalité que d'obtenir, outre le silence habituel sans lequel la très haute délinquance ne peut prospérer, l'abrogation d'une convention internationale signée par deux Etats souverains. Ils ont gagné la guerre contre l'Etat de droit puisqu'ils l'ont fait reculer. Ensuite et dès après la décision de la Cour suprême, Escobar se rendait suivi de quinze de ses lieutenants et s'installait dans la prison construite selon ses directives et aménagée par ses soins (salle de musculation, bar, chambres d'amis, salon, etc.), dont il s'évadait un an plus tard en juillet 1992 quelques heures avant que les autorités judiciaires ne lui notifient son transfert dans une prison de sécurité moins luxueuse [18].

La loi ne s'appliquait donc à lui que selon les modalités qu'il avait fixées et quand il le décidait.

Tout ceci montre comment le concept de loi avait été vidé de sa substance, et comment une mafia articule la poursuite de ses objectifs autour du triptyque : influence, corruption, violence.

Laissons conclure Falcone : « Je dirais qu'on menace quelqu'un tant qu'on considère qu'il peut être sensible aux menaces : la mafia a sa rationalité ; elle cherche à réduire au minimum les assassinats puis elle passe à d'autres moyens. Elle mobilise des hommes de culture, des hommes politiques, et même des parlementaires et leur fait poser des questions écrites sur le policier ou le magistrat gênant, ou bien exerce des pressions pour qu'il soit muté. Enfin, elle se résout à l'attentat » [19].

III. - DES ENTREPRISES À BUT TRÈS LUCRATIF

Les mafias sont des entreprises entièrement tendues vers le profit. Elles ne sont pas des entreprises industrielles de transformation mais des entreprises de négoce. Leur goût du profit, leur histoire et leur souci de la discrétion les ont conduites à privilégier le négoce qui dans le domaine des activités clandestines traditionnelles assure des bénéfices énormes et se fait sans investir dans des infrastructures lourdes (comme une

18. Pablo Escobar fut interpellé plusieurs mois plus tard et tué par les forces spéciales de Colombie.
19. *Op. cit.*

usine). C'est ce en quoi l'entreprise mafieuse est criminelle (B). Mais il n'empêche qu'elle est une entreprise (A).

A. – *L'entreprise mafieuse*

Il peut paraître surprenant voire choquant d'assimiler les activités irrégulières des organisations criminelles à l'activité des commerçants et industriels respectueux des règles. Mais pourtant de nombreux détails montrent bien des similitudes.

Ainsi en est-il des *dénominations.*

On parle indifféremment de « syndicat du crime », de « cartel ». Le terme de syndicat est issu du monde et du droit du travail, inséparables de l'entreprise. Quant au mot cartel, il désigne un mode d'entente entre entreprises. Ils appartiennent tous les deux à la sphère économique.

On dit même de Cosa Nostra qu'elle fonctionne comme une holding en prenant des participations et en plaçant des hommes à des postes clés dans diverses activités qu'elle contrôle sans y être trop directement impliquée.

Le terme de « multinationale du crime » est récurrent dans les différents ouvrages consacrés au sujet.

Ainsi en est-il de son besoin d'*expansion internationale.*

L'opération de police *Green Ice* a mis en évidence les liens étroits unissant les cartels colombiens et la mafia italienne, les uns faisant profiter aux autres de leurs réseaux de distribution et inversement.

Fabrizio Calvi [20], journaliste italien spécialisé dans les enquêtes sur la mafia, a décrit les voies et méthodes par lesquelles, depuis la Sicile et l'Italie, Cosa Nostra est partie à l'assaut de l'Europe et y a mis en pratique ses méthodes : détournement des subventions de l'Union européenne, trafic de main-d'œuvre en Belgique, implantation en Allemagne (Francfort et sa région), etc.

Les plus récentes informations sur le développement de la criminalité sur le territoire de l'ex-URSS concordent toutes sur la présence, dès après la disparition du mur de Berlin, de la mafia sicilienne qui investit de gros capitaux.

Les mafias sont notamment [21] conduites à investir le monde car elles sont toutes confrontées à la grande difficulté de trouver des débouchés pour les masses d'argent que leur fournissent le trafic de stupéfiants et les autres activités (racket, prostitution, prêt usuraire, etc.). Franklin Jurado, Colombien, a par exemple blanchi en Europe quelque 36 millions de dollars appartenant au cartel de Cali. Il avait ouvert des comptes dans 68 banques de 11 pays. Cet argent viendrait de la revente de la cocaïne dans les rues de New York [22].

Ainsi en est-il des *structures et organigrammes.*

Les plus hiérarchisées d'entre les mafias restent sûrement, par ordre de rigueur, les triades, Cosa Nostra et les *yakusa.*

Les références sont militaires, avec des « soldats » à la base, des commandements intermédiaires comme les *capo decima* ou bien les « chefs de famille », les *capo mandamento,* avec des organes de définition des orientations générales comme la « coupole » provinciale ou régionale (sorte de directoire), et avec des officiers comme le « bâton

20. Fabrizio Calvi, *L'Europe des parrains : la mafia à l'assaut de l'Europe,* éditions Grasset.

21. Il ne faut pas oublier non plus l'imminence de la rétrocession par les Anglais du territoire de Hong Kong à la Chine populaire à l'échéance de 1997, cause d'un développement de la *diaspora* dans le monde ces dernières années. Lire dans le numéro 12 de décembre 1992 de la *Revue de la Défense nationale* l'article de Richard Sola intitulé « L'internationalisation de la mafia chinoise ».

22. Lire l'article de Vincent Jauvert dans le numéro 1536 du *Nouvel Observateur* (14 au 20 avr. 1994).

rouge » ou le « maître des encens », chargés de missions spécifiques un peu comme il existe des directeurs technique, administratif, des ressources humaines, etc. La finalité de cette hiérarchie est d'obtenir une unité et une indivisibilité dans les objectifs de l'organisation. Tous tendus vers un même but. Est-on si loin de l'esprit d'entreprise ?

Ainsi en est-il de la *recherche du profit.*

Un seul exemple suffirait à mettre en évidence cela : dans le numéro d'octobre 1993 de la revue *Capital*[23], un article présentait les cent hommes les plus puissants d'Europe. Y était mentionné Salvatore Riina, chef présumé de la « coupole », dont la fortune personnelle était évaluée par le magazine à environ 5 milliards de francs. Le poids financier de Cosa Nostra était apprécié à quelque 230 milliards de francs, soit le poids de la firme Fiat.

Pour être plus complet encore, il découle de sources policières que les revenus des organisations mafieuses japonaises atteignaient en 1989 la somme globale d'à peine plus de 9,5 milliards de dollars US, étant précisé que 7,7 milliards étaient constitués de gains illicites. Car en effet les mafias sont des entreprises, mais criminelles par leur nature.

B. – *L'entreprise criminelle*

La clandestinité des origines a laissé des traces en ce sens que les habitudes d'autrefois sont restées. Le jeu, l'exploitation de la prostitution, le racket, le prêt usuraire sont les fleurons des activités illégales mafieuses traditionnelles.

Le jeu

De tout temps et de tous lieux, les tripots sont tenus par des malfaiteurs qui ont compris le côté hautement rémunérateur du jeu clandestin que l'Etat cherche à interdire ou contrôler. Mais tenir une salle de jeu, *a fortiori* si elle est irrégulière, suppose une organisation et une discipline stricte. Les mafias offrent ces qualités-là et l'on peut même dire que leur structure leur assure protection contre les velléités de concurrence ou d'éviction.

S'agissant du Japon, le mot *yakusa* lui-même est issu d'une formule perdante du jeu de carte *hanafuda* (le jeu des fleurs) dans lequel la combinaison : huit, neuf, trois se dit *ya-ku-sa* en japonais. C'est donc le groupe des *bakuto* qui a donné aux Nippons et au monde le terme qui désigne une des formes les plus élaborées de délinquance mafieuse.

Les triades chinoises tiennent aussi le jeu, traditionnellement, au sein d'un peuple très joueur. Leur sens des affaires leur permet par ce biais d'assujettir les plus invétérés, en leur prêtant au taux fort les sommes dont ils ont besoin. Après quoi, soit ils remboursent en acceptant les tarifs pratiqués, et nous sommes là dans le prêt usuraire [24] (qui ne se développe pas que dans ce seul domaine) soit en les forçant à remplir des missions de passages de frontières chargés de stupéfiants pour être quittes. La triade est gagnante sur tous les tableaux.

Aux Etats-Unis, il est notoire que l'immense casino que constitue Las Vegas est aux mains des organisations criminelles américaines qui financeraient avec ces ressources le régime de retraite des camionneurs.

23. Lire le dossier « Les 100 hommes les plus puissants d'Europe » dans le numéro 25 d'octobre 1993 du magazine *Capital.*

24. Le taux serait, selon certaines informations, de 1 % par jour, soit 365 % par an.

L'exploitation de la prostitution

En Orient, Chinois des triades et Japonais des *boryokudan* ont la haute main sur la prostitution tant dans leur pays que dans les pays alentour. Les *yakusa* organisent, et ce commerce est florissant, le tourisme sexuel de leurs compatriotes en Thaïlande, en Corée et aux Philippines. A Bangkok, la concurrence est chinoise.

En 1979, les destinations et les effectifs des touristes japonais étaient les suivants :

* Corée : nombre de visiteurs : 525 326 dont 93,7 % d'hommes.
* Philippines : nombre de visiteurs : 190 637 dont 83,7 % d'hommes.
* Thaïlande : nombre de visiteurs : 80 140 dont 78,9 % d'hommes [25].

Les valeurs traditionnelles catholiques de Cosa Nostra proscrivent formellement l'exploitation de la prostitution, mais leurs frères des USA, en s'éloignant de l'île mère, se sont écartés de cette règle.

L'extorsion de fonds ou racket

Sous couvert de protection contre les exactions qui peuvent venir de ceux-là mêmes qui proposent leur tutelle vigilante, ou bien sous le prétexte de la solidarité due au groupe, un impôt est prélevé par toutes les mafias du monde dans leur communauté : c'est le *pizzo* des Italiens, mais les Chinois sont aussi très exigeants, que ce soit à Hong Kong ou ailleurs dans le monde (financement des *tongs*, associations de Chinois exilés). Les manquements sont sanctionnés sans pitié.

Le *pizzo* est la marque patente de la puissance d'une famille sur un ressort territorial, la manifestation évidente de son pouvoir. Outre sa fonction rémunératrice, la fonction symbolique de contrôle d'un secteur aide à comprendre la vigilance aiguë qui entoure cette prérogative.

Subventions et concessions

L'argent public représente des masses importantes que les mafias lorgnent avec concupiscence. Elles s'emploient à trouver les moyens de les détourner à leur profit. Cet aspect de l'activité des mafias est plus récent mais n'est pas moindre.

C'est ainsi que Cosa Nostra a encaissé d'énormes subventions de la CEE attribuées aux agriculteurs des pays européens méditerranéens pour arracher des champs entiers d'agrumes produits en trop grande quantité. Il a même été écrit qu'en Sicile il avait été arraché des surfaces supérieures à celles plantées [26].

Le commerce des drogues

Mais les mafias du monde, pour riches qu'elles aient été de ces domaines réservés ou plus modernes, ont maintenant la gestion d'un pactole énorme : *le commerce des drogues*. Le phénomène est récent à l'échelle de l'histoire puisque la consommation n'a vraiment connu son développement exponentiel qu'à compter des années 70. Les *yakusa* maîtrisent le marché très prisé chez eux du *shabu* ou « diamant blanc » c'est-à-dire d'une amphétamine : « méthamphétamine » ou *meth*. Ce commerce représenterait la moitié des revenus des *yakusa*. Il y aurait entre 300 000 et 600 000 personnes dépendantes et le gramme de marchandise se vendrait entre 400 et 1 300 dollars.

Les triades chinoises surveillent la culture du pavot, assurent l'acheminement de la pâte d'opium, la transformation en morphine puis en héroïne, le transport dans le

25. Chiffres mentionnés dans *Yakusa, op. cit.*
26. Lire *L'Europe des parrains, op. cit.*

monde entier des dérivés opiacés depuis les contrées reculées du Triangle d'Or situé aux confins de la Birmanie, de la Thaïlande, du Laos et de la Chine.

Les cartels colombiens ont la haute main sur la fabrication du chlorhydrate de cocaïne, sur son exportation en Amérique du Nord et dans le monde entier.

Cosa Nostra, malgré les réserves dues à la tradition de l'organisation, a vu nombre de ses membres se jeter dans le trafic de l'héroïne en utilisant l'aubaine que constituaient les réseaux de revente des cigarettes blondes de la Camorra.

Le commerce international des stupéfiants, évolutif et changeant au gré des modifications politiques et économiques, représente une nouvelle donnée de l'économie. Selon les sources, le chiffre d'affaires global annuel des drogues serait compris entre 300 et 500 milliards de dollars US.

Ces flux monétaires, tous les ans réitérés, sans compter les bénéfices des sommes précédemment investies, constituent à coup sûr le pilier majeur de la puissance grandissante des mafias. Cet aspect de leur activité mériterait qu'on y consacrât des analyses poussées car il est devenu, au-delà du seul problème de sécurité intérieure de tel ou tel Etat, une donnée de géopolitique [27], s'articulant autour d'implications économiques, politiques et même militaires.

Quelques exemples illustrent bien cela :

– En 1992, le Croissant d'Or (Afghanistan, Pakistan et Iran) serait à l'origine de 70 % de l'héroïne consommée en Europe, et de 20 % de celle destinée au marché nord-américain.

– En 1992, le Triangle d'Or (Thaïlande, Birmanie, Laos, Chine) conserve sa position de premier producteur et exportateur mondial d'héroïne.

– En 1992, confirmation de l'essor de la culture du pavot et du cannabis dans les nouveaux pays de l'Asie centrale (ex-URSS).

– En 1992, tous les pays d'Amérique latine sont concernés par les stupéfiants alors que peu auparavant la Bolivie, le Pérou et la Colombie tenaient leur triste monopole.

IV. – CONCLUSION : MAFIAS ET FONCTIONNEMENT MAFIEUX

Tout ce qui vient d'être décrit sur les caractéristiques des mafias définit implicitement, par comparaison, les formes de délinquance organisée non mafieuse. Au bout du compte, une bande ne résiste pas à l'arrestation ou à la disparition de son chef. Une mafia, si. C'est la durée et la pérennité de la structure au-delà des hommes, comme dans une entreprise bien gérée, qui signe la mafia comme organisation criminelle.

Pour autant, des bandes, des réseaux peuvent fonctionner comme des mafias, par la violence, le meurtre, la corruption, sur leurs mêmes terrains traditionnels de prédilection. Là réside une cause d'ambiguïté qui peut faire croire à l'observateur que telle ou telle partie du monde est en proie aux agissements d'une mafia, alors qu'en fait il n'y en a aucune d'implantée. *Un fonctionnement mafieux n'est pas la preuve suffisante de l'existence d'une mafia.*

Les cas de la Russie et des ex-Etats de l'URSS offrent à cet égard de riches enseignements. Si des mafias s'y trouvent, elles ne sont pas locales ; il s'agit de Cosa Nostra, des cartels colombiens mais, en l'état des informations dont on dispose, il est encore audacieux d'assimiler à des mafias constituées les réseaux de l'ancienne Armée rouge, de l'ancienne *nomenklatura* communiste, ou les bandes de voleurs, fussent-ils tchètchènes. Souvent et même toujours – nous l'avons vu – les mafias vivent là où un Etat

27. Lire l'introduction du rapport 1992-1993 *La drogue, nouveau désordre mondial* de l'Observatoire géopolitique des drogues, éditions Pluriel Intervention.

assure les fonctions régaliennes fondamentales ; elles en ont besoin pour y prendre appui : c'est l'essence même du parasitisme mafieux. En Russie, l'Etat est absent ou chaotique dans des proportions que nous avons du mal à imaginer ; plus encore, la société est fondamentalement déstabilisée : tout est à refaire. Après le totalitarisme communiste et la rigidité de l'économie planifiée, les Russes sont passés à une économie libérale sauvage sans contrôle aucun où la référence est le profit, idolâtré comme principe intouchable de toute activité et de toute liberté, par contraste avec la période précédente. Cette folie du profit, corollaire indissociable d'une liberté sans frein qui submerge le territoire de l'ex-URSS, fait des ravages car il conduit les anciens citoyens soviétiques à refuser toute forme de tutelle, dont d'Etat.

L'interview du directeur de l'usine d'armes Majdavod de Moscou, employant 18 000 ouvriers, est étonnante : il déclare qu'il vend comme avant les armes qu'il continue à fabriquer (comme s'il était devenu le propriétaire personnel de l'entreprise). Il choisit ses marchés, ses clients, sans tutelle dans un domaine qui, par essence, ressortit des prérogatives étatiques. Et d'ajouter : « seul compte le bénéfice » [28].

Il faut ajouter, pour être complet, que les conditions matérielles de vie dans le pays sont précaires et que chacun monnaye ce dont il dispose, sans en être forcément propriétaire, pour assurer le quotidien : le militaire vend des armes ou des matières nucléaires, le cadre du parti use de ses privilèges de naguère. Il faut bien vivre et comme l'Etat ne remplit plus ses fonctions régaliennes, l'impunité est garantie. Tous les ingrédients sont réunis pour favoriser tous les trafics, tous les marchés noirs...

Un journaliste de *Literatournaya Gazieta* rapporte que dans les rues d'une grande ville russe il s'est vu proposer par un ouvrier, d'abord de l'uranium, ensuite du sucre [29].

N'est-on pas plus près d'une zone « hors la loi », attractive pour les aventuriers, comme au temps du *Far West* américain où la loi et les règles ne s'appliquaient que laborieusement ?

Pour autant, de sérieux dangers existent car la situation russe n'est pas anodine. Le premier est relatif à la présence des mafias constituées venues de l'extérieur, qui guettent, investissent, placent leurs intérêts, se positionnent, contrôlent et s'allient aux plus doués des délinquants locaux. Le deuxième réside dans l'impérieuse nécessité de ne pas laisser perdurer les conditions actuelles, sans quoi la conjonction des ingrédients constituera, à coup sûr, un terreau fertile pour les esprits entreprenants, dans lequel les mafias locales de demain pourraient bien naître et s'enraciner. L'actuelle réduction par les armes de la sécession tchètchène, peuple qui offre déjà à la délinquance des bandes structurées, lui donnera une cause patriotique à défendre, donc une clandestinité à organiser et des financements à trouver. Nous avons vu combien cela est propice à la naissance des structures mafieuses.

On a donc raison de s'inquiéter des faits graves qui se passent en Europe de l'Est. Mais il est peut-être encore trop tôt pour affirmer l'existence de mafias russes constituées (au sens du présent article).

« La mafia soviétique, je la vois davantage pour le moment comme un problème de corruption administrative généralisée. Il ne faut pas tout confondre et appeler mafia ce qui ne l'est pas. Faute de quoi, on s'avère incapable d'élaborer des stratégies différenciées et on devient moins efficace » (Falcone [30]).

Falcone est prudent de cantonner son appréciation par la locution « pour le moment », car on ne sait de quoi les lendemains de la Russie seront faits dans ce domaine. D'une manière plus générale, rappelons cette observation de Ianni [31], anthropologue des mafias nord-américaines : « L'étude de la mafia en tant que forme de

28. Emission de télévision « Première ligne », France 2, courant 1994.
29. Emission de télévision « Cinq continents », France 3, 12-21 nov. 1994).
30. *Op. cit.*
31. *Op. cit.*

contrôle social semble également fournir quelques leçons intéressantes sur les rapports entre les systèmes sociaux criminels ou délictuels et la société qui les entoure. La soumission totale de la population au contrôle de la mafia vient de l'irrésistible besoin de protection de l'individu (...). Finalement, la mafia offre un modèle de rapports sociaux constituant un système social viable (...). Une fois établie, la mafia persiste à travers les changements de conditions sociales, politiques et économiques, accomplissant simplement des fonctions différentes selon les besoins de la société, qui varient avec les époques. Elle peut passer de l'organisation politique à l'organisation criminelle, et *vice versa,* sans trop de bouleversements internes. »

C'est en quelque sorte « la possibilité d'un second monde à côté du monde manifeste » [32] où les pratiques réelles n'ont plus grand-chose à voir avec l'esprit des lois et des institutions ; c'est ce en quoi *les mafias sont plus qu'une simple criminalité.*

Bibliographie

Richard Caroll, *Les Bandits,* éditions Balland.

Alfred Mac Coy, *La politique de l'héroïne en Asie du Sud-Est,* Flammarion.

Giovanni Falcone et Marcelle Padovani, Cosa Nostra, n° 1, *Austral.*

F. Vitrani, L'Italie aux mains des clans, *Le monde diplomatique* de mars 1991.

Fabrizio Calvi, *L'Europe des parrains,* Grasset.

Fabrizio Calvi, *La vie quotidienne de la mafia de 1950 à nos jours,* Grasset.

Francis A.J. Ianni, Des affaires de famille ; la mafia à New York, *Terre humaine,* Plon.

Observatoire géopolitique des drogues, *La drogue, nouveau désordre mondial,* Hachette/Pluriel.

Fenton Bresler, *La mafia chinoise,* Philippe Picquier.

Jean Susini, La bureaucratisation du crime, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.*

Gérard L. Polsner, *Triades, la mafia chinoise,* Stock.

Hubert Prolongeau, *La vie quotidienne en Colombie au temps du cartel de Medellín,* Hachette.

Jean Ziegler, *La Suisse lave plus blanc,* Seuil.

Jacques Derogy et Jean-Marie Pontaux, *Enquête sur les mystères de Marseille,* Laffont.

Jean-François d'Aubert et Gallet, *Rapport parlementaire sur la mafia en France.*

Marie Schwartzenberg, Le crime organisé en URSS, une menace pour la *Perestroïka, Problèmes politiques et sociaux,* n° 629, 1990.

Pierre Lacoste, *Les mafias contre les démocraties,* Lattès.

Giovanni Falcone, Qu'est-ce qu'une mafia ?, Revue *Esprit,* n° 10 de 1992.

Richard Sola, L'internationalisation de la mafia chinoise, *Revue de la Défense nationale.*

F. d'Arcais et P. Lazar, Dérives italiennes, Revue *Esprit,* n° 12 de 1992.

S. Larembeck, Les enjeux économiques et financiers du trafic de drogue, *Regard sur l'actualité* de septembre 1992.

David Kaplan et Alec Dubro, *Yakusa, la mafia japonaise,* Philippe Picquier.

J.-F. Couvrat et N. Pless, *La face cachée de l'économie mondiale,* Hatier.

Claire Sterling, *Pax mafiosa, les multinationales du crime vont-elles s'emparer du pouvoir au niveau mondial ?,* Laffont.

32. Georges Simmel, sociologue allemand, *in Des affaires de famille, op. cit.*

La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal

Haritini MATSOPOULOU

Docteur en droit

1. Parmi les peines qui ont toujours eu la faveur du législateur se trouvent tout naturellement les peines patrimoniales. Elles ont, à l'évidence, un caractère préventif, car elles peuvent être assez vite dissuasives ; elles procurent des ressources à l'Etat ; elles ne nécessitent pas d'investissements coûteux, à la différence des prisons qui requièrent des locaux, du personnel et des mesures de sécurité, et enfin, elles ne désocialisent pas le condamné, même si elles n'ont aucune vertu curative. Sans doute, au sein des peines patrimoniales, il en existe qui peuvent ne pas respecter le principe de la personnalité des peines, mais tel n'est pas toujours le cas avec la confiscation qui, comme certains auteurs l'ont observé [1], frappe le délinquant « par là où il a fauté », ce qui fait qu'à première vue la confiscation répond au principe de proportionnalité.

2. A vrai dire, le terme de confiscation recouvre deux réalités différentes. Il y a la confiscation générale et la confiscation spéciale. La première, très critiquée du fait de son injustice, a souvent été utilisée dans le domaine des infractions contre l'Etat ou le souverain, en raison de son effet dissuasif [2]. Supprimée dans les Chartes de 1815 et 1830, elle devait être rétablie en 1918 contre les traîtres [3].

Le nouveau code pénal [4], tout en ne faisant pas figurer la confiscation générale dans le catalogue des peines, l'édicte dans des hypothèses particulières : crimes contre l'humanité, génocides ou autres (art. 213-1, nouv. c. pén.), trafic de stupéfiants (art. 222-49, al. 2, nouv. c. pén.), ce qui, pour le cas où elle serait effectivement prononcée, pourra susciter des problèmes de mise en œuvre, en l'absence de dispositions comparables aux anciens articles 37 à 39 du code pénal.

A côté de cette sanction très grave, le législateur a organisé une confiscation spéciale dont l'article 11 du code pénal indiquait qu'elle était une peine commune aux matières criminelles et correctionnelles, et qu'elle avait pour objet le corps du délit (si la propriété en appartient au condamné), « la chose produite par le délit ou celle ayant servi ou destinée à le commettre ».

1. W. Jeandidier, *Juris-Classeur pénal*, 1986, art. 11, n° 1.

2. R. Merle et A. Vitu (V. *Traité de droit criminel*, 6e éd. t. I, Cujas, 1989, p. 920) reprennent à leur compte l'observation de Bodin, *De la République*, p. 502.

3. Aussi bien, elle ne pouvait être prononcée pour des faits commis en temps de paix : Crim. 9 nov. 1955, *Bull. crim.*, n° 471. Etant obligatoire, la confiscation générale était indifférente à l'admission des circonstances atténuantes : Crim. 7 mai 1951, *Bull. crim.*, n° 135.

4. La première version de l'Avant-projet de code pénal conservait la confiscation générale ; mais par la suite, et notamment dans la version de 1983, elle n'y figure plus (cf. W. Jeandidier, *Droit pénal général*, éd. Monchrestien, Paris, 2e éd., 1991, n° 401).

3. Certes, cette disposition apparaissait totalement inexacte ou imprécise. Tout d'abord, à s'en tenir à l'article 11 ancien du code pénal, la confiscation ne concernerait pas les contraventions. Néanmoins, l'article 464 du code pénal apportait un démenti formel, tout comme les articles R 27, R 32, R 36, R 39-1 et R 41-1 de l'ancien code pénal, visant notamment les poids et mesures différents de ceux établis par la loi, ou les moyens de paiement ayant pour objet de suppléer ou de remplacer les signes monétaires ayant cours légal.

Ensuite, compte tenu de la jurisprudence intervenue en matière d'armes prohibées, de denrées alimentaires ou boissons falsifiées, la confiscation n'est pas toujours une peine, puisqu'elle peut être prononcée malgré l'acquittement du prévenu [5]. Certes, la Cour de cassation n'a pas toujours indiqué sur quel principe elle se fondait en pareil cas, mais depuis une soixantaine d'années la doctrine considère que la confiscation n'est pas seulement une peine, mais est aussi parfois une mesure de sûreté, ou une mesure de police [6], voire « une mesure d'ordre public ayant pour objet de réparer le dommage causé », et se trouvant dès lors soustraite aux effets d'une loi d'amnistie [7].

Enfin, dans certaines hypothèses, c'est la loi elle-même qui fait de la confiscation une sorte de peine privée [8]. Ainsi, de manière classique et constante, cette conception se trouve-t-elle admise en matière de brevets d'invention [9], de marques de fabrique (ancien art. 422 et 422-1 ; cf. ancien art. 423-2, textes devenus art. L 716-9, c. propr. intell. du 1er juill. 1992, modifié par la loi du 5 févr. 1994, art. 716-10 et art. L 716-14, c. propr. intell.), de protection des dessins et modèles (Loi du 14 déc. 1909, actuel art. L 521-3, c. propr. intell.) et dans le domaine de la propriété littéraire et artistique (art. 425 c. pén., devenu art. L 335-2, c. propr. intell., et spécialement art. 429, c. pén., art. L 335-7, c. propr. intell.) [10]. En pareils cas, les dispositions légales indiquent que soit le matériel, soit les recettes [11], soit les objets contrefaisants [12] sont confisqués en vue de leur remise à la victime pour l'indemniser de son préjudice, sans pour autant lui ôter tout droit à des dommages-intérêts [13].

La confiscation se présente donc comme une mesure de réparation, et non comme une peine. De ce fait, elle ne fait pas échec à l'application des lois d'amnistie déclarant amnistiés les délits pour lesquels seule une peine d'amende est encourue [14]. Mais cette confiscation, parce qu'elle a le caractère de mesure de réparation, ne saurait être

5. V. par ex. : Crim. 12 juill. 1860, *Bull. crim.*, n° 156, *S.* 1860.I.1017.

6. Akhlaghi-Ghazani, *Les peines accessoires ou complémentaires et la notion de mesures de sûreté en droit français*, thèse, Paris, 1962, et plus spéc. p. 208 à 274. Pour cet auteur, la confiscation spéciale, dans la mesure où elle présente un caractère réel serait très souvent une mesure de sûreté tendant à éviter la réitération d'une infraction (V. thèse préc., p. 208, p. 252 et s.). Mais toutes les solutions jurisprudentielles ne peuvent être expliquées par cette idée que le droit français répugne à consacrer législativement.

7. Cf. pour des fausses mesures : Crim. 16 janv. 1920, *S.* 1920.1.287.

8. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15e éd., Précis Dalloz, 1994, n° 563.

9. Art. 49 de la loi du 5 juill. 1844. La loi du 2 janvier 1968 n'avait pas assorti d'une sanction pénale la contrefaçon d'un brevet, mais l'article 57 de cette loi autorisait le juge civil à prononcer la confiscation. La loi du 26 novembre 1990 a rétabli une incrimination qui, d'abord insérée à l'article 423-5 c. pén. se trouve aujourd'hui à l'article L 615-14, c. propr. intell.

10. V. Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 7e éd., 1994, n° 390.

11. Les recettes dont la confiscation est prescrite doivent s'entendre du profit retiré de la contrefaçon, et non pas du chiffre d'affaires réalisé : Crim. 5 nov. 1976, *Bull. crim.*, n° 313, *D.* 1977, p. 221, note X. L., *RTD com.* 1976, p. 728, obs. Desbois.

12. En matière de livres, la confiscation peut concerner l'ouvrage lui-même, comme les planches, moules ou matrices ayant servi à la confection du livre contrefait : Crim. 18 mai 1938, *Bull. crim.*, n° 139.

13. V. Crim. 22 juin 1994, *Bull. crim.*, n° 249.

14. Telle est la solution qui a été admise en matière de brevet d'invention sous l'empire de la loi du 5 juill. 1844 (Crim. 6 nov. 1969, *Bull. crim.* n° 294, *JCP* 1970.II.16348, note Delpech) ; en matière d'œuvres d'art appliquées protégées par la loi du 11 mars 1957 (Crim. 9 oct. 1974, *Bull. crim.*, n° 281) ; en matière de dessins et modèles (Crim. 4 mars 1975, *Bull. crim.*, n° 70). A nouveau la solution a été consacrée par des arrêts du 16 décembre 1975 (*Bull. crim.*, n° 280) et du 28 juin 1982 (*Bull. crim.*, n° 173).

prescrite en l'absence d'une déclaration de culpabilité [15]. Il reste toutefois que les juges paraissent en droit de l'ordonner, même si les objets appartiennent à des tiers. Une telle solution peut se concevoir, dans la mesure où les objets contrefaisants ne sauraient être laissés en circulation, peu important que leur propriété repose sur la tête d'un tiers [16].

4. Par ailleurs, en matière fiscale ou douanière, la position de la jurisprudence est assez nuancée. Dans le domaine fiscal, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé à la fois que la confiscation est une peine pécuniaire au même titre que l'amende [17] et qu'elle est une sanction s'attachant au corps du délit comme réparation du préjudice occasionné au Trésor [18], indépendamment de toute répression infligée à l'agent [19]. Aussi bien, elle peut être prononcée après le décès du contrevenant [20], si du moins il existe une contravention légalement constatée [21]. Néanmoins, une saisie préalable est nécessaire [22], mais il importe peu qu'elle soit réelle ou fictive [23]. De plus, depuis un arrêt du 19 mars 1990 [24], la Cour de cassation considère que la confiscation ne peut être prononcée qu'une fois pour un même objet de fraude [25], même si plusieurs infractions ont été relevées, ce qui permet de dire que cette sanction présenterait aujourd'hui, depuis la loi du 29 décembre 1977 ayant accordé des garanties de procédure aux contribuables [26], plus le caractère de peine que celui de réparation.

En matière douanière, la jurisprudence adopte à peu près les mêmes solutions. Prévue tantôt comme peine principale [27], tantôt comme peine complémentaire [28], la confiscation est considérée comme constituant une réparation civile [29], ayant un caractère réel frappant « l'objet trouvé en délit », sans qu'il soit nécessaire qu'il s'agisse

15. V. en matière de fraudes dans le domaine artistique : Crim. 16 janv. 1992, *Bull. crim.*, n° 17.

16. En ce sens : Jeandidier, *Juris-Classeur pénal*, art. 11, n° 44 ; Crim. 21 oct. 1948, *D.* 1948, p. 568 ; Crim. 28 mars 1955, *Bull. crim.*, n° 180, *D.* 1955, p. 400, cette *Revue*, 1955, p. 673, observ. Légal.

17. V. Crim. 19 juin 1937, *DH* 1937, p. 537.

18. Les pénalités sont attachées aux infractions matérielles sans qu'il soit nécessaire qu'un préjudice ait été effectivement causé au Trésor : Crim. 4 janv. 1977, *Bull. crim.*, n° 1 et les arrêts cités.

19. Crim. 21 oct. 1948, *D.* 1948, p. 568. La jurisprudence avait tiré de ce caractère de réparation que la confiscation pouvait être prononcée autant de fois qu'il y avait d'infractions en cause, étant entendu que la deuxième ou la troisième confiscation ne pouvait avoir lieu que d'après la valeur du bien : Crim. 6 oct. 1954, *Bull. crim.*, n° 286 (la valeur est fixée souverainement par les juges du fond : Crim. 15 févr. 1977, *Bull. crim.*, n° 58 et les arrêts cités).

20. Crim. 1er mars 1956, *Bull. crim.*, n° 215 ; Crim. 12 déc. 1973, *Bull. crim.*, n° 461 ; cf. également : 4 juin 1910, *Bull. crim.*, n° 292. L'instance doit avoir été portée devant le tribunal répressif avant le décès du contrevenant : Crim. 9 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 104.

21. Crim. 29 oct. 1973, *Bull. crim.*, n° 386 ; Crim. 23 nov. 1981, *Bull. crim.*, n° 310 ; Crim. 6 mars 1989, *Bull. crim.*, n° 104.

22. Crim. 4 janv. 1971, *Bull. crim.*, n° 1 ; Crim. 19 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 120.

23. Crim. 3 nov. 1988, *Bull. crim.*, n° 367 ; Crim. 6 mars 1989, *Bull. crim.*, n° 104. La confiscation doit obligatoirement se faire réellement quand l'objet saisi est prohibé : Crim. 1er févr. 1993, *Bull. crim.*, n° 52.

24. Crim. 19 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 120 ; Crim. 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 107 ; Crim. 25 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 141 ; Crim. 30 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 395.

25. La confiscation ne saurait être prononcée si l'infraction poursuivie n'est pas constitutive d'une fraude portant sur des objets ou marchandises pouvant donner lieu à une saisie en contravention : cf. pour les billets de discothèque : Crim. 3 nov. 1993, *Bull. crim.*, n° 322.

26. Sur cette loi V. Tixier, « Garanties de procédure en matière fiscale et douanière (Commentaire de la loi n° 77-1453 du 29 déc. 1977). Aspects de droit fiscal pénal », *D.* 1978, chron., p. 131 ; Castagnède, « La loi du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière », *JCP* 1978.I.2892.

27. Pour les contraventions de la troisième classe (art. 412, c. douanes) et pour les délits (art. 414 et 415, c. douanes).

28. Art. 430, c. douanes.

29. Aussi bien, en cas d'abrogation de la loi pénale, l'administration des douanes conserve son droit d'obtenir la confiscation : Crim. 28 févr. 1930, *DH* 1930, p. 212.

d'une chose prohibée [30]. Elle peut donc être prononcée malgré le décès du contrevenant si la saisie a été faite de son vivant [31] et même en cas de poursuites dirigées contre inconnu [32], de mise hors de cause de l'intéressé [33], par exemple pour raison de démence [34] ou même d'intervention d'une loi d'amnistie [35]. En outre, la loi permet à l'administration de demander au juge, que l'objet susceptible de confiscation ait pu ou non être saisi, le prononcé d'une condamnation au paiement d'une somme correspondant à sa valeur [36], tandis que le propriétaire des biens confisqués n'est pas admis à les revendiquer, même dans l'hypothèse de dépossession à la suite d'un délit [37].

Et si, depuis la loi du 29 décembre 1977, le juge a le pouvoir, s'il retient les circonstances atténuantes, de libérer les contrevenants de la confiscation des moyens de transport, des objets ayant servi à masquer la fraude ou à réduire le montant des sommes tenant lieu de confiscation des marchandises de fraude, la jurisprudence considère qu'en cas de contrebande ou d'importation sans déclaration la confiscation s'applique toujours [38].

5. Mais hors de ces hypothèses particulières où la confiscation présente un caractère hybride, car elle vise à punir comme à réparer, cette sanction est demeurée longtemps soumise à la règle posée par l'article 11 du code pénal et au principe de légalité. L'article 11, selon l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de cassation, spécifiait les objets sur lesquels elle peut porter. Il pouvait donc s'agir du corps du délit, si la propriété en appartient au condamné, ou bien des choses produites par le délit ou de celles ayant servi ou étant destinées à le commettre. Du fait de cette rédaction, la Cour de cassation devait décider qu'en ce qui concerne l'instrument du délit ou le produit du délit les juges sont en droit de le confisquer quand bien même il ne serait pas la propriété du délinquant [39]. Sans doute a-t-on contesté une telle solution au motif qu'elle méconnaîtrait le principe de la personnalité des peines [40]. Mais, comme on l'a justement fait observer [41], la confiscation en pareil cas a un rôle préventif, de sorte qu'il incombe au propriétaire d'une chose pouvant être utilisée pour commettre une infraction de jouer le rôle d'un policier auxiliaire ou d'un policier vigilant.

De toute façon, en ce qui concerne les hypothèses pour lesquelles la confiscation pouvait être ordonnée, la jurisprudence s'en est tenue strictement au principe de la légalité. S'il existait un texte autorisant cette mesure, la décision qui la visait ne pouvait être critiquée [42]. En revanche, faute de texte, la décision des juges ne pouvait qu'être

30. Cf. par ex. : Crim. 5 août 1938, *Bull. crim.*, n° 200.
31. Crim. 16 déc. 1898, *S.* 1899.I.529, note J.-A. Roux.
32. Crim. 5 févr. 1915, *DP* 1919.I.35.
33. Crim. 29 oct. 1936, *DH* 1936, p. 589 ; Crim. 29 juin 1938, *Bull. crim.*, n° 164.
34. Crim. 5 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 131.
35. Crim. 18 juin 1957, *D.* 1957, p. 544.
36. Art. 435, c. douanes ; cf. Crim. 5 nov. 1974, *Bull. crim.*, n° 311. En ce cas, le juge arbitre souverainement la valeur de la marchandise de fraude : Crim. 20 janv. 1971, *Bull. crim.*, n° 20. Mais la condamnation pécuniaire doit être égale à la valeur des objets, calculée d'après le cours du marché intérieur : Crim. 3 nov. 1972, *Bull. crim.*, n° 320 ; Crim. 28 nov. 1973, *Bull. crim.*, n° 442. Pour la prise en compte d'une offre d'achat : Crim. 14 janv. 1991, *Bull. crim.*, n° 22.
37. Crim. 20 oct. 1971, *Bull. crim.*, n° 274, *Rev. sc. crim.*, 1972, p. 387, observ. Vitu. V. aussi à propos d'une confiscation en matière de change : Civ. 22 juill. 1958, *JCP* 1959.II.11036, note Legeais. Le propriétaire n'a de recours que contre l'auteur de la fraude : art. 376, c. douanes ; Hoguet, *Répertoire pénal Dalloz*, V° Douanes, n° 330.
38. Crim. 8 déc. 1983, *Bull. crim.*, n° 327 ; Crim. 17 déc. 1984, *Bull. crim.*, n° 405.
39. V. essentiellement : Crim. 13 nov. 1931, *Bull. crim.*, n° 255, *DH* 1932, p. 7, *S.* 1934.I.153, note Hugueney ; Crim. 5 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 109, *Gaz. Pal.*, 1987.2.445, Pradel et Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. II : le procès, la sanction, 3e éd., Sirey, 1992, n° 38.
40. Pradel, *Droit pénal général*, 9e éd., Cujas, 1994, n° 616 ; cf. antérieurement R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. II, 3e éd., Paris, 1913-1924, nos 647 et s.
41. Hugueney, note précitée, sous Crim. 13 nov. 1931, *S.* 1934.I.153.
42. Crim. 5 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 463.

censurée [43], comme le démontre encore des arrêts de la Cour de cassation en date du 12 mars 1990 [44] ou du 17 novembre 1993 [45].

6. Il est vrai, cependant, qu'à la suite des dispositions destinées à lutter contre les courtes peines d'emprisonnement issues de la loi du 11 juillet 1975 et de celles du 10 juin 1983, les juges ont été autorisés non seulement à retenir comme seule peine principale une peine complémentaire, donc éventuellement la confiscation (art. 43-1, c. pén.), mais encore à prononcer la confiscation (soit d'un véhicule, soit d'une arme), voire de l'un des objets définis à l'article 11, quand bien même la confiscation spéciale n'aurait pas été expressément prévue par la loi. Nul doute qu'en élargissant les pouvoirs du juge le législateur a entendu privilégier le caractère de peine et de peine pécuniaire que présente la confiscation, puisque cette mesure peut concerner des objets ne présentant en eux-mêmes aucun caractère dangereux.

7. C'est cette conception que paraît consacrer le nouveau code pénal de 1992 entré en application le 1er mars 1994. Si, sur certains points, il se montre révolutionnaire, par exemple quand il déclare que « les personnes morales sont pénalement responsables » (art. 121-2, nouv. c. pén.) [46], en revanche, il est beaucoup moins novateur dans le domaine des peines, même s'il porte à dix ans le plafond de l'emprisonnement correctionnel, s'il étend le domaine de la semi-liberté ou assimile la réhabilitation à l'amnistie quant aux effets. Comme son prédécesseur, il conserve les peines de substitution, et parmi elles la confiscation du véhicule, la confiscation d'une arme, et même la confiscation de la chose ayant servi ou destinée à commettre l'infraction ou de celle qui en est le produit (art. 131-6 et 131-14, nouv. c. pén.). Par ailleurs, il range dans les peines complémentaires la confiscation d'un objet (art. 131-10, nouv. c. pén., art. 131-16, nouv. c. pén.).

Néanmoins, au titre du contenu et des modalités d'application de certaines peines, l'article 131-21 du nouveau code pénal apporte quelques dispositions particulières. Selon l'alinéa 1er, « la peine de confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés par la loi ou le règlement dangereux ou nuisibles ». Complétant ce principe, l'article 132-58, sur la dispense de peine et l'ajournement du prononcé de celle-ci, précise qu'une décision de cette nature peut intervenir en matière correctionnelle ou contraventionnelle, après que le juge a déclaré le prévenu coupable et a « statué s'il y a lieu sur la confiscation des objets dangereux ou nuisibles ». Par ailleurs, l'article 131-21, dans son alinéa 4, prévoit que la confiscation peut être ordonnée en valeur, si la chose n'a pas été saisie ou ne peut être représentée, étant précisé que pour le recouvrement de la confiscation en valeur s'appliquent les dispositions sur la contrainte par corps. Enfin, l'article 133-1 soumet la confiscation au régime du recouvrement des amendes, en cas de décès ou de dissolution de la personne morale.

Ainsi, le nouveau code pénal accentue l'aspect peine de la confiscation en insistant sur son caractère de condamnation pécuniaire. Néanmoins, validant en quelque sorte la jurisprudence rendue dans certains domaines, il consacre une notion de confiscation mesure de sûreté qu'il soumet à un certain régime, tout en fixant des limites à cette notion particulière. Pour rendre compte de cette situation, nous envisagerons tout

43. Crim. 3 févr. 1887, *DP* 1887.I.462 ; Crim. 2 janv. 1925, *S.* 1926.I.189 ; Crim. 30 nov. 1950, *Bull. crim.*, n° 275.

44. Crim. 12 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 115.

45. Crim. 17 nov. 1993, *Bull. crim.*, n° 344 ; V. également : Crim. 2 oct. 1986, *Bull. crim.*, 264.

46. V. sur ce point : Colloque organisé par l'Université de Paris-I, Panthéon-Sorbonne, le 7 avril 1993 et publié à la *Rev. sociétés* 1993, p. 229 à 388 ; Colloque organisé par l'Université de Limoges, le 11 mai 1993, *Petites affiches*, 6 oct. 1993, M.-E. Cartier, *in Le nouveau code pénal, enjeu et perspectives*, Dalloz 1994, p. 37 et s., B. Bouloc, La responsabilité pénale des entreprises en droit français, *RID comp.*, 1994, p. 669 et s.

d'abord l'accroissement du rôle de peine attribué à la confiscation spéciale, puis l'ébauche d'un régime juridique de la confiscation spéciale mesure de sûreté.

I. – L'ACCROISSEMENT DU RÔLE DE PEINE ATTRIBUÉ À LA CONFISCATION SPÉCIALE

8. De manière très générale, la confiscation emporte attribution à l'Etat de la propriété de certains objets ayant un rapport avec l'infraction [47], à moins d'un texte spécifique prévoyant leur destruction [48] ou leur attribution à un tiers [49] (art. 131-21, al. 5). Si l'objet en cause n'est pas dangereux ou illicite en lui-même, le fait d'en attribuer la propriété à l'Etat équivaut à prononcer une peine de nature patrimoniale équivalant à sa valeur. Aussi bien, une telle sanction se trouve-t-elle, en principe, soumise à la règle de la légalité. A vrai dire, eu égard aux dispositions adoptées depuis déjà un certain nombre d'années, la légalité criminelle se trouve-t-elle assouplie quant aux sanctions susceptibles d'être retenues par le juge, la loi ayant tendance à fixer un maximum et laissant au magistrat le soin de « personnaliser » la peine. De toute façon, le nouveau code a considérablement élargi les conditions du prononcé de la confiscation, et même autorisé la confiscation en valeur, ce qui n'est pas sans poser un problème délicat.

9. **A.** En ce qui concerne le prononcé de la confiscation, deux grandes situations peuvent se présenter. Ou bien il existe une loi spéciale la prévoyant, ou bien le juge peut la prononcer dans le cadre des alternatives à l'emprisonnement, rebaptisées peines privatives ou restrictives de droit.

1. En principe, un texte spécial est nécessaire pour que le magistrat soit en droit de prononcer une confiscation. Ces textes sont cependant nombreux, et le juge a parfois le choix de prononcer la confiscation en plus d'autres peines comme de la retenir au lieu et place de toute autre peine principale (art. 131-11 et 131-18, nouv. c. pén.).

10. *a)* La nécessité d'un texte spécial ressort à l'évidence de l'article 131-10 pour les crimes ou les délits, de l'article 131-18 pour les contraventions et des articles 131-39 et 131-42 pour les personnes morales [50]. Le principe avait déjà été admis par la haute juridiction sous l'empire de l'ancien code pénal. Un texte de loi particulier doit l'avoir prévue et être visé dans la décision de condamnation [51]. Faute de texte, le juge ne peut ordonner la confiscation des objets provenant d'une infraction ou des instruments ayant servi à la commettre [52]. Il ne pouvait donc pas confisquer une voiture ayant servi à commettre un vol [53] ou qui était recelée [54], pas plus qu'il n'était en droit de prescrire la confiscation d'objets ayant servi à porter des coups volontaires [55] ou provenant d'abus de confiance [56]. En matière de police de la pêche, il n'avait pas été

47. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, op. cit.*, t. I, Cujas, 1989, n° 742.

48. V. par ex. art. 10 de la loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs (art. L 223-1, c. consommation) ; art. 6 de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes (art. L 216-2, c. consommation) ; art. 442-13, nouv. c. pén. (fausse monnaie).

49. Pour les hypothèses de ce type, V. les textes concernant les contrefaçons cités *supra*, n° 3.

50. Desportes et Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 1994, n° 834.

51. W. Jeandidier, *Juris-Classeur pénal*, art. 11, n° 5.

52. Crim. 12 nov. 1886, *Bull. crim.*, n° 378 ; Crim. 27 juin 1946, *Bull. crim.*, n° 148 (impossibilité de confisquer des outils de bijouteries, quand la loi prévoit la confiscation des matières précieuses).

53. Crim. 14 janv. 1949, *Bull. crim.*, n° 12.

54. Crim. 30 nov. 1950, *Bull. crim.*, n° 275.

55. Crim. 30 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 68 ; cf. aussi Crim. 10 juin 1970, *Bull. crim.*, n° 194.

56. Crim. 17 oct. 1979, *Bull. crim.*, n° 287.

possible de confisquer un produit qui avait servi à empoisonner les poissons d'une rivière [57] ou des engins de pêche avant la loi du 5 juillet 1983 [58].

Dans la jurisprudence la plus récente, il avait été jugé par un arrêt du 12 mars 1990 [59] qu'un utilisateur de stupéfiants ne pouvait être sanctionné par la confiscation des substances, qu'en matière de chasse le trophée du cerf irrégulièrement abattu ne pouvait pas être confisqué, à la différence des armes, instruments de chasse ou de transports utilisés par les délinquants [60] et qu'en matière de falsification de documents administratifs elle n'était pas permise [61].

11. Le nouveau code pénal ne déroge pas à ce principe. Des articles 131-10 et 131-18, comme des articles 131-39 et 131-42, il découle que « la loi doit avoir prévu la confiscation d'un objet pour que cette sanction soit possible » [62]. A vrai dire, ces hypothèses sont nombreuses. Pour les personnes physiques, on trouve la confiscation dans toutes les atteintes à la vie de la personne (art. 221-8, nouv. c. pén.), dans toutes les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de l'individu (art. 222-44, nouv. c. pén.), dans de nombreuses infractions de mise en danger de la personne (art. 223-17, nouv. c. pén.), en matière de proxénétisme (art. 225-22 et art. 225-24, nouv. c. pén.) de certaines atteintes à la vie privée (art. 226-25, 5°). On la trouve aussi dans les infractions contre les biens (art. 311-14-4°-c, art. 312-13, nouv. c. pén., art. 313-7, art. 314-10, art. 321-9), d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (art. 323-5, 3°), et dans un certain nombre d'infractions contre la nation et la paix publique (art. 414-5, art. 431-7, art. 431-11, 431-21), en matière d'abus d'autorité (art. 432-17, nouv. c. pén.), de corruption (art. 433-23), de faux (art. 441-10), de fausse monnaie (art. 442-13), de faux titres (art. 443-6), de falsification des marques d'une autorité (art. 444-7, nouv. c. pén.).

Quant aux personnes morales, dès lors que leur responsabilité pénale peut être mise en jeu, pratiquement la peine de la confiscation est toujours susceptible d'être appliquée.

12. Mais si le nouveau code pénal est plus compréhensif quant aux cas d'admission de cette sanction, il l'est aussi quant aux objets susceptibles de confiscation. Parfois, ce qui est prévu, au titre de la peine complémentaire, c'est la confiscation d'une ou plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou a la libre disposition, mais très souvent c'est la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, de la chose qui en est le produit, ou alors d'un objet mobilier précis défini par la loi ou le réglement qui réprime l'infraction en cause [63].

Cette rédaction première de l'article 131-21 du nouveau code pénal ne faisait pas allusion au « corps du délit », qui était cependant visé, en premier lieu, dans l'article 11 ancien code pénal. On aurait pu déduire du silence de la loi – alors par ailleurs que le principe d'interprétation stricte est proclamé (art. 111-4, nouv. c. pén.) – que le corps du délit n'était pas susceptible de confiscation, même si pour la Chancellerie « aucune modification n'était apportée au droit antérieur » [64]. Afin toutefois de dissiper

57. Crim. 14 oct. 1958, *Bull. crim.*, n° 617.
58. Crim. 10 oct. 1985, *Bull. crim.*, n° 308.
59. Crim. 12 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 115.
60. Crim. 2 oct. 1986, *Bull. crim.*, n° 264 ; Crim. 17 nov. 1993, *Bull. crim.*, n° 344.
61. Crim. 10 janv. 1994, *Dr. pénal* (mai) 1994, n° 103.
62. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15e éd., Précis Dalloz, 1994, n° 562.
63. V. par ex. en matière de chasse l'article 228-14 c. rur. (ancien art. 379) qui autorise la confiscation des avions, automobiles ou autres véhicules utilisés par les délinquants : cf. Crim. 25 nov. 1970, *Bull. crim.*, n° 309 ; Crim. 26 avr. 1977, *Bull. crim.*, n° 135 ; Crim. 4 juill. 1978, *Bull. crim.*, n° 219 ; Crim. 18 mai 1971, *Bull. crim.*, n° 161 ; Crim. 20 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 209 ; Crim. 6 juin 1973, *Bull. crim.*, n° 258. Sur l'absence de propriété, v. Crim. 13 nov. 1931 précité.
64. Circulaire du 14 mai 1993, *in Code pénal*, Dalloz, 1994-1995, p. 267.

tout malentendu sur ce point, la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 a introduit un nouvel alinéa 3 dans l'article 131-21, selon lequel, « la chose qui est l'objet de l'infraction est assimilée à la chose qui a servi à commettre l'infraction ou qui en est le produit ». A notre sens, la précision apportée par la loi du 16 décembre 1992 est loin d'être superflue. En effet, les choses ayant servi ou destinées à commettre l'infraction [65] sont, en réalité, les instruments du délit [66]. Quant à l'objet du délit, c'est la chose volée, le document falsifié, la marchandise impropre à la consommation et présentée à la vente, ou bien encore la victime du meurtre [67]. Par certains côtés, l'objet du délit peut apparaître proche du produit de l'infraction. Il peut en être ainsi dans l'hypothèse d'un billet de banque contrefait, mais il s'en différencie, dans le cas où l'on parvient à obtenir par exemple la souscription d'un billet par une personne ou bien si l'on achète un objet grâce à l'argent dérobé. L'argent volé c'est l'objet du délit, et le bien acquis est le produit du vol. Aussi bien, il était utile de prévoir expressément que l'objet du délit était susceptible de confiscation. On en voudra pour preuve un arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 1963 [68] qui, en matière de contrefaçon de fausses pièces d'or, a admis la confiscation des pièces contrefaites et du matériel de frappe qui étaient le « corps du délit », mais non des outils ou de la presse, qui étaient les instruments du délit, lesquels n'étaient pas visés par la loi.

13. Il est vrai que la distinction instrument, objet ou produit du délit présente moins d'intérêt aujourd'hui qu'hier. Sous l'empire de l'ancien article 11 du code pénal, le corps du délit était susceptible de confiscation quand la propriété en appartenait au condamné. Le nouveau code pénal se veut à la fois plus général, et plus étroit. Plus général, car toutes les choses susceptibles de confiscation sont régies par la même disposition. Mais il est aussi plus étroit, car le corps du délit, le produit ou l'instrument du délit ne peuvent pas être confisqués lorsque ces objets sont susceptibles de restitution.

Ce faisant, le nouveau code pénal ne prévoit la confiscation que des seuls objets qui sont la propriété du condamné [69]. Se trouve ainsi condamnée la jurisprudence antérieurement rendue qui autorisait la confiscation du produit ou de l'instrument du délit appartenant à un tiers, et qui méconnaissait ouvertement le principe de la personnalité des peines [70]. Ainsi, le nouveau code pénal privilégie l'aspect peine de la confiscation spéciale, qui non seulement est régie par la règle de la légalité mais aussi par celle de la personnalité des peines [71]. Ce caractère demeure bien évidemment quand le juge

65. V. par ex. pour des objets ayant permis l'exercice illégal de la médecine : Crim. 9 déc. 1959, *Bull. crim.*, n° 541.

66. Cf. A. de Geest, La confiscation, *RD pén. crim.* (belge) 1969-1970, p. 279 et s., et spéc. p. 287. Avec cet auteur, il nous semble que les objets utilisés pour l'accomplissement d'actes préparatoires soient susceptibles de confiscation, car ils servent à la commission du délit. En revanche, la voiture ayant servi au transport des objets dérobés ne pourrait pas être confisquée, car l'intervention de l'objet se situe après la consommation de l'infraction (comp. en matière de chasse où la loi est très compréhensive : Crim. 26 avr. 1977, *Bull. crim.*, n° 135).

67. V. par ex. pour du sucre en infraction à la législation sur les contributions indirectes : Crim. 23 nov. 1981, *Bull. crim.*, n° 310.

68. Crim. 18 juill. 1963, *Bull. crim.*, n° 259, *D.* 1963, p. 604.

69. En ce sens, cf. Pradel, *Le nouveau code pénal*, Coll. Dalloz service, n° 71.

70. V. not. Crim. 13 nov. 1931, *Bull. crim.*, n° 255, *DH* 1932, p. 7, *S.* 1934.I.153, note Hugueney ; Crim. 5 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 109. V. aussi Crim. 25 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 309 qui, en matière de ventes au déballage, a indiqué que, si la confiscation est une peine principale, elle est aussi une mesure à caractère réel affectant les marchandises de fraude.

71. La question se posera de savoir, en cas de disposition particulière permettant de confisquer un objet même n'appartenant pas au condamné (par ex. cas visé par la loi du 30 décembre 1906 sur les ventes au déballage), si la loi spéciale doit être appliquée ou si le code pénal fait échec à la loi spéciale. Si le nouveau code pénal avait une valeur supérieure à toute autre loi, il éliminerait les dispositions spéciales. Mais étant une loi ordinaire, il ne peut écarter les lois spéciales qui demeurent, sauf règle contraire prévues par la loi. Il en est ainsi pour l'intention (cf. art. 339, loi du 16 déc. 1992). En revanche, en matière de confiscation, il semble que les lois spéciales ne soient pas contrariées par le nouveau droit pénal commun.

profitant des pouvoirs qui lui ont été accordés retient seulement la confiscation comme sanction, par le jeu des articles 131-11 et 131-18 du nouveau code pénal.

14. *b)* De fait, comme depuis la loi du 11 juillet 1975 ayant permis en matière de délit la promotion d'une sanction autre que l'emprisonnement ou l'amende au rang de peine principale (art. 43-1 ancien c. pén.), les rédacteurs du nouveau code pénal ont maintenu cette possibilité [72]. Ils l'ont même légèrement développée. Sans doute, la promotion de la peine complémentaire (ou accessoire) en tant que peine principale avait déjà été assurée en matière de contraventions par la loi du 30 décembre 1985 [73], de sorte que l'article 131-18 du nouveau code pénal ne consacre aucune nouveauté. En revanche, puisqu'elle s'applique dans le domaine des délits, elle peut recevoir une application plus large, dans la mesure où la durée de l'emprisonnement correctionnel a été portée à dix ans au lieu de cinq antérieurement. En tout cas, on ne peut plus dire que cette institution soit destinée à faire reculer la courte peine d'emprisonnement [74], dès lors que dix ans c'est une peine déjà importante et qu'en matière de contravention il n'y a plus du tout d'emprisonnement.

15. Quoi qu'il en soit et malgré une certaine modestie dans l'application de cette mesure, il est permis de constater que, pour la jurisprudence, l'élévation au rang de peine principale ne peut concerner que des mesures ayant un caractère répressif certain et ne pouvant pas se présenter comme des réparations civiles [75]. Il s'ensuit que dans le domaine des atteintes à des droits de propriété intellectuelle, où la confiscation tend à réparer le préjudice causé au titulaire du droit, elle ne pourrait pas être l'unique peine principale substituée à une peine d'emprisonnement correctionnel. De même, elle ne saurait être envisagée en matière fiscale ou douanière, puisque la confiscation est considérée comme ayant une nature hybride.

16. Devenant une peine principale, la confiscation pourrait comme toutes les autres mesures de substitution être accompagnée du sursis [76]. Néanmoins, tant l'ancien article 734-1, al. 2, du code de procédure pénale, que l'actuel article 132-31 du nouveau code pénal excluent la confiscation des peines pouvant bénéficier du sursis, même lorsqu'elles sont prononcées à titre de peine principale [77]. Indéniablement, une telle disposition peut apparaître étrange. Pourquoi une interdiction d'exercer ou une suspension du permis de conduire pourrait-elle être assortie du sursis et non la confiscation, alors que les unes et l'autre deviennent des peines de premier rang ? La raison en est peut-être que la confiscation est d'une nature particulière et que le juge qui a cru devoir la prescrire, même si le plus souvent il n'y était pas obligé, ne saurait, après l'avoir ordonnée, la soumettre à une exécution conditionnelle. Il nous semble cependant qu'une telle disposition est peu logique et contestable, quand la peine complémentaire est érigée en peine principale.

72. J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 569.

73. Cambassedes-Savini, *Répertoire pénal Dalloz*, V° *Peine de substitution*, n°s 81 et 82.

74. V. J. Pradel, « Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 », *D.* 1976, Chron. p. 63.

75. Cf. en matière de démolition, de mise en conformité des lieux ou des ouvrages de réaffectation des sols : Crim. 31 mai 1988, *Bull. crim.*, n° 239, cette *Revue*, 1989, p. 134, observ. Boulan et p. 313, obs. Vitu ; Crim. 8 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 248 ; Crim. 22 nov. 1990, *Dr. pén.*, 1991, p. 100.

76. V. sur le principe : Crim. 7 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 335.

77. Sous l'empire de l'ancien code pénal, on se demandait si la confiscation pouvait donner lieu à relèvement, dès lors que l'article 43-1, c. pén. faisait mention de cette possibilité. Mais la doctrine estimait que la confiscation, en raison de son caractère réel, échappait au relèvement qui n'était pas une interdiction, une incapacité ou une déchéance (cf. J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 784 ; V. aussi sur l'exclusion du relèvement des mesures à caractère réel : Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15e éd., Précis Dalloz, 1994, n° 822). Aujourd'hui la question ne se pose plus, puisque le relèvement ne concerne que les peines accessoires attachées de plein droit à la condamnation, ou celles prononcées dans le jugement de condamnation à titre de peine complémentaire (art. 702-1, c. pr. pén.).

De toute façon, la loi écarte aussi la possibilité du sursis simple, lorsque la confiscation, au lieu d'être une peine complémentaire promue au rang de peine principale, est prononcée au lieu et place d'une autre peine au titre de l'article 131-6 du nouveau code pénal.

17. **2.** Afin de permettre aux juges de disposer de peines différentes de l'emprisonnement et de l'amende en matière correctionnelle, la loi du 11 juillet 1975 les a autorisés à prononcer au lieu de l'emprisonnement soit la suspension du permis de conduire, soit l'interdiction de conduire des véhicules, soit également la confiscation d'un ou plusieurs véhicules dont le prévenu est propriétaire, ou la confiscation d'une ou plusieurs armes dont le prévenu est propriétaire ou a la libre disposition (art. 43-3, ancien c. pén.). En outre, l'article 43-4 ancien code pénal permettait la confiscation spéciale, telle qu'elle était définie à l'article 11 du code pénal, même si elle n'était pas prévue par la loi spéciale. S'agissant de peine de substitution ou d'alternative à l'emprisonnement, l'article 43-5 ancien code pénal disposait qu'en cas de recours aux substituts l'emprisonnement ne pouvait pas être prononcé. Le nouveau code pénal développe ces possibilités. Il permet toujours de confisquer un ou plusieurs véhicules, une ou plusieurs armes, ainsi que la chose ayant servi ou destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit. Du fait de l'alinéa 3 nouveau de l'article 131-21, le corps du délit peut aussi être confisqué. Mais il innove en autorisant le recours à ces peines privatives de droits dans l'hypothèse de délits punis seulement d'une amende (art. 131-7). Par ailleurs, en matière de contraventions de la cinquième classe, la confiscation d'armes et la confiscation de la chose produit de l'infraction, instrument ou corps du délit sont possibles [78] (art. 131-14). Si le juge y a recours, il ne peut ni prononcer un emprisonnement, fût-il avec sursis, ni une amende (art. 131-9, al. 1er et 2 ; art. 131-15, nouv. c. pén.) [79].

18. La confiscation peut donc remplacer un emprisonnement et ce quand bien même l'objet saisi n'avait pas été utilisé pour commettre l'infraction poursuivie. Le principe était pleinement admis en doctrine, et il a été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 1978 [80] rendu dans une affaire où les juges avaient confisqué le fusil de chasse de celui qui avait menacé son ancienne amie avec un couteau. En outre, la Chambre criminelle a tenu à préciser, dans une affaire où la qualification de contrefaçon avait été suggérée en appel par une partie civile, que même en l'absence de mention de la confiscation spéciale dans la loi applicable (en l'espèce, l'abus de confiance) les juges pouvaient retenir la confiscation spéciale, s'ils faisaient application de l'article 43-4 du code pénal, en excluant bien sûr la peine d'emprisonnement [81].

Quelques années plus tard, la cour d'appel de Paris, dans une affaire d'escroquerie au PMU, au lieu de prononcer une peine d'emprisonnement avec sursis, a préféré confisquer les sommes que le magistrat instructeur avait fait bloquer sur certains comptes bancaires [82]. Le condamné contestait cette manière de procéder, car il n'était pas établi que les sommes en cause répondaient aux dispositions de l'article 11 du code pénal. Mais le juge d'instruction avait fait bloquer les comptes sur lesquels les chèques établis par le PMU avaient été déposés, et comme ces chèques correspondaient au produit du délit, la Cour de cassation n'a pu que rejeter le pourvoi.

78. On voit que si pour les autres peines privatives ou restrictives de droits, la durée des mesures prévues pour les contraventions est plus brève, pour la confiscation, il y a identité. Une contravention est donc punie comme un délit, ou *vice versa* !

79. Pour les personnes morales, la confiscation peut être substituée à l'amende (art. 131-42, nouv. c. pén.).

80. Crim. 10 oct. 1978, *Bull. crim.*, n° 265.

81. Crim. 17 oct. 1979, *Bull. crim.*, n° 287.

82. Crim. 26 mai 1983, *Bull. crim.*, n° 156.

19. Ces diverses solutions valent certainement pour l'application des articles 131-6, 131-7 et 131-14 du nouveau code pénal. L'arme ou le véhicule que le juge envisage de confisquer peut n'avoir aucun lien avec l'infraction commise, ce qui ne fait pas obstacle au pouvoir du magistrat. Il est clair qu'en pareil cas la confiscation se présente comme une peine, destinée à tenir compte de la faute passée et à prévenir une réitération des actes. Et comme le juge peut ou non la retenir, la loi indique qu'elle ne peut être assortie du sursis simple (art. 132-31 et 132-34). Ce caractère de peine se trouve encore accentué par le fait que le nouveau code pénal a décidé que la confiscation pourrait avoir lieu en valeur.

20. **B.** En ce qui concerne l'exécution de la confiscation, la règle de principe dans le droit commun était jusqu'au nouveau code pénal que la confiscation portait sur la chose même susceptible d'être appréhendée selon l'article 11 du code pénal. S'agissant d'une peine d'une nature particulière, les juges tenus par la règle de la légalité des peines ne pouvaient en altérer la nature. Or, ce serait modifier cette sanction que d'autoriser le prévenu à en offrir le prix [83]. Aussi bien, la jurisprudence a toujours décidé, à moins d'un texte particulier contraire, que la confiscation porte sur le corps, l'instrument ou le produit du délit, le juge n'étant pas en droit de substituer une confiscation en valeur à la confiscation en nature, notamment dans l'hypothèse où l'objet n'a pas pu être saisi. Affirmée dès un arrêt du 29 juin 1826 [84], cette solution a été constamment reprise. Ainsi, d'un arrêt du 23 octobre 1963 [85], il ressort qu'en matière de vente au déballage la confiscation doit porter sur l'objet lui-même et non sur une somme en représentant une partie de sa valeur. Plus récemment, la Cour de cassation, par un arrêt du 14 décembre 1982 [86], a rappelé cette solution à propos d'une vente aux enchères publiques de marchandises neuves. Dans le cas d'espèce, la Chambre criminelle a censuré l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait ordonné la confiscation des bijoux n'ayant pas fait l'objet d'une saisie réelle à hauteur des deux tiers de leur valeur estimée à 700 000 F. Pour la haute juridiction, la cour d'appel n'était pas en droit de faire porter la confiscation sur la valeur des biens, pas plus d'ailleurs qu'elle ne pouvait ordonner la confiscation d'objets qui n'avaient pas été saisis.

21. De fait, puisque la confiscation ne peut avoir lieu, en principe, qu'en nature, pour qu'elle puisse être prescrite, encore faut-il que les biens en cause aient été saisis. Ainsi, en matière de contributions indirectes, la Cour de cassation rappelait, par un arrêt du 4 janvier 1977 [87], que faute de saisie préalable des objets de fraude (en l'espèce, des boissons, vins et spiritueux) la confiscation n'avait pas pu être légalement prononcée, et elle a cassé, par voie de retranchement et sans renvoi, la décision de la cour d'appel de Toulouse. La même solution était admise par un arrêt du 19 janvier 1978 [88], à propos de paris illicites sur les courses de chevaux prohibés par la loi du 2 juin 1891. Dans cette affaire, la cour a jugé qu'en imposant au prévenu le versement, en vue d'une confiscation par équivalent, d'une somme représentative de fonds qui, d'après les énonciations de l'arrêt, n'avaient pu être saisis et demeuraient insusceptibles de l'être entre ses mains, la cour d'appel avait créé une peine arbitraire et violé l'article 4 de la loi de 1891. Aussi bien, en cas d'objets saisis au cours de la procédure d'instruc-

83. Faustin Helie, *in* Chauveau et Helie, *Théorie du Code pénal*, 5e éd., 1872, n° 136.

84. Crim. 29 juin 1826, *Bull. crim.*, n° 169.

85. Crim. 23 oct. 1963, *Bull. crim.*, n° 287. V. aussi Crim. 6 oct. 1970, *Bull. crim.*, n° 254, qui rappelle que la confiscation est une peine et porte sur les marchandises elles-mêmes. *Comp.* Crim. 2 déc. 1970 (*Bull. crim.*, n° 320), selon lequel, la confiscation des marchandises peut intervenir quel que soit le propriétaire de celles-ci (cf. dans le même sens : Crim. 25 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 309, qui a cru devoir ajouter que la confiscation était une mesure à caractère réel frappant les marchandises de fraude).

86. Crim. 14 déc. 1982, *Bull. crim.*, n° 290.

87. Crim. 4 janv. 1977, *Bull. crim.*, n° 1.

88. Crim. 19 janv. 1978, *Bull. crim.*, n° 21.

tion, les juges étaient en droit de refuser de restituer les objets appréhendés, en raison de leur éventuelle confiscation, par le juge de jugement [89]. Sans doute, dans le domaine particulier du proxénétisme, la Chambre criminelle avait adopté une solution différente. Ainsi, par un arrêt du 12 novembre 1963 [90], elle avait estimé que les objets mobiliers ayant servi à la prostitution pouvaient être confisqués, même en l'absence d'une saisie et de description préalable. Mais, en dehors de cette hypothèse, la règle de la saisie préalable et de la confiscation en nature trouvait application.

22. Avec le nouveau code pénal, ces principes et solutions deviennent caduques. Sous réserve des textes particuliers, la règle affirmée par l'article 131-21, alinéa 4 du nouveau code pénal, est qu'à défaut de saisie ou de représentation de la chose susceptible de confiscation celle-ci sera ordonnée en valeur.

Ce faisant, le nouveau code pénal permet au magistrat de prononcer une condamnation pécuniaire d'un montant qui sera fonction de la valeur des biens susceptibles de confiscation [91], ce qui a fait dire au professeur Pradel qu'il accroissait les pouvoirs du juge qui se trouve investi du droit de prononcer une sorte « d'amende supplémentaire » [92]. La circulaire du 14 mai 1993 de la Chancellerie insiste, à juste titre, sur cette innovation très importante. Et dans la mesure où l'article 131-21, alinéa 4, prend soin de préciser que, pour le recouvrement de la somme représentative de la valeur de la chose, les dispositions relatives à la contrainte par corps sont applicables, il est clair que le nouveau code pénal fait de la confiscation un paiement qui n'a pas le caractère d'une réparation civile, donc en quelque sorte d'une amende. En d'autres termes, l'aspect peine et peine pécuniaire est ainsi mis en relief par le nouveau code pénal [93].

23. Cet aspect novateur n'est pas sans soulever au moins une difficulté, même s'il en résout de nombreuses autres. La question qui se trouve posée est celle de savoir si indirectement le plafond de l'amende contraventionnelle ne risque pas d'être dépassé ou bien, si le juge prononce cumulativement l'amende au montant légal et la confiscation, l'on ne se trouve pas en présence d'une peine illégale, en tant qu'elle excéderait le maximum de l'amende.

Incontestablement, dans le passé, le même problème aurait pu être posé et l'on peut penser qu'il n'aurait pas amené la Cour de cassation à interdire le prononcé de la confiscation. Néanmoins, il est permis d'observer qu'en ce qui concerne la peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation l'article 131-35 du nouveau code pénal précise que les frais de l'affichage ou de la diffusion ne sauraient excéder le maximum de l'amende encourue. Ce qui a motivé cette disposition qui ne se retrouvait que dans quelques dispositions spéciales, c'est la nécessité d'éviter une « surpénalisation » du condamné, encore que la règle ne s'applique qu'au recouvrement des sommes sur ce

89. V. pour du matériel de loterie : Crim. 14 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 203, *D.* 1972, Somm. p. 179 ; pour des parfums : Crim. 3 mai 1984, *Bull. crim.*, n° 155.

90. Crim. 12 nov. 1963, *Bull. crim.*, n° 317. Dans cette matière, la Cour de cassation a même décidé que les produits de la prostitution pouvaient être confisqués, peu important la personne à qui ils appartenaient. En conséquence, la prostituée n'était pas en droit d'obtenir la restitution des sommes provenant de son activité et saisies entre les mains du proxénète (Crim. 20 avr. 1983, *Bull. crim.*, n° 113).

91. Des difficultés seront à prévoir en ce qui concerne les marchandises prohibées. On peut penser que les juges décideront souverainement en la matière, d'après la valeur attribuée aux marchandises sur le marché clandestin dont ils font l'objet. Cf. par exemple : Crim. 7 avr. 1986, *Bull. crim.*, n° 114.

92. Pradel, *Le nouveau Code pénal*, Dalloz service, n° 71, p. 148 ; V. aussi du même auteur, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 613, *in fine* ; comp. Desportes et Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 1994, n° 837.

93. Il est à remarquer également que l'article 133-1 nouv. c. pén., tout en proclamant que le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale empêche ou arrête l'exécution de la peine, autorise, néanmoins en ce cas, le recouvrement de l'amende et l'exécution de la confiscation. Celle-ci est donc assimilée à une condamnation pécuniaire.

dernier et non aux frais d'exécution de la peine [94]. Il nous semble qu'une disposition de même nature aurait pu être prévue. En tout cas, il faut noter que, sous l'influence du droit européen, pénètre de plus en plus l'idée que la peine doit être proportionnée à l'agissement commis [95]. Aussi bien, cette question – qui peut être tranchée en ce sens que la loi elle-même a organisé en cumul ces peines – ne pourra pas toujours être éludée.

24. De toute façon, dans la mesure où la confiscation se présente essentiellement comme une peine, il va de soi que son prononcé dépend de la juridiction de jugement ayant charge de statuer sur l'action publique. Si donc la confiscation est décidée par une cour d'assises, elle doit en tant que peine être ordonnée par ladite cour et le jury réunis, et elle doit alors figurer sur la liste des questions conformément aux dispositions des articles 362 et 364 du code de procédure pénale, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation [96].

25. Par ailleurs, dès lors qu'elle devient essentiellement une peine, la confiscation ne saurait intervenir dans l'hypothèse du décès du délinquant pendant les poursuites. Dans le passé cependant, la haute juridiction avait adopté la thèse inverse, en invoquant le fait que la confiscation n'avait aucun caractère personnel et devait être prononcée, abstraction faite du propriétaire saisi en contravention [97], et plus récemment, à propos d'infractions à la législation sur les courses de chevaux que la confiscation visant l'instrument ou la chose produite par le délit était une sanction non personnelle à caractère réel qui survivait à l'extinction de l'action publique [98]. Mais dès lors que la confiscation spéciale constitue une peine pleine et entière de nature pécuniaire, on voit mal comment la Cour de cassation pourra continuer à méconnaître l'article 6 du code de procédure pénale et à limiter l'effet extinctif attaché par la loi à la peine et à l'amende fiscale, en omettant la confiscation.

26. Sans doute, après comme avant le nouveau code pénal, une fois que la confiscation a été exécutée, l'intervention d'une loi d'amnistie [99] n'autorisera pas la restitution des objets confisqués, comme l'a, à juste titre, décidé la Cour suprême par un arrêt du 9 novembre 1982 [100]. Du moins, sera-t-il possible, puisqu'il s'agit d'une peine, d'obtenir du juge qu'elle ne soit pas prononcée, même si ce dernier estime devoir retenir la culpabilité de la personne. A cet égard, mérite attention l'arrêt rendu le 6 novembre 1984 [101] par la Cour de cassation dans la matière des ventes au déballage. En l'espèce, à l'occasion d'une vente non autorisée par le maire de la commune, une procédure avait été engagée contre le vendeur ; la cour d'appel avait prononcé une peine de 1 000 F d'amende, ainsi que la confiscation des marchandises d'une valeur de

94. Circulaire *in Code pénal* Dalloz, 1994-1995, p. 273.

95. V. Cour de justice des Communautés européennes, 14 juill. 1976 (*Watson* et *Belman*), *Rec*, p. 1185 ; CJCE, 15 déc. 1976 (*Donckervolcke*), n° 41/76, *Rec.*, p. 1931 ; CJCE, 28 mars 1979 (aff. *Rivoira*), *Rec.*, p. 2261 ; cf. aussi M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, 2 vol., 3e éd., Coll. Thémis, 1990, PUF, t. I, p. 267 et s.

96. Crim. 8 juin 1977, *Bull. crim.*, n° 210, *D.* 1977.IR.425, obs. Puech ; Crim. 22 nov. 1989, *Bull. crim.*, n° 439.

97. Crim. 5 janv. 1977, *Bull. crim.*, n° 7.

98. Crim. 9 déc. 1991, *Bull. crim.*, n° 465.

99. V. art. 7 de la loi d'amnistie du 4 août 1981 déclarant amnistiées les infractions punies à titre de peine principale des sanctions prévues par les articles 43-1, 43-3 et 43-4, c. pén. Cf. aussi article 8 de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988. Toutefois, l'article 19 de chacune de ces lois, tout en accordant la remise des peines, exclut toute restitution. Pour que l'amnistie joue, il faut cependant que la confiscation ait été prononcée à titre de peine principale et que la décision la prescrivant soit définitive (Crim. 15 nov. 1982, *Bull. crim.*, n° 256).

100. Crim. 9 nov. 1982, *Bull. crim.*, n° 245 (rendu à propos de la confiscation de deux fusils de chasse prononcée à titre de peine principale).

101. Crim. 6 nov. 1984, *Bull. crim.*, n° 337, cette *Revue*, 1985, p. 585.

600 000 F. Il était soutenu que cette dernière était disproportionnée avec la nature de l'infraction. Mais la cour d'appel s'était résolue à confirmer la décision du premier juge en observant que l'article 2 de la loi du 30 décembre 1906 ne lui laissait pas le choix. Le pourvoi soutenait, dès lors, que la cour d'appel avait méconnu ses pouvoirs, car la confiscation étant une peine principale il lui était loisible de dispenser le prévenu de toute peine. La haute juridiction devait accueillir cette demande. Après avoir rappelé les conditions de la dispense de peine [102], elle indique que la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision, en n'examinant pas si elle pouvait accorder une dispense de peine et en se croyant liée par l'article 2 de la loi du 30 décembre 1906.

27. Cette solution paraît des plus heureuses, car la dispense de peine est une mesure générale offerte au juge, quand bien même la peine prévue par le texte spécial était apparemment obligatoire. Est-ce à dire pour autant qu'en se prononçant ainsi la Chambre criminelle ait entendu écarter la solution qu'elle avait précédemment donnée à propos d'une balance fausse ? De fait, par un arrêt du 23 mai 1977 [103], la haute juridiction, statuant sur un pourvoi formé par le procureur général de Dijon contre une décision ayant dit n'y avoir lieu à confisquer une balance, avait énoncé que la confiscation avait un caractère réel et se trouvait exclue du champ d'application de la dispense de peine. Mais, en réalité, la balance en cause était un instrument de pesage faux ou inexact, et en pareil cas la loi impose la confiscation qui constitue une mesure de police et de sûreté.

Certes, la décision est raisonnable, même si la motivation peut susciter la réserve. En effet, la loi n'indique généralement pas que le but poursuivi par la confiscation dans telle ou telle matière serait le retrait du commerce juridique d'objets ayant par nature un caractère dangereux. Mais, s'il pouvait en être ainsi dans le passé, il n'en sera plus de même dans l'avenir, car respectueux du principe fondamental de la légalité, dont une partie de la doctrine considère qu'il régit non seulement les incriminations et les peines, mais aussi les états dangereux et les mesures de sûreté [104], les rédacteurs du nouveau code pénal ont ébauché le régime spécifique de la confiscation spéciale en tant que mesure de sûreté.

II. – L'ÉBAUCHE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA CONFISCATION SPÉCIALE, MESURE DE SÛRETÉ

28. Il arrive que la loi prescrive la confiscation, afin de retirer un objet dangereux ou dont la possession est illicite. Ici, l'objectif est moins de punir que de faire disparaître à tout jamais un objet prohibé [105]. Néanmoins, il faut bien reconnaître que les dispositions antérieures de l'ancien code pénal n'étaient pas nettes en ce sens. Sans doute, certaines d'entre elles prévoyaient impérativement la confiscation (par exemple en matière de jeux et paris, de billets de banque contrefaits...), mais telle était alors la méthode législative qui n'avait pas recours à la formule « peut », expression de la faculté laissée au juge.

102. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 636 ; Merle et Vitu, *Traité précité*, t. I, n°s 600 et 815 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 627 ; Jeandidier, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 438 ; Rassat, *Droit pénal*, coll. Dr. fondamental, PUF, Paris, 1988, n° 417 ; Roujou de Boubée, L'ajournement et la dispense de peine, *Mélanges Marty*, p. 955.

103. Crim. 23 mai 1977, *Bull. crim.*, n° 183, *Gaz. Pal.*, 1977.2.476.

104. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 124 et 141.

105. Garçon, *Code pénal annoté*, 2e éd., par Rousselet, Patin et Ancel, Paris, 1956, art. 11, n° 45 ; comp. R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 6 vol., 3e éd., Sirey, Paris, 1913-1942, t. II, n° 647.

La jurisprudence, en tout cas, s'était prononcée de manière intuitive en jugeant, dans des décisions du 3 janvier 1857 [106] et du 12 juillet 1860 [107], que les marchandises falsifiées doivent être confisquées et détruites, quand bien même le prévenu serait relaxé en raison de sa bonne foi. Par la suite, la Cour de cassation décidait que les instruments de pesage et de mesurage différents de ceux que la loi a établis doivent impérativement être confisqués [108], puis que des armes pouvant servir à un usage nuisible ou dangereux devaient être retirées de la circulation, car la confiscation est alors édictée comme « une mesure de police et d'ordre public » [109], formule qu'elle devait reprendre dans d'autres décisions concernant des faux instruments de mesure [110].

29. A vrai dire, il convenait peut-être de légiférer, à l'occasion du nouveau code pénal qui affirme son attachement à la règle de la légalité (art. 111-3 : les éléments d'un crime ou d'un délit doivent être définis par la loi ; art. 111-4 : la loi pénale est d'interprétation stricte). A cette fin, l'article 131-21 déclare que la peine de la confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés par la loi ou le règlement dangereux ou nuisibles. Par ailleurs, l'article 132-58 indique que le juge peut ajourner le prononcé de la peine ou dispenser de peine, après avoir dans un premier temps statué sur la culpabilité et, s'il y a lieu, sur la confiscation des objets dangereux ou nuisibles. Ce faisant, le nouveau code pénal tente d'établir un régime juridique spécifique pour les objets dangereux ou nuisibles qui doivent être présentés comme tels par la loi ou le règlement.

30. **A.** De fait, alors que la confiscation en tant que peine complémentaire ou même en tant que peine substituée à l'emprisonnement et/ou à l'amende est abandonnée au pouvoir du juge, il en va différemment – elle est donc obligatoire – (même si elle doit être prononcée, en vertu du principe de la suppression des peines accessoires occultes posé par l'article 132-17 du nouv. c. pén.), quand il s'agit d'objets « dangereux ou nuisibles ».

31. **1.** Comme l'indique la circulaire [111], cette disposition du nouveau code s'explique par le fait que la confiscation est non seulement une peine, mais aussi une mesure de sûreté qui doit permettre de retirer de la circulation des objets dangereux. En outre, le principe général de la loi doit s'appliquer, que la confiscation soit mentionnée ou non comme obligatoire dans le texte spécial. Ainsi, pour la Chancellerie, la confiscation peut être déclarée obligatoire par la loi, sans que pour autant l'on soit en présence d'objets nuisibles ou dangereux, tandis qu'une loi peut ne pas avoir prévu obligatoirement la confiscation, ce qui n'empêcherait pas le juge de l'ordonner sur la base de l'article 131-21, alinéa 1er du nouveau code pénal.

Cette analyse peut, sans aucun doute, être approuvée. C'est qu'en effet l'article 131-21 ne prévoit l'obligation de confiscation que pour les objets déclarés dangereux ou nuisibles, peu important que cette sanction ait été laissée ou non à la discrétion de l'autorité judiciaire.

32. **2.** Mais pour que le juge soit dans la nécessité d'ordonner la confiscation, encore faut-il que l'objet ait été « qualifié, par la loi ou le règlement » de dangereux ou

106. Crim. 3 janv. 1857, *S.* 1857.I.398.
107. Crim. 12 juill. 1860, *S.* 1860.I.1017.
108. Crim. 10 déc. 1904, *Bull. crim.*, n° 528.
109. Crim. 29 janv. 1914, *Bull. crim.*, n° 64.
110. Crim. 16 janv. 1920, *S.* 1920.I.287 ; Crim. 23 mai 1977, *Bull. crim.*, n° 183, *Gaz. Pal.*, 1977.2.476.
111. *Code pénal*, Dalloz, 1994-1995, p. 266 ; Desportes et Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 836 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 563.

nuisible [112]. Ce n'est donc pas au magistrat qu'il peut appartenir de dire que tel objet présente un danger. La loi (ou le règlement pour les contraventions) doit s'être prononcée en ce sens, faute de quoi la confiscation demeurera une peine.

Or, il est permis de se demander s'il existe beaucoup d'hypothèses pour lesquelles la loi ou le règlement ont expressément indiqué que tel objet était dangereux ou nuisible. Ainsi, pour le recours à des poids ou mesures différents de ceux autorisés, l'article R 643-2 du nouveau code pénal ne prévoit que la peine complémentaire de la confiscation, sans dire que les faux poids ou fausses mesures seraient dangereux. De même, en matière de faux billets de banque, l'article 442-13 prévoit la confiscation des pièces de monnaie et des billets falsifiés, sans énoncer que les billets faux sont dangereux. Et même en matière de trafic de stupéfiants, l'article 222-49, s'il prévoit la confiscation des installations ou matériels et de tout bien ayant servi à la commission de l'infraction, comme de tout produit provenant de celle-ci, ne précise pas que les stupéfiants ou drogues sont des biens dangereux ou nuisibles.

33. Il est vrai que dans le domaine des fraudes l'article 6 de la loi du 1er août 1905 (art. L. 216-2, c. consommation) prévoit la confiscation et la destruction des instruments de pesage, mesurage ou dosage faux ou inexacts, ainsi que la destruction des marchandises inutilisables ou nuisibles, et la destruction des marchandises ou objets reconnus dangereux pour l'homme ou l'animal, les agents ayant le pouvoir de saisir les produits reconnus corrompus ou toxiques et même de les détruire (art. 7 et 9, décr. du 22 janv. 1919, devenus article L. 215-6, c. consommation) [113]. De même, en matière de contrefaçon ou de falsification de chèques ou de cartes de paiement, l'article 67-2 du décret-loi du 30 octobre 1935 prévoit la confiscation et la destruction des objets contrefaits, ainsi que des matières, machines, appareils ou instruments ayant servi ou destinés à la fabrication de ces objets, tandis que, en matière de monnaie et de billets de banque contrefaits, l'article L 38-1 du code des instruments monétaires édicte la confiscation des objets contrefaits ou falsifiés, ainsi que celle des matières et instruments spécialement destinés à la fabrication desdits objets.

De telles dispositions ne répondent pas cependant totalement aux prévisions de l'article 131-21, alinéa 1er, car ce devait être à la loi (ou au règlement pour les contraventions) de dire quels objets sont dangereux ou nuisibles ou encore de les définir. Un texte devrait donc être adopté pour compléter le nouveau code pénal. Par exemple, il pourrait décider que sont dangereux les faux billets, les marchandises en décomposition, tandis que sont nuisibles telles substances pouvant porter atteinte à la santé ou l'intégrité physique des personnes et par exemple les substances de nature à entraîner la mort par empoisonnement.

34. **B.** De toute façon, à supposer que l'on puisse admettre comme satisfactoire, au regard de l'article 131-21, telle ou telle disposition, il reste que le régime juridique de la confiscation des objets dangereux ou nuisibles n'a pas été totalement décrit. Incontestablement, on sait que la confiscation de ces objets ne fait pas échec à une dispense de peine et à un ajournement. Mais la loi demeure silencieuse sur de nombreux autres points. En particulier, est-il possible au juge de la prononcer même en cas de relaxe, d'acquittement ou de non-lieu ? Quelques textes particuliers fournissent une réponse. Ainsi, dans le domaine des fraudes, l'article 6 de la loi du 1er août 1905 (art. L 216-2, al. 4, c. consommation) dispose qu'en cas de non-lieu ou d'acquittement les objets ou appareils reconnus dangereux pour l'homme ou l'animal pourront être détruits par

112. Le législateur aurait pu aussi prévoir le cas des objets prohibés, comme « une machine à sous » ; cf. Crim. 1er févr. 1993, *Bull. crim.*, n° 52.

113. V. à ce propos Crim. 12 oct. 1987, *Bull. crim.*, n° 343, qui a approuvé une chambre d'accusation d'avoir ordonné la destruction d'une cargaison d'orge renfermant du mercure à un taux excédant la teneur fixée par un arrêté du 11 juillet 1976.

l'autorité saisissante sur ordre du juge [114]. En revanche paraît équivoque la disposition de l'article L 38-1 du code des instruments monétaires et médailles prévoyant la confiscation « par la décision statuant sur l'action publique » [115] qui ne vise pas le non-lieu ou la relaxe.

Par ailleurs, peut-on maintenir la confiscation d'objets dangereux ou nuisibles, malgré l'intervention d'une loi d'amnistie ? Pour laisser subsister une telle sanction, la Cour de cassation avait dû considérer qu'elle était une « mesure d'ordre public ayant pour objet de réparer le dommage causé » [116]. Un tel motif n'est nullement satisfaisant, lorsque l'on se trouve en présence d'objets nuisibles ou dangereux ; ils doivent être retirés de la circulation pour qu'ils ne puissent pas développer leurs effets nocifs ultérieurement.

35. A défaut de dispositions spécifiques, il semble que dans l'hypothèse de saisie préalable (ce qui sera le cas pour des faux billets, de la drogue ou d'autres objets similaires) il serait possible à l'autorité compétente de refuser la restitution [117]. De fait, les articles 99, 177, 212, 373, 481 et 41-1 du code de procédure pénale concernant respectivement le juge d'instruction, la chambre d'accusation, la cour d'assises, le tribunal correctionnel et le procureur de la République, tout en permettant à ces autorités de statuer sur les demandes de restitution, excluent celle-ci, si les objets présentent un danger pour les personnes ou les biens, ou même si la loi a prévu la destruction des objets placés sous main de justice.

C'est là une solution de substitution qui évitera la restitution d'objets dangereux. Mais il aurait été préférable que la loi fixe directement le statut des objets dangereux et nuisibles.

CONCLUSION

36. En définitive, tout en consacrant des solutions nouvelles dans la matière de la confiscation spéciale, qui font que cette sanction se présente plus fermement comme une peine, le nouveau code pénal n'a pas voulu rompre avec certaines décisions jurisprudentielles qui avaient reconnu à la confiscation le caractère de mesure de police et de sûreté. Il n'est cependant pas allé jusqu'au terme de l'admission de la confiscation en tant que mesure de sûreté. Il n'a qu'ébauché un statut qui mériterait d'être complété afin de satisfaire à l'exigence de la légalité.

Il est vrai que, d'une manière plus générale, les rédacteurs du nouveau code pénal n'ont pas pris parti sur les buts des sanctions, ni même cherché à établir un statut spécifique pour les mesures de sûreté qui sont toujours dans une situation clandestine [118]. Il est certainement dommage qu'ils n'aient pas tiré un meilleur profit de l'Avant-projet de code pénal de 1934 qui comportait des dispositions en ce domaine.

114. Cf. pour une application Crim. 12 oct. 1987, *Bull. crim.*, n° 343.

115. Cependant pour MM. Desportes et Le Gunehec (*op. cit.*, n° 836), la confiscation pourrait être ordonnée « quel que soit le sens de la décision statuant sur l'action publique », ce qui nous semble ajouter à la loi.

116. Crim. 16 janv. 1920, *S.* 1920.I.287 ; Crim. 18 juin 1957, p. 544.

117. V. Pageaud et Cochard, *Répertoire pénal Dalloz*, V° *Restitution*, n°s 14 et s. ; Crim. 14 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 203 ; Crim. 5 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 131.

118. Le terme même ne figure que dans le code de procédure pénale, à propos des atteintes à la liberté avant jugement, à l'article 137, c. pr. pén. V. sur les sanctions présentant ce caractère : Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 575 et s.

L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France

Jacqueline HODGSON

Lecturer in Law, University of Warwick

et Geneviève RICH

Lecturer in Law, University of Warwick

Cet article est fondé sur des recherches effectuées en Angleterre au sujet de l'organisation et du rôle des avocats de la défense, en particulier sur l'assistance fournie aux personnes placées en garde à vue et, plus récemment, sur un projet de recherche en France [1]. Les objectifs de cet article sont en premier lieu d'établir la logique propre de l'assistance juridique au poste de police pour les gardés à vue ainsi que les problèmes liés à la mise en œuvre de ces mesures, ceci afin de replacer dans son contexte le débat actuel anglais ; et en second lieu, de se pencher sur la situation actuelle en France au vu des réformes récentes, afin de voir ce qui peut être tiré de l'expérience anglaise. Cet article traitera donc essentiellement du rôle que peut jouer un avocat pendant la garde à vue dans les deux systèmes.

MÉTHODES D'ENQUÊTES

Les deux projets de recherche en Angleterre représentent 198 semaines d'observations par plusieurs chercheurs dans quarante-huit cabinets de *solicitors* différents et trois agences indépendantes [2]. Chaque chercheur a passé plusieurs semaines, voire plusieurs mois dans chaque cabinet, et a accompagné les avocats et leurs employés au tribunal, en prison ou au poste de police. Il ou elle a eu accès aux dossiers, a assisté aux interrogatoires menés par la police et aux entretiens entre les avocats et leurs clients. Il n'existe aucune autre étude qui ait couvert une aussi longue période d'observation directe et qui ait compris une telle variété de lieux et de cabinets d'avocats.

En France, quelques semaines d'observation se sont déroulées à l'Ecole nationale de la magistrature durant lesquelles le chercheur a assisté aux cours et a étudié des documents remis aux élèves-auditeurs. Mais l'essentiel de l'enquête de terrain, durant les huit mois d'observations recueillies par les chercheurs, fut orienté vers une ville

1. Le *ESRC* a financé un projet de recherche de trois ans sur le travail et l'organisation des avocats de la défense en Angleterre et au Pays de Galles, M. McConville, J. Hodgson, L. Bridges et A. Pavlovic, *Standing Accused : The Organisation and Practices of Criminal Defence Lawyers in Britain,* 1994. Oxford Clarendon Press. La *RCCJ* a financé des recherches sur l'assistance au poste de police et le droit au silence, M. McConville et J. Hodgson, *Custodial Legal Advice and the Right to Silence. RCCJ* Study # 16. 1993, Londres, HMSO. Une étude de neuf mois en France a été financée par *The Nuffield Foundation* et *The British Academy.* Je suis reconnaissante envers tous ces organismes pour leur généreux soutien.

2. V. p. 324.

française assez importante. Ils ont accompagné des substituts du procureur de la République et des juges d'instruction dans toutes leurs fonctions et ont assisté à toutes les étapes du procès pénal. De plus, ils ont passé un mois au commissariat de police et ont ainsi pu observer directement les méthodes de travail des policiers. Dans tous les cas, ils avaient accès aux dossiers. Ils ont aussi discuté de leur rôle avec les avocats de la défense qui se trouvaient au tribunal de grande instance.

Nous sommes reconnaissantes envers toutes les personnes dont la collaboration et l'assistance ont permis à cette recherche d'exister. Les informations confiées étant confidentielles, il est impossible de citer les noms des personnes ou des lieux impliqués.

I. – L'ÉTABLISSEMENT D'UN DROIT LÉGAL À UNE ASSISTANCE JURIDIQUE PENDANT LA GARDE À VUE

En Angleterre [3], avant la loi *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 (*PACE*), les personnes placées en garde à vue n'avaient aucun droit légalement reconnu à une assistance juridique. Les interrogatoires et la détention par la police étaient réglementés par une série de recommandations établies en 1912 et connues sous le nom de *Judges' Rules*. Ces règles accordaient aux personnes gardées à vue le droit de consulter un avocat, tout en conférant à la police un large pouvoir de décision afin de retarder ou d'empêcher cette consultation. Ces règles n'avaient donc aucune force obligatoire [4]. Une série de recherches a démontré que peu de suspects demandaient une assistance juridique et que seules quelques demandes étaient accordées [5]. La *Royal Commission on Criminal Procedure* (*RCCP*), établie en 1978 et qui publia son rapport en 1981, examina l'ensemble de la procédure pénale en Angleterre, depuis l'enquête de police aux poursuites, en passant par le traitement des personnes gardées à vue. Les recommandations préconisées par la Commission eurent un vaste retentissement et elles établirent le fondement de *PACE* ainsi que la création d'une unité centralisée des poursuites : le *Crown Prosecution Service*. *PACE* accorda aux policiers une augmentation de certains de leurs pouvoirs : arrestation, fouille, garde à vue, mais elle fournit aussi des protections à ceux qui étaient fouillés ou interrogés par la police. En ce qui concerne la garde à vue, la Commission estima indispensable d'introduire une assistance juridique pour les suspects, ceci afin de tenter de garantir un équilibre entre les droits de la défense et l'intérêt de la communauté à faire juger les personnes coupables d'infractions. La Commission insista sur le fait que le suspect était en position d'infériorité :

> « Il est peu probable qu'il soit informé de façon correcte des complexités juridiques de la situation, qu'il comprenne, par exemple, le concept d'intention ou bien la façon dont le droit des preuves s'applique à son cas, qu'il comprenne aussi toutes les conséquences attachées à l'exercice de son droit au silence ou bien quelle peine punit généralement le type d'infraction dont il est soupçonné.

3. L'Angleterre recouvre ici l'Angleterre et le Pays de Galles.

4. Ces *Rules* disaient que « Toute personne doit avoir le droit de consulter en privé un *solicitor* à tout moment de l'enquête. Ceci s'applique pendant la garde à vue, du moins si le déroulement de l'enquête et l'administration de la justice ne sont pas soumis à des obstacles ou à un délai déraisonnable ». Ces recommandations établies par les juges n'avaient pas force de loi.

5. M. Zander, Access to a Solicitor in a Police Station, 1972. *Criminal Law Review* 342 ; J. Baldwin et M. McConville, Police interrogation and the right to see a solicitor, 1979. *Criminal Law Review* 145 ; P. Softley, *Police Interrogation : An Observational Study in Four Police Stations. RCCP Research Study* # 4, 1980, Londres, HMSO. Zander établit que moins de la moitié des suspects demandaient une assistance juridique ; Baldwin et McConville établirent qu'un tiers des défendeurs à la *Crown Court* avaient demandé un avocat. Ces deux études conclurent à un taux de refus de 75 %. Softley conclut qu'un suspect sur dix seulement demandait un avocat, ce qui était refusé dans un tiers des demandes.

Seul un avocat expérimenté pourra lui donner ce genre d'information et le conseiller sur la marche à suivre [6]. »

Ces recommandations servirent de fondement à la section 58 de *PACE,* section qui traite du droit à une assistance juridique accordée au suspect pendant toute la durée de la garde à vue. Contrairement à la situation en France, l'avocat peut être averti dès le début de la garde à vue, il peut s'entretenir en privé avec son client sans limite de temps formelle et il assiste aux interrogatoires. Seul un officier de police peut décider de refuser une assistance juridique, et seulement s'il existe des éléments qui établissent que l'avocat pourrait manipuler les preuves ou contacter les témoins [7]. La section 59 de *PACE* a créé des permanences d'avocats (*duty solicitor schemes*) sur tout le territoire anglais afin de concrétiser ce droit. Ainsi les avocats sont disponibles vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sont rémunérés pour ce surplus de travail.

II. – L'ASSISTANCE JURIDIQUE PENDANT LA GARDE À VUE DEPUIS *PACE* (1984)

A. – *La réponse de la police*

L'introduction d'un droit désormais reconnu par la loi à une assistance juridique ne fut pas accueillie avec bienveillance par la police. Celle-ci exprima ses inquiétudes, parmi lesquelles la crainte que les avocats ne s'opposent au bon déroulement de l'enquête, qu'ils ne conseillent régulièrement à leurs clients de garder le silence et qu'ils ne fabriquent un système de défense pour leurs clients. Ainsi on parla de « listes noires » d'avocats que la police soupçonnait de telles pratiques, bien que ces dernières ne furent jamais formellement établies [8].

Lorsqu'on analyse le rôle joué par l'avocat de la défense et la façon dont il est perçu par la police, il faut garder à l'esprit le contexte accusatoire dans lequel ils opèrent tous les deux [9]. Si l'on exige le soupçon de participation à une infraction flagrante et le respect de certains modes de preuve, c'est afin de garantir que l'accusation se conforme aux principes préétablis et afin que les individus ne puissent être condamnés que dans le respect de la procédure et des droits de la défense (*due process of law*). Si les procédures ne sont pas respectées, alors l'efficacité du système pénal et le respect des droits de la défense sont menacés et c'est à l'avocat de contester ces méthodes. Car s'il s'agit tout d'abord de protéger les intérêts du client, il s'agit aussi d'un intérêt plus large : celui de s'assurer que le système répressif fonctionne correctement, ceci afin que la justice s'appuie sur des preuves fiables et des condamnations justifiées.

La rhétorique du système accusatoire considère sans doute que l'existence et la protection des droits du suspect par des avocats de la défense sont souhaitables afin de garantir des aveux volontaires et fiables ; mais la police n'est pas de cet avis. Les policiers se placent en opposition au suspect et à son avocat. Le fait que l'avocat puisse conseiller le silence à son client, ou bien qu'il puisse contester certaines décisions de la police est en opposition avec les objectifs de l'enquête : la recherche de la « vérité »

6. *RCCP* (1981), *Report,* par. 4.89. « He is unlikely to be properly aware of the legal intricacies of the situation, to understand, for example, the legal concept of intent or the application of the laws of evidence to his case, or the full implications or the desirability of exercising his right to silence, or to know what the penalty is likely to be for the offence for which he is suspected. Only an experienced lawyer can give him this kind of information and advise him how best to proceed. »

7. Cf. *Samuel,* 1988, *infra.*

8. Par ex. J. Baldwin et M. McConville, The Metropolitan Blacklist of Lawyers, *Justice of the Peace,* 1978, 731-733.

9. Ceci n'est pas un truisme – ils fonctionnent bien sûr dans un système essentiellement accusatoire. Je veux insister ici sur le fait que la police conçoit son rôle en opposition à celui de la défense. Elle estime qu'elle agit pour l'Etat, la victime et la « vérité » tandis que la défense agit pour les intérêts partisans du suspect.

mais surtout la condamnation du suspect. Dès que le suspect tombe sous le coup de la suspicion policière, tous les efforts sont mobilisés afin de confirmer et de renforcer cette suspicion, essentiellement grâce à un aveu [10]. Tenter de démontrer que l'arrestation ou la détention du suspect étaient injustifiées revient à demander aux policiers de dire qu'ils avaient tort. C'est trop demander d'une institution comme la police, qui fonctionne avec des ressources limitées et qui évalue sa réussite grâce à un critère quantitatif plutôt que qualificatif : le nombre d'infractions résolues.

Les policiers sont partagés entre la recherche de preuves afin d'obtenir une condamnation et le devoir de s'assurer que le suspect est traité correctement et que l'enquête est menée en accord avec les règles du *due process of law*. La tension entre ces deux exigences est illustrée par la fonction de *custody officer*. Ce dernier est un officier de police de grade supérieur dont le rôle consiste à s'assurer que le suspect est bien traité, à obtenir la présence d'un avocat si le suspect le réclame et enfin à autoriser la mise en garde à vue du suspect uniquement si cela est nécessaire pour obtenir des preuves [11]. On pourrait le qualifier de « gardien » des droits du suspect. D'aucuns ont critiqué ce système : il semble peu réaliste de demander à un policier d'exprimer un point de vue neutre sur une enquête menée par ses collègues, en refusant par exemple la mise en garde à vue demandée. De même, il est peu réaliste de lui demander de mettre des obstacles sur le chemin de ses collègues, en contactant le défenseur par exemple. Des recherches ont démontré que les *custody officers* et les enquêteurs avaient tendance à privilégier l'aspect policier de leur fonction. Il existe tout un nombre de « trucs » afin de dissuader les personnes gardées à vue de demander une assistance juridique. On leur dit qu'ils n'ont pas besoin d'un avocat, que cela ne ferait que retarder leur mise en liberté, ou bien on leur lit leurs droits rapidement et comme s'ils n'avaient pas d'importance [12]. Les Codes de pratique qui accompagnent *PACE* ont été révisés afin de minimiser l'impact de ces techniques et afin de signifier l'importance de leurs droits aux personnes placées en garde à vue. Selon une recherche menée par le *Home Office,* le nombre des suspects qui demandent une assistance juridique est passé de 24 % à 32 % à la suite des révisions. On peut toutefois s'étonner que deux tiers des suspects ne demandent toujours pas d'assistance juridique alors qu'elle est accessible et gratuite pour tous.

Enfin, la *Royal Commission on Criminal Justice* (*RCCJ*), établie à la suite d'une série d'erreurs judiciaires très médiatisées, est la dernière institution à s'être penchée sur le système pénal dans son ensemble. Le rapport publié en 1993 ne recommande pas de modifier de façon majeure le déroulement de la garde à vue. Afin d'introduire une certaine indépendance à la fois dans le contrôle de l'enquête de police et dans la responsabilité pour le traitement du suspect (de nombreuses erreurs judiciaires résultaient d'aveux extorqués ou fabriqués au poste de police), on suggéra d'impliquer le *CPS* dès les premières étapes de l'enquête (aujourd'hui, le *CPS* intervient seulement après l'inculpation). Cette proposition fut rejetée par la Commission car elle risquait de diminuer la responsabilité de la police [13]. La Commission préféra recommander que seuls les officiers de police de grade supérieur soient recrutés pour devenir *custody officer* [14] (dans certains cas, le poste était confié à des policiers d'un grade inférieur) et que les policiers aient une attitude plus positive envers les avocats de la défense, par exemple en fournissant un résumé de l'affaire en cours [15].

10. M. McConville, A. Sanders et R. Leng, *The Case for the Prosecution,* 1991, Londres, Routledge.
11. *PACE* sect. 37.
12. A. Sanders, L. Bridges, A. Mulvaney et G. Crozier, *Advice and Assistance at Police Stations and the 24 Hour Duty Solicitor Scheme,* 1989, Londres, Lord Chancellor's Department.
13. *RCCJ Report,* p. 30, § 25.
14. *Ibid.,* § 26.
15. *Ibid.,* p. 36, § 54. Ainsi que pour beaucoup d'autres de ses propositions, la Commission n'indique pas précisément comment obtenir une telle attitude positive. Pour un bon résumé des recommandations de la Commission et de la façon dont elles furent reçues. V. A.J. Bullier, « Le rapport de la RCCJ », cette *Revue,* janv.-mars 1994, 166-170.

B. – *La réponse de la profession juridique*

PACE introduisit pour les *solicitors* la possibilité de s'impliquer dans un nouveau type de travail : assister les personnes gardées à vue ; travail dont le financement était couvert par les fonds publics dans tous les cas. La profession juridique accueillit donc chaudement ce système. Cependant, tandis qu'elle saisissait cette opportunité financière d'un nouveau besoin à satisfaire, elle consacra peu de réflexion aux qualités requises où à l'organisation nécessaire pour fournir un service de haute qualité aux personnes gardées à vue. On se contenta d'estimer que les *solicitors* spécialisés en droit pénal élargiraient la palette de leurs services afin de répondre aux exigences du travail d'assistance juridique. Le résultat fut que, par opposition avec l'attitude combative et adversaire de la police, les avocats subvertirent le principe du contradictoire au nom de raisons économiques et pratiques.

De même que pour les *Magistrates Courts,* il existe un système de *duty solicitor* pour la garde à vue [16], établi conformément à la section 59 de *PACE,* et qui fournit une liste d'avocats disposés à conseiller les personnes au poste de police à toute heure. L'idée générale veut que ce service soit rempli par des *solicitors.* Même si ces derniers peuvent envoyer des personnes pour les remplacer, ils doivent examiner chaque affaire personnellement, ceci conformément aux règles, et leurs remplaçants doivent satisfaire à un examen d'aptitude. Cependant, les personnes placées en garde à vue peuvent choisir entre le *duty solicitor* et le *solicitor* (ou le cabinet) de leur choix. Dans le second cas, aucune règle ne porte sur les personnes autorisées à assister à la garde à vue et la profession a abusé de cette situation. Les cabinets peuvent établir leur propre système de permanence et n'importe quel employé en fera partie ; ou bien le cabinet utilise un sous-contractant – une agence extérieure – à qui il confie certains appels ou bien tous les appels en bloc. Bien que les recommandations de la *Law Society* autorisent les *solicitors* à déléguer ce travail à leurs employés, le code de conduite professionnel implique que cette délégation se fasse uniquement à ceux qui ont la compétence nécessaire pour assister juridiquement les personnes gardées à vue.

En 1981, la *RCCP* avait clairement indiqué qu'il était nécessaire qu'un avocat confirmé aille au poste de police, afin de conseiller le suspect au moment de la procédure où il est le plus vulnérable ; ceci afin de tenter de corriger le déséquilibre qui existe entre les pouvoirs de la police et ceux du suspect. La présence d'un conseiller en matière juridique est aussi très importante en ce qui concerne l'admissibilité des preuves. Pour les suspects interrogés par la police qui ne bénéficient pas de l'assistance d'un conseiller, seules les questions auxquelles ils ont répondu constitueront une preuve. Mais si le suspect bénéficie d'un défenseur, il est censé être sur un pied d'égalité avec la police, et toutes les questions posées, même celles restées sans réponse, constitueront une preuve [17]. Il est clair que ceci a des conséquences déterminantes pour l'inculpé, car cela peut amener la juridiction à tirer des conséquences défavorables de son refus, et contribue ainsi à diluer le droit au silence de l'inculpé.

Au cours d'une recherche effectuée pour le compte de la *RCCJ* [18], nous nous sommes rendu compte que la réalité du travail des avocats au poste de police ne correspondait ni à l'image donnée par la police d'un adversaire rusé, essayant toutes les tactiques à sa disposition, légitimes ou non, afin que son client échappe à la police, ni à l'image que se font les juridictions d'un conseiller juridique qui place le suspect sur un pied d'égalité avec la police. Le modèle avancé par la *RCCP* d'un avocat qualifié et expérimenté, capable de conseiller son client sur les différentes portes qui lui sont ouvertes, est loin de la réalité, mais aussi, loin des aspirations de la plupart des cabinets. Une minorité de cabinets seulement pouvait offrir une assistance qui protège les clients

16. Ceci opère de la même façon que les avocats commis d'office.
17. *R v Chandler* [1976] 3 All ER 105.
18. V. *Custodial legal Advice and the Right to Silence, op. cit.*

tout en garantissant le respect de la procédure pénale lorsque la police ignore les règles. Mais, dans la majorité des cas, il n'était pas question que ce soit le *solicitor* qui aille au poste de police. Toute une gamme de personnel sans qualification juridique était employée par le cabinet et, sans formation officielle ou même formation interne, devait fournir l'essentiel du travail au poste de police. Parfois ces personnes sont en cours de formation en vue de devenir des *legal executives,* mais le plus souvent il s'agit d'employés de bureau, d'anciens policiers ou même de secrétaires. L'organisation du travail est telle que les *solicitors* passent le plus clair de leur temps au tribunal et, même lorsqu'ils sont à leur bureau, ils ne se déplacent pas au poste de police. Il est impossible de prévoir la durée d'une visite au poste de police, dont la fréquentation est d'ailleurs peu agréable.

Au lieu de considérer qu'il s'agit d'une opportunité à saisir en influençant l'affaire à son tout début, en offrant une protection à leur client et en jouant le rôle de bouclier face à la puissance policière, les *solicitors* estiment en grande majorité qu'il s'agit d'un travail peu prestigieux.

Il n'existe aucun mécanisme qui permette de classer les affaires et de faire coïncider la qualité et l'expérience de la personne chargée d'aider le suspect avec le sérieux du cas, ou qui permette de traiter les problèmes éventuels. Le travail au poste de police est systématiquement attribué à la personne de permanence ou à celle qui est disponible. Parfois ce sera un *solicitor* mais le plus souvent ce sera un employé.

Bien que ces méthodes soient absolument contraires aux principes déontologiques et aux attentes inscrites dans les passages traitant de l'assistance au poste de police, elles sont à l'avantage des *solicitors* dans leurs méthodes de travail. Comme le personnel non qualifié est moins rémunéré que les *solicitors,* cela permet d'accroître la rentabilité du cabinet. L'avantage économique apporté aux cabinets se démontre par le recours aux agences extérieures (souvent composées d'anciens policiers) dont les tarifs sont inférieurs aux honoraires versés par les fonds publics. Ces agences interviennent à la demande et permettent de supprimer les coûts liés au recrutement dans les cabinets. On estime que ces anciens policiers conviennent pour ce genre de travail car ils sont au courant du quotidien de la police, ils s'adaptent aux heures de travail et ils parviennent à maintenir une coopération avec la police. La philosophie que les anciens policiers portent en eux n'est pas jugée incompatible avec leur rôle de défenseur, et rien n'est fait pour modifier leur point de vue [19].

Le client est bien entendu pénalisé lorsqu'il est assisté d'un défenseur sans qualification ni expérience. La majorité de ces défenseurs n'a aucune expertise juridique et ignore souvent les concepts essentiels d'« intention » ou de « négligence criminelle ». Ils sont également incapables d'évaluer les mérites des différentes stratégies disponibles face aux questions de la police. Cela ajouté à leur relative inexpérience, signifie qu'ils n'ont pas l'assurance nécessaire pour traiter avec leurs clients et surtout avec la police. Ils sont incapables de défendre les intérêts de leurs clients. Ils constituent une présence et non une assistance. Nombreux parmi eux sont ceux qui, à cause d'un manque de formation, développent leurs propres principes qui reflètent en général la philosophie policière.

En vue de défendre au moins une certaine aspiration vers le modèle professionnel, les porte-parole des *solicitors* ont indiqué que le faible niveau des rémunérations les forçait à déléguer ainsi. Même si cette basse rémunération est un facteur supplémentaire, elle n'est pas la seule cause. Nous avons pour preuve le fait que la délégation du travail juridique n'a fait qu'augmenter depuis les années 1970 au moins, alors que

19. Notre étude prolongée (*Standing Accused, op. cit.*) suivit un certain nombre de *solicitors* stagiaires, examina le fonctionnement des cabinets et détailla le développement de l'idéologie de l'avocat de la défense. En l'absence d'une formation sur le rôle contradictoire à jouer, les avocats ont tendance à choisir la voie plus facile de la coopération.

l'aide juridique financière était en pleine croissance. Des honoraires horaires accrus, dépassés seulement par les tarifs pour le travail aux *Magistrates Courts,* n'ont pas réussi à enrayer le phénomène d'assitance juridique par téléphone, au lieu d'une assistance sur place, fournie par les *duty solicitors.* En fait, c'est la façon dont les *solicitors* définissent leur profession qui constitue l'élément essentiel de l'organisation du travail juridique et, pour la plupart des *solicitors* pénalistes, le fait d'employer du personnel sans formation et sans expérience ne constitue pas un problème. La formation professionnelle ne parvient pas à instiller le principe du contradictoire qui devrait gouverner le travail des pénalistes en Angleterre. La plupart ne considère pas leur rôle de la façon active envisagée par la *RCCP.* L'idéologie dominante estime au contraire que le client est coupable et qu'il s'agit de gérer efficacement un *guilty plea* [20] pour le client. L'existence de cabinets, qui opèrent dans le même contexte économique mais qui ne se conforment pas au modèle habituel, conforte la thèse selon laquelle l'évolution de l'idéologie professionnelle s'est faite de façon chaotique. La conclusion de cet exposé n'est pas d'exclure les avocats du poste de police à cause de leur incompétence, mais de prendre des mesures afin que ce ne soit plus seulement une minorité de défenseurs qui soient qualifiés, expérimentés et capables d'apporter l'assistance juridique que la *RCCP* a envisagée et que les tribunaux présument [21].

C. – *La réponse du judiciaire*

Nous avons vu que la section 58 de *PACE* peut être dévoyée lorsque le *custody officer* ou d'autres dissuadent le suspect d'utiliser son droit à un avocat et lorsque la profession juridique n'emploie pas de défenseurs compétents. Un troisième élément nécessaire à ce que la loi soit appliquée tient à l'attitude des tribunaux sur la question d'admissibilité des preuves lorsque les règles n'ont pas été appliquées.

L'attitude du judiciaire, visible dans une série de décisions rendues par la *Court of Appeal,* n'a pas confirmé la présence d'un avocat comme étant un droit automatique dont tous les suspects peuvent bénéficier pendant la garde à vue et les interrogatoires correctement menés. Les premières décisions, telles que *R.v. Samuel* (1988, 2 All ER 135) ont affirmé l'importance de l'accès à l'assistance juridique pour le suspect, ceci étant qualifié de « droit fondamental du citoyen » (à la p. 144) et excluant ainsi les aveux obtenus en infraction à la section 58 de *PACE.* La *Court of Appeal* a indiqué qu'il fallait des motifs clairs afin de refuser l'accès à un avocat ; l'officier de police « doit être convaincu que le *solicitor,* s'il est autorisé à s'entretenir avec son client, commettra ensuite une infraction ». Ceci recouvre la manipulation des preuves, le contact avec des témoins ou des personnes soupçonnées de participation à l'infraction.

Toutefois des décisions ultérieures ont limité la portée de *Samuel* et de la section 58. Dans le cas *Dunford* (1990, 91 Cr. App. R 150) un aveu obtenu en infraction à la section 58 n'a pas été écarté par la *Court of Appeal.* Ce refus d'appliquer un droit reconnu par la loi était censé ne pas avoir nui au suspect, car ce dernier avait déjà été condamné (mais pour des infractions inférieures à la présente accusation de vol à main armée) et avait répondu « rien à dire » avant d'avouer, indiquant qu'on lui avait toujours dit que c'était l'attitude à tenir. La Cour a estimé que la présence d'un *solicitor* n'aurait rien ajouté à la connaissance que le suspect avait de ses droits, qui sont les mêmes quelle que soit l'infraction commise. Cette conception est critiquable pour

20. Plaider coupable accélère la procédure.

21. En réponse à notre recherche, la *Law Society,* l'organisme professionnel qui représente les *solicitors,* a élaboré un dossier de formation destiné à tous les remplaçants ; ceux-ci doivent passer un examen afin d'être autorisés à remplacer les *solicitors.* Même s'il s'agit d'un pas dans la bonne direction, cette formation ne s'applique ni aux *solicitors,* ni aux stagiaires. Comme l'assistance qu'ils fournissent est souvent d'aussi mauvaise qualité que celle des remplaçants et, comme ils seront responsables de la formation des remplaçants, il est peu probable que l'assistance juridique au poste de police en soit radicalement modifiée. De plus, rien n'est prévu contre le manque de contrôle déontologique.

plusieurs raisons. Tout d'abord, le Parlement n'avait pas l'intention, lorsqu'il a voté *PACE,* d'appliquer la section 58 de manière différente en fonction des différents types de suspects (ceux déjà condamnés ou non). Cependant, en exerçant son pouvoir d'exclusion des preuves défini par la section 78 de *PACE,* la Cour a établi une telle différence.

Ensuite, le fait de connaître l'existence d'un droit, tel que le droit au silence, ne revient pas à connaître la façon dont il s'exerce et la signification d'une telle décision. Si la simple connaissance suffisait, le suspect n'aurait pas du tout besoin d'un avocat car la police indique au suspect son droit de garder le silence. Le rôle de l'avocat est bien plus complexe. L'avocat peut indiquer si les preuves fournies ont des chances d'être admises par le tribunal, il peut discuter d'une défense juridique disponible, de raisons pour répondre aux questions posées ou pour présenter un alibi. Les conseils donnés lors d'une précédente garde à vue n'auront sans doute aucun rapport avec l'accusation actuelle.

De plus, une telle approche tend à affaiblir *PACE,* car la présence d'un avocat sert à éviter des allégations sans fondement sur des irrégularités policières et peut servir à ce que les preuves fournies soient valables.

Enfin, cela suppose que l'assistance juridique fournie précédemment provenait d'un défenseur qualifié. Ainsi que je l'ai exposé plus haut, cela est peu probable. Ceci nous amène à une deuxième tendance des décisions judiciaires. Dans l'affaire *Dunn* (1990, 91 Cr. App. R 237), la *Court of Appeal* a estimé que malgré les infractions évidentes au Code de pratique, qui auraient suffi pour exclure les preuves, conformément à la section 78 de *PACE,* la présence du conseiller juridique de l'appelant « faisait pencher la balance vers l'admissibilité des preuves » (p. 243). La police avait prétendu que le suspect avait avoué, en présence de son défenseur, à la fin de l'interrogatoire. Aucune transcription écrite ne fut faite de cette conversation, ce qui constitue une infraction au Code C [22]. Cette preuve fut acceptée, bien que l'accusé et son défenseur aient nié l'existence de cette conversation. La Cour a estimé que l'accusé et son défenseur pourraient témoigner à la barre à cet effet. Ceci contredit la décision antérieure *Keenan* (1989, 3 All ER 598) selon laquelle il est faux de supposer que toute injustice peut être réparée quand l'accusé dépose à la barre, car on le prive de son droit au silence.

L'élément commun à *Dunn* et *Dunford,* c'est l'idée que la présence d'un défenseur pendant la garde à vue est un avantage qui bénéficie au suspect et que l'on peut utiliser contre lui afin d'admettre des preuves qui autrement auraient été exclues.

III. – LA POSITION EN FRANCE

A. – *La réponse du système pénal*

Les nouvelles réformes qui touchent au déroulement de la garde à vue semblent vraiment modestes aux yeux des juristes anglais. La personne gardée à vue ne peut pas demander à s'entretenir avec un avocat avant que vingt heures se soient écoulées depuis le début de la garde à vue et cet entretien ne peut pas excéder trente minutes. En outre, l'avocat n'a pas le droit d'assister aux interrogatoires.

Durant toutes les recherches en France nous avons remarqué combien cette modeste réforme a provoqué la même réaction en France que la réforme d'il y a dix ans en Angleterre. Les procureurs et les policiers m'ont dit qu'ils considéraient que les avocats mettraient des bâtons dans les roues et conseilleraient à leurs clients de garder le

22. *PACE* exige que toutes les conversations entre le suspect et la police qui constituent un interrogatoire (au sujet de l'infraction) soient enregistrées sur cassette acoustique ou, si cela est impossible, soient transcrites par écrit et remises au suspect pour signature.

silence. La police française, comme son homologue anglais, semble considérer l'exercice des droits du citoyen comme un obstacle qui contredit ses propres buts pendant l'enquête. Par des remarques, elle insinue qu'il ne faut pas faire confiance à l'intégrité des avocats, qui sont peu disposés à la fouille de leurs serviettes et qui peuvent transmettre des informations à leurs clients ou à des personnes extérieures. En outre, la police mentionne l'injustice qui existe entre les clients qui bénéficient d'un avocat de leur choix (rémunéré à l'avance par une provision, dit-on) et ceux qui demandent un avocat commis d'office.

Une deuxième objection, plus sérieuse, est que la présence des avocats pendant la garde à vue n'est pas nécessaire comme protection autant qu'elle l'est dans un système accusatoire. Le procureur et le juge d'instruction sont chargés de contrôler les mesures de garde à vue. Le procureur de la République (ou en pratique un magistrat du parquet) doit être avisé de tout placement en garde à vue et doit autoriser toute prolongation à l'expiration du délai de base de 24 heures. En Angleterre, ces décisions sont entre les mains des policiers eux-mêmes. De plus, c'est le parquet, et non un policier comme en Angleterre, qui décide soit de continuer l'enquête, soit de remettre le suspect en liberté, soit de le poursuivre. Ainsi, il y a déjà un contrôle sur l'enquête et l'introduction d'un avocat au poste de police donnerait un caractère contradictoire à l'enquête, non nécessaire à ce stade.

B. – *L'avocat peut-il jouer un rôle important pendant la garde à vue ?*

Malgré les différences entre les deux systèmes, il y a un rôle à jouer pour l'avocat parce que la garde à vue est toujours partisane. Les policiers ont arrêté la personne parce qu'ils la considèrent comme suspecte et l'explication qu'ils cherchent, c'est un aveu, en France comme en Angleterre. Pendant nos recherches en France, il était évident qu'ils employaient durant l'interrogatoire les mêmes stratégies qu'en Angleterre. Quand le suspect nie son rôle dans l'affaire, le policier demande « la vérité », élève la voix, refuse les cigarettes au suspect, arrête de taper à la machine et en dernier ressort fait revenir le suspect dans sa cellule pour recommencer plus tard l'interrogatoire. Quel que soit le succès de ces méthodes, il est évident que les policiers croient en la culpabilité de la personne qu'ils ont devant eux.

Mais alors, si le parquet et le juge d'instruction contrôlent déjà la garde à vue, cela signifie-t-il que l'avocat est de trop ? Tout d'abord, le juge d'instruction n'est impliqué que dans une minorité de cas. En général, c'est le parquet qui reste en contact avec la police pendant la garde à vue. Mais sa participation reste à un degré minime. En premier lieu, celle-ci se fait essentiellement par téléphone et non en personne. En deuxième lieu, le parquet dépend de la police pour toute information afin de décider soit de faire présenter le suspect au petit parquet, soit de le convoquer devant le tribunal, soit de le relâcher. Bien qu'il obtienne le dossier plus tard, son rôle à ce moment est réactif dans une large mesure, car il dépend de la précision des informations fournies par la police. En troisième lieu, le parquet ne connaît ni ne contrôle les méthodes de l'interrogatoire policier. Aucun membre du parquet n'est présent et les interrogatoires font l'objet d'un résumé des auditions, tapé par la police, et non d'une transcription intégrale.

Pour le juriste anglais, ce qui manque le plus à la procédure pénale française, c'est le fait de laisser le suspect sans protection effective quand il est le plus vulnérable. Il faut que les magistrats du tribunal croient le prévenu plutôt que la police si l'on veut que les arguments selon lesquels le policier a fabriqué un aveu ou incorporé des détails inconnus du suspect au moment de l'interrogatoire soient acceptés. La qualité et la fiabilité des preuves obtenues en garde à vue seraient améliorées si l'on introduisait des contrôles plus efficaces comme l'enregistrement de l'interrogatoire du suspect ou la présence d'un avocat. Selon la loi, le déroulement de la garde à vue prévoit un

contrôle indépendant, mais en fait celui-ci est en grande partie rétrospectif. La façon dont les auditions des suspects sont effectuées en France n'est pas une méthode fiable pour produire une transcription exacte. Bien que tous les interrogatoires soient enregistrés en Angleterre, les auditions des témoins se font comme en France. Certains s'inquiétèrent de la façon dont les auditions peuvent être composées afin de corroborer une version des événements ; les informations des policiers viennent consciemment ou inconsciemment altérer le témoignage et contaminer l'audition [23]. La police cherche un homme grand et barbu qui conduit une Peugeot bleue. Le témoin raconte qu'il a vu un homme grand et barbu qui conduisait une voiture bleue. Si on lui pose la question, il accepte que ç'aurait pu être une Peugeot. On rédige tout cela à l'affirmative et la désinformation commence. Même si la majeure partie des suspects signent le procès-verbal des auditions, en réalité peu d'entre eux le lisent.

L'existence du parquet indique un souci de contrôler la conduite de la police pendant la garde à vue, mais ce rôle est accompli d'une manière qui laisse la police sans supervision, en particulier pendant les interrogatoires. De plus, l'observateur anglais notera que le parquet travaille non pas à charge ou à décharge comme le juge d'instruction, mais à charge, ce qui ne semble pas fournir une protection totalement neutre. Loin d'être incompatible avec l'efficacité du système, la présence d'un avocat pendant la garde à vue renforce cette efficacité en rendant la procédure plus transparente. Cela s'est déjà produit à d'autres moments clés de la procédure. Depuis la loi du 8 août 1897, l'avocat peut assister à la comparution devant le juge d'instruction et, depuis la loi du 9 juillet 1984, au débat contradictoire qui précède un éventuel placement en détention [24]. Il est surprenant que la loi ne prévoie pas un avocat pendant l'interrogatoire au poste de police, moment sans doute le plus critique de la procédure, débouchant souvent sur cette « reine des preuves » : l'aveu. La possibilité de se rétracter plus tard n'est pas une protection effective. Les prévenus sont pour la plupart jugés devant le tribunal correctionnel et interrogés par le président du tribunal qui ne possède que le dossier du parquet (c'est-à-dire la version de la police) devant lui. S'ils nient cette version ou soutiennent que le dossier ne représente pas exactement ce qu'ils voulaient dire, il est peu probable qu'on les croie. « Pourquoi avez-vous déclaré ceci ? » « Pourquoi avez-vous signé cela ? » On croit la police plus facilement que le prévenu. Ecarter les arguments en faveur de l'avocat pendant la garde à vue, c'est ignorer le fait que les mêmes raisons, qui ont amené la *RCCP* en 1981 à recommander que tous les suspects aient accès à une assistance juridique, se retrouvent dans la situation française.

C. – *La profession juridique va-t-elle saisir cette opportunité ?*

L'expérience anglaise a montré que la raison pour laquelle du personnel sous-qualifié était envoyé au poste de police provenait de l'incapacité des *solicitors* à saisir l'importance de leur tâche et de leur faculté à influencer l'affaire dès son tout début. Le plus souvent, ce qui se passe à ce moment détermine le sort ultime de l'enquête. Un aveu constitue une preuve déterminante pour condamner quelqu'un ; un alibi annoncé clairement au début de l'enquête peut éviter à quelqu'un d'être pris dans une enquête pendant une durée excessive. Ce travail de défense est très différent de la routine quotidienne des avocats. Il y a peu de temps pour réfléchir. Il faut continuellement évaluer la situation et y répondre : « pourquoi mon client a-t-il été arrêté ? » « sur quelles bases est-il détenu ? » « que lui a dit la police ? » « comment a-t-il été traité ? » En revanche, lorsque les avocats assistent aux comparutions devant le juge d'instruction, ils ont accès au dossier et l'entretien est assez détendu. Les décisions concernant la remise en liberté, la mise en liberté sous caution, le chef d'inculpation,

23. M. Maguire et C. Norris, *The Conduct and Supervision of Criminal Investigations, RCCJ Study* # 5, 1992, Londres, HMSO.

24. Certains s'opposèrent à ces réformes aussi lorsqu'elles furent introduites.

et par là même la peine applicable, dépendent de ce qui s'est passé au poste de police. La simple présence de quelqu'un qui ne cherche pas à confirmer l'implication du suspect dans l'infraction peut soulager certaines des pressions liées à la garde à vue. Le client peut être rassuré lorsqu'on lui explique la procédure, la durée probable de la garde à vue alors que la police joue sur l'ignorance du client, affirme pouvoir le garder tant que la « vérité » (un aveu) n'aura pas été découverte. Etant donné que personne n'est chargé d'expliquer au suspect son droit au silence, cela pourrait aussi constituer un rôle important pour l'avocat. Mais si l'avocat ne conçoit pas son rôle comme complémentaire de celui du parquet, le client n'aura rien à gagner. C'est particulièrement vrai dans le cas des avocats français qui n'interviennent à ce stade de la procédure que depuis peu, et de façon limitée. La présence d'un avocat peut permettre de soulever des questions sur le traitement du suspect et aussi de renforcer la connaissance que le suspect a de ses droits, mais il est regrettable que l'avocat intervienne souvent après les interrogatoires, ce qui diminue la valeur des explications et des assurances données au suspect. Même une demi-heure de consultation au début de la garde à vue, ainsi que la loi du 4 janvier 1993 le prévoyait, peut être vite oubliée lorsque le suspect est soumis à la pression immédiate de l'interrogatoire.

Non seulement l'avocat doit se préparer à répondre à des situations nouvelles et imprévisibles, mais l'ensemble du cabinet doit être à même de répondre à ces nouvelles exigences. Il est nécessaire de planifier le travail afin qu'un membre du personnel puisse être contacté à toute heure. L'essentiel est de former celui-ci afin de répondre à ces exigences nouvelles. Il est faux de supposer que les avocats vont simplement ajouter et incorporer cette fonction à leurs tâches actuelles sans l'aide d'une formation officielle pour ce nouveau rôle. Les avocats diplômés ainsi que les avocats stagiaires auront besoin d'une formation actualisée ; peut-être que le CFPA pourra y subvenir.

CONCLUSION

Il est trompeur de se concentrer sur la nature inquisitoire ou accusatoire d'un système pénal et d'écarter tout aspect d'un système au sein de l'autre. Bien qu'ils soient généralement qualifiés d'accusatoire et d'inquisitoire, ni le système anglais ni le système français ne représentent une version pure de ces modèles. Ces descriptions sont utiles surtout en ce qu'elles rappellent les origines des sytèmes, et non en ce qu'elles décrivent leur fonctionnement actuel. Malgré des différences de méthodes, ces deux systèmes judiciaires poursuivent des intérêts communs, qu'il s'agisse de faire ressortir tous les faits significatifs de l'enquête ou de faire juger l'accusé par des tribunaux impartiaux. De plus, même si les règles de procédure semblent différer, elles sont plus proches qu'on ne pourrait le penser à première vue.

Les deux systèmes cherchent à empêcher la police d'agir de manière arbitraire. En France, le parquet et le juge d'instruction sont censés contrôler l'enquête afin de s'assurer que la garde à vue ne s'applique qu'à ceux contre qui il existe des soupçons d'infraction. En Angleterre, le *custody officer* est chargé de ce rôle et, même s'il est un officier de police judiciaire, il se trouve au poste de police et il rencontre le suspect. La présence d'un avocat de la défense ne contredit pas ce but commun aux deux systèmes. Qu'il s'agisse d'un avocat de permanence, qui ne participera pas à la procédure par la suite, ou bien d'un avocat choisi, sa présence contribue à la conduite correcte de l'enquête au lieu de laisser l'équilibre entre les droits du suspect et les intérêts de la communauté entre les mains du procureur. En pratique, la profession juridique doit se préparer à ce nouveau rôle, ce qui sera d'autant plus important en Angleterre avec l'abolition probable du droit au silence.

Le droit pénal international dans les réformes française et italienne (le nouveau code pénal français et le projet italien) *

Stefano MANACORDA

Diplômé d'études approfondies en droit pénal et politique criminelle en Europe

En 1980 le professeur Claude Lombois, à l'occasion du commentaire des dispositions de l'avant-projet du nouveau code pénal relatives au droit pénal international, mettait en évidence les lacunes et les incohérences du texte, découlant à son avis de la faible attention pour la matière, et observait que : « le probable, c'est que ces questions ne passionnent personne ; pour peu, j'aurais dit n'intéressent personne » [1]. Les modifications relatives à la validité de la loi pénale dans l'espace, déjà entrées en vigueur en France et pour le moment envisagées en Italie, démentent ce constat délibérément provocateur et constituent la confirmation d'un intérêt renouvelé pour le thème, élément essentiel de tout droit pénal moderne.

La considération – et la reconsidération dans une perspective de réforme – de l'application de la loi pénale dans l'espace découle, entre autres, de l'internationalisation de la criminalité : les frontières d'un Etat constituent traditionnellement la limite infranchissable de la loi nationale, mais elles représentent en même temps un écran pour les délinquants plus astucieux [2]. Pour reprendre une image proposée par un expert en la matière, on peut dire qu'aux quatre libertés de circulation (des personnes, des biens, des services et des capitaux) reconnues dans le Marché unique ne correspond pas une circulation aussi libre de la loi et du juge pénal [3]. En l'absence d'un droit pénal international doué de force obligatoire – soit-il régional ou universel – les Etats se voient donc obligés d'étendre la validité de leur loi pénale au-delà des frontières politiques pour faire face aux phénomènes criminels à dimension transnationale.

Il est connu qu'en France le nouveau code pénal, adopté en juillet 1992, est désormais en vigueur depuis le 1er mars 1994 ; en Italie, en revanche, à l'heure actuelle il

* Texte partiellement modifié de l'intervention tenue au Séminaire organisé par l'Université de Florence, *Valori e principi della codificazione penale : le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*, Florence, 11-12 oct. 1993, publié par éd. Cedam, Padoue, 1995.

1. C. Lombois, Le droit pénal international, *RID pén.*, 1980.57.

2. A. Bossard, La criminalité transfrontière multidisciplinaire, cette *Revue*, 1988.756 et s. qui souligne en même temps le caractère international et complexe de la criminalité moderne, à travers les définitions suivantes. « Par la criminalité transfrontalière nous entendons une activité antisociale dont la préparation, la réalisation ou les conséquences impliquent le franchissement d'au moins une frontière par une personne, un objet ou une volonté exprimée (...) ». En argument cf. aussi P. Bernasconi, Les infractions transfrontières : terrorisme, trafic de stupéfiants, délits financiers, *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, 1993.80 et s.

3. P. Bernasconi, Regole giuridiche e regole deontologiche. Esperienze internazionali, *Economia e Criminalità*, Roma, 1993, 293.

n'existe qu'un *Schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale* [4], pas encore discuté par le Parlement : malgré cela, les indications qu'on peut tirer de ce projet sont suffisantes pour une première comparaison, encore provisoire. La confrontation des dispositions relatives à la validité de la loi pénale dans l'espace, plutôt que centrée sur les textes, va être axée sur le mouvement suivi par les deux réformes, afin de mettre en évidence les points de contact et les divergences les plus saillantes. A une perspective de comparaison statique entre les deux textes, on préfère ici l'étude des dynamiques en cours.

Au préalable, il semble opportun d'indiquer brièvement les sources inhérentes à la validité de la loi pénale dans l'espace contenues dans les deux réformes. Pour la France, le chapitre III du Titre I (*De la loi pénale*) du Livre I (*Dispositions générales*) du nouveau code pénal détermine le champ d'application de la loi pénale. Il se compose de deux sections : l'une concernant les infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République (113-2 à 113-5) ; l'autre relative aux infractions commises ou réputées commises à l'étranger (113-6 à 113-11). L'article 113-1, situé en position initiale, définit le territoire français et représente, donc, en même temps la ligne de partage entre les deux sections. Il faut en outre ajouter les articles 689 à 698-7 du code de procédure pénale relatifs à la compétence universelle [5]. L'article 7 du projet italien contient à son tour les principes pour la redéfinition de la matière, accompagnés par un succinct commentaire dans le cadre de la relation d'accompagnement.

Les deux réformes adoptent, pour les questions les plus importantes, des *solutions analogues* (I) ; d'ailleurs, l'existence d'affinités et convergences n'entraîne pas automatiquement l'exclusion de *particularités* propres à chaque texte (II).

I. – LA CONVERGENCE DES RÉFORMES : PLACE ET CONTENU DES RÈGLES

L'existence de convergences importantes constitue certainement un résultat involontaire, car aucun projet d'harmonisation, à niveau européen ou universel, de ces normes n'a jamais été conçu, ni aucune réflexion n'apparaît dans les travaux préparatoires sur les expériences étrangères. Ce résultat n'est pas pourtant le fruit du hasard, car les solutions adoptées dans les législations européennes, en ce qui concerne la structure de l'infraction et la loi pénale, tendent de plus en plus à se rapprocher. Les solutions analogues adoptées par les deux textes peuvent, en tout cas, être évaluées positivement car – sans prétendre sanctionner toutes les infractions qui ont lieu à l'étranger – elles prennent en considération la criminalité transfrontalière.

Les affinités concernent la place assignée à la matière (A), mais aussi la reconnaissance de règles communes ou similaires quant à la compétence territoriale (B) ou extraterritoriale (C).

4. Le *Schema di legge delega par l'emanazione di un nuovo codice penale* et la *Relazione* qui l'accompagne sont publiés *in Documenti Giustizia,* 1992, 3 et *in Indice Penale,* 1992, 579 et s. Pour la présentation générale du projet : A. Pagliaro, Valori e principi nella bozza italiana di legge delega per un nuovo Codice penale, *Valore e principi della codificazione penale, op. cit.* Sur le projet cf. aussi les Actes du Séminaire organisé par le Centro di Difesa e Prevenzione Sociale : *Prospettive di riforma del Codice penale e valori costituzionali,* Saint-Vincent, 6-8 mai 1994 (en cours de publication).

5. Les articles 689-1 et s c. pr. pén. ont été modifiés par les articles 60 et 61 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 : *Entrée en vigueur du nouveau code pénal. Modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale* (loi d'adaptation).

A. – *La place assignée à la matière*

La première analogie importante entre les deux réformes est représentée par la place assignée à la matière du point de vue systématique. En France, les dispositions relatives à la validité de la loi pénale dans l'espace figuraient auparavant dans le code de procédure pénale, en tant que règles de compétence extraterritoriale des juridictions répressives. La réforme réalise une translation presque intégrale de la matière du code de procédure au code pénal, rejoignant par là la solution déjà adoptée dans l'ordre juridique italien. A noter, d'ailleurs, que cette modification n'entraîne en pratique aucune conséquence, compte tenu du fait que pour le droit pénal – à la différence du droit privé, dans le cadre duquel les juridictions sont exceptionnellement habilitées à appliquer la loi étrangère – le principe en vigueur est celui de la solidarité des compétences, qui interdit de dissocier les compétences juridictionnelle et législative [6].

Ainsi en France, jusqu'à la récente entrée en vigueur du nouveau code pénal, les normes en question étaient considérées comme règles de compétence extraterritoriale des juridictions répressives (art. 689 à 696 code de procédure pénale auxquels il fallait ajouter les articles 121-7 et 121-8 du code de l'aviation civile) mais la quasi-unanimité de la doctrine les considérait comme règles de fond [7].

Malgré l'absence de conséquences pratiques, le choix du réformateur français nous semble correct, car il apparaît plus logique de faire dériver la compétence juridictionnelle de la compétence législative plutôt que l'inverse, dans le respect des postulats du principe de la légalité [8]. Il faut pourtant relever qu'il s'agit d'un choix incomplet car il ne concerne pas le critère de la compétence universelle.

B. – *La confirmation du principe de territorialité*

Les deux réformes reprennent et confirment les principes fondamentaux de la matière, depuis longtemps reconnus par la doctrine, par la jurisprudence et par le législateur même. *In primis,* le principe de territorialité est réaffirmé comme fondement du système. Placé en ouverture de l'article 7 du *Schema* italien, il est également prévu dans les termes traditionnels par l'article 113-2, alinéa 1 du nouveau code pénal français. La consécration expresse du principe dans l'ordre juridique pénal français constitue une nouveauté de la réforme ; dans la législation précédente, en effet, le principe était tiré de l'article 3, alinéa 1 du code civil, qui pourtant se réfère de façon générale aux « lois de police et de sûreté ». Toutefois, même en présence d'un appui si faible et général, on n'a jamais douté de son applicabilité à la loi pénale [9].

6. Le principe de la solidarité des compétences est reconnu, entre autres par C. Lombois, *op. cit.,* 56 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, tome I, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général,* 1988 ; W. Jeandidier, *Droit pénal général,* 1988 ; J. Pradel, *Droit pénal général,* 1990 ; M. Puech, *Droit pénal général,* 1988.

Cependant il existe des théories minoritaires qui remettent en cause le postulat de la solidarité et professent la dissociation entre compétence législative et compétence judiciaire, à l'exemple du droit international privé. Dans ce sens : H. Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international,* 1922, *passim* ; Id, *Les principes modernes du droit pénal international,* 1928, *passim* ; R. Koering-Joulin, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction, Essai sur le règlement des conflits des lois pénales dans l'espace,* thèse Strasbourg, 1973 ; J. Le Calvez, Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale) cette *Revue,* 1980.337.

7. A l'exception de G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général,* 1992, qui adoptent l'ordre suivi par le législateur.

8. Dans ce sens M. Massé, Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal, cette *Revue,* 1990, 396. Des critiques sur cette modification de la *sedes materiae* sont en revanche avancées par B. Bouloc, *Valore e principi della codificazione penale,* Personnes punissables et sanctions dans le nouveau code pénal français, *op. cit.,* 119. Sur les liens entre la réforme et la réaffirmation du principe de la légalité. V. J. Robert, Commentaire de l'Avant-projet, *Semaine Juridique,* 1976.I.2813.

9. V. pour tous R. Koering-Joulin-A. Huet, Droit pénal international. Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. Introduction générale. Infractions commises en France, *Juris-Classeur Procédure pénale,* 1991, n° 22.

Les deux ordres juridiques continuent également à considérer l'infraction comme réalisée sur le territoire national tantôt si l'action ou l'omission a été exécutée, même partiellement, sur ce territoire, tantôt si elle y a produit ses effets. L'extension de la territorialité à travers le principe de l'ubiquité, déjà réalisée en Italie par l'article 6, alinéa 2 du code Rocco, est confirmée par l'article 7, alinéa 1, *lett. a* du *Schema*. De façon analogue en France, le principe, auparavant reconnu par le code de procédure pénale, est repris par le nouveau code pénal, qui a introduit une modification linguistique, source de nombreuses critiques doctrinales. Alors que le texte précédent (art. 693, c. pr. pén.) considérait commise sur le territoire de la République toute infraction dont *un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs* a été accompli en France, la nouvelle disposition a préféré à une telle expression celle, plus synthétique, de *fait constitutif de l'infraction* (art. 113-2, al. 2, nouv. c. pén.). Il faut considérer que l'article 693 du code de procédure pénale – ayant concilié les deux écoles opposées, celle de l'action et celle du résultat – avait permis à la jurisprudence, jusqu'alors hésitante et contradictoire, de se consolider ; par conséquent de sévères observations critiques ont été portées à l'encontre de la réforme [10]. Ces remarques semblent être à l'origine de l'affirmation contenue dans les travaux préparatoires, selon laquelle la nouvelle disposition en matière de *locus commissi delicti* constitue la reprise pure et simple des solutions déjà adoptées par le code de procédure pénale [11] ; or, si ces dernières étaient les intentions réelles du législateur, il est légitime de se demander pour quelle raison il n'a pas renoncé à la variation terminologique, en évitant ainsi le risque de solutions jurisprudentielles nouvelles et contradictoires.

Aucune nouveauté ne ressort en revanche des deux réformes en ce qui concerne la notion de territoire, comprenant dans les deux cas le territoire réel – constitué par les espaces terrestres, maritimes et aériens – et le territoire flottant – s'étendant à certains navires et aéronefs se trouvant au-delà des espaces territoriaux nationaux (art. 7, al. 1, *lett. b*, *Schema* italien ; art. 113-1, 113-3 et 113-4, nouv. c. pén.) [12]. La réforme française intègre donc dans le code pénal les règles figurant auparavant dans le code de l'aviation civile.

C. – *Le rapprochement partiel des critères de compétence extraterritoriale*

Plus remarquable, en revanche, est la convergence autour des autres principes fondant la compétence nationale. Les points de départ et de confrontation des deux réformes, à savoir le code Rocco de 1930 en Italie et le code de procédure pénale de 1959 en France, présentent des différences importantes. En effet, le code italien, en suivant les principes étatistes et expansionnistes dominants à l'époque de son adoption, prévoit des dérogations importantes au principe de territorialité : il reconnaît ainsi – pour citer un exemple – l'application de la loi pénale au délit réalisé à l'étranger par un étranger à l'encontre d'un Etat ou d'un citoyen étranger, et donc à défaut de tout lien effectif avec l'ordre juridique interne (art. 10, al. 2, c. pén.). L'ancienne législation française, en revanche, s'inspirant d'un objectif de grande efficacité, pré-

10. Très critique à propos de la modification terminologique. C. Lombois, *op. cit.*, 62 s. Favorable, en revanche, R. Koering-Joulin, L'application de la loi pénale française dans l'espace (Avant-projet de code pénal, 1983), cette *Revue*, 1984.268.

11. Sur ce point V. R. Koering-Joulin-A. Huet, *op. cit.*, n° 64.

12. Les navires et aéronefs militaires sont considérés comme partie intégrante du territoire national où qu'ils se trouvent, avec la conséquence qu'à toutes les infractions commises à bord on appliquera la « loi du pavillon ». Pour les navires et aréronefs privés, en revanche, la loi du pavillon cède à la loi de l'Etat territorialement compétent dans tous les cas d'une « interférence » avec l'ordre public de ce dernier : infraction commise par ou contre une personne étrangère à l'équipage ; trouble à la tranquillité locale ; appel aux autorités locales. Le droit français considère commises sur le territoire de la République, outre les infractions commises à bord des navires et aéronefs français, aussi les infractions qui sont commises à l'encontre de tels navires ou aéronefs. Cette fiction territoriale cache, en réalité, une application du principe de réalité.

voyait l'application de la loi pénale aux faits réalisés au-delà de ses frontières dans un nombre plus restreint de cas.

De ces prémisses, les deux réformes se développent en directions opposées et convergentes. Pour l'Italie il est suffisant de rappeler le texte de la Relation d'accompagnement au *Schema,* où l'on affirme qu'on a voulu « circonscrire les dérogations (au principe de territorialité) par rapport aux dérogations extrêmement vastes prévues par le code de 1930 et inspirées de l'idéologie de l'époque ». Fidèle à cette affirmation, le projet ne contient plus aucune disposition correspondant à l'article 10, alinéa 2 du code pénal, mais également il abandonne toute référence à la notion fortement contestée de délit politique [13]. De son côté, le nouveau code pénal tend à étendre la validé extraterritoriale de la loi pénale à certaines hypothèses qui n'étaient pas prévues par le code de procédure pénale [14].

Si l'on passe donc à l'analyse spécifique de chaque critère, il importe surtout de souligner que la compétence personnelle active ne figure pas dans le texte du projet italien, ce qui laisse supposer qu'elle a été totalement abrogée. Cela s'insère dans la tendance déjà mentionnée à une réduction des dérogations au principe de territorialité qui caractérise le projet, même si un choix aussi radical pourrait paraître excessif. En tout cas, l'élimination de la personnalité active comme critère autonome n'empêche pas que la loi pénale italienne puisse s'appliquer au citoyen qui commet une infraction hors du pays lorsque sa conduite peut être rattachée aux critères de personnalité passive, de réalité ou d'universalité. Pour la comparaison, il est suffisant de rappeler que le nouveau code pénal, en ligne avec la législation précédente, prévoit l'application du critère de la personnalité active au Français qui a commis hors du territoire de la République n'importe quel crime ou délit, dans cette dernière hypothèse sous la condition de la double incrimination (art. 113-6). En tout cas la poursuite de l'auteur est subordonnée à la requête du ministère public, précédée par la plainte de la victime ou par la dénonciation de l'Etat territorialement compétent, et au respect du principe du *ne bis in idem* international (art. 113-8 et 113-9). A noter que – à la différence de l'article 689 abrogé – le critère en question concerne aussi l'auteur qui a acquis la nationalité française à un moment postérieur à la réalisation des faits qui lui sont imputés, ce qui peut soulever quelques doutes de légitimité par rapport au principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

Un certain élargissement se produit en ce qui concerne le critère de la personnalité passive, applicable pour l'avenir non seulement aux crimes mais aussi aux délits punis d'emprisonnement, ce qui équivaut à la quasi-totalité des délits (art. 113-7). Encore une fois les poursuites sont soumises aux conditions de procédure signalées par rapport à l'article 113-6 (art. 113-8 et 113-9). Face à cette extension, le projet italien semble réduire le champ d'application de la personnalité passive, aujourd'hui régi par l'article 10, alinéa 1 du code pénal. En particulier, au critère purement quantitatif de sélection des infractions, fondé sur la peine encourue, on a préféré un critère qualitatif qui a comme référence l'intérêt juridique protégé. Si l'atteinte est portée contre un intérêt

13. La notion de délit politique, admise par le droit pénal italien, doit être éclairée. Elle est très vaste, comprenant tantôt le « délit politique du point de vue objectif », qui est celui qui affecte un intérêt politique de l'Etat ou un droit politique du citoyen, tantôt le « délit politique du point de vue subjectif », à savoir celui déterminé même partiellement par des motifs politiques (art. 8, al. 3, c. pén.). Le code de 1930 introduit cette notion afin de réprimer les agissements des dissidents politiques du fascisme en fuite hors de l'Italie. Néanmoins, la Constitution républicaine a radicalement changé les choses, car elle a prévu l'interdiction d'extrader l'auteur d'un délit politique (art. 10, al. 4 et 26, al. 2, Const.) et indirectement lui a reconnu le droit d'asile (art. 10, al. 3, Const.). Le renversement de la position du délinquant politique (extrêmement défavorisé dans le code pénal, garanti de façon étendue par la Constitution) a poussé la doctrine à élaborer deux notions distinctes du délit politique, l'une applicable au droit pénal, et tirée de l'art. 8 du code ; l'autre autonome, et valable pour l'extradition. A cela il faut ajouter que la jurisprudence pénale a souvent démontré une attitude favorable envers les délinquants politiques, notamment en matière d'amnistie.

14. M. Massé, *op. cit.*, 1990.401.

juridique primaire du citoyen (vie, intégrité corporelle, liberté personnelle), l'auteur peut être poursuivi directement, tandis que dans le cas d'autres graves délits affectant des intérêts divers la validité de la loi pénale est soumise à des conditions plus strictes de procédure (art. 7, al. 1, *lett. cc* et *lett. d*).

Enfin, le champ d'application du critère de compétence réelle ne fait pas l'objet d'une attention particulière de la part du projet italien, qui se limite à prévoir son applicabilité par référence à certains délits indiqués de façon exhaustive affectant les intérêts de l'Etat italien ou des Communautés européennes (art. 7, al. 1, *lett. bb*) [15]. Plus remarquables sont les nouveautés apportées en la matière par le texte français, où l'on enregistre une extension de la compétence par rapport aux dispositions du code de procédure pénale (art. 113-10). Premièrement, l'extension concerne la nature des infractions prises en considération, le texte se référant aux crimes mais aussi aux délits contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français ; deuxièmement, une simplification des conditions nécessaires pour déclencher les poursuites pénales est réalisée [16]. On peut aussi considérer que la compétence prévue par les articles 113-3 et 4 pour les infractions commises à l'encontre des navires et des aéronefs français non militaires, lorsqu'ils se trouvent au dehors de l'espace territorial français, relève du principe de réalité, cette hypothèse ne pouvant pas être considérée comme une application de la loi du pavillon.

II. – LES DIVERGENCES QUANT AU CONTEXTE INTERNATIONAL

On a récemment observé qu'en matière d'application de la loi pénale dans l'espace une norme internationale de portée générale – qu'elle soit de nature coutumière ou conventionnelle – fait actuellement défaut, de telle façon que le législateur national est « internationalement libre » [17]. Tout en étant d'accord sur l'absence de normes internationales générales dans ce domaine [18], on pourra néanmoins observer qu'une certaine influence du droit international *lato sensu* entendu existe, mais qu'elle est limitée à deux domaines, par rapport auxquels les textes ici examinés prennent une position assez différente. Il s'agit, plus précisément, de l'influence exercée par les conventions internationales sur la détermination du critère de compétence universelle (A) et par les effets plus étendus et plus pénétrants du phénomène de l'intégration européenne sur le droit pénal international (B).

A. – *Les différentes solutions retenues pour le critère d'universalité*

On a déjà signalé l'existence d'une divergence entre les deux réformes en ce qui concerne la place assignée au critère de compétence universelle, laquelle continue à être régie en France par les dispositions du code de procédure pénale. La raison semble consister, si l'on se tient aux travaux parlementaires, dans le fait que la compétence universelle est attribuée au *iudex deprehensionis,* et que son but consiste dans l'attribution de la compétence aux juridictions internes [19]. Il s'agit toutefois d'une explication pas complètement convaincante, compte tenu du fait que cette compétence trouve toujours sa source dans des conventions internationales relatives

15. Sur la protection des intérêts des Communautés européennes, V. *infra* § 2.B.

16. R. Koering-Joulin, *op. cit.*, 274.

17. F. Palazzo, Legge penale, *Digesto delle discipline penalistiche,* IV. éd., Utet, Turin, 1993.367 et s.

18. On a d'ailleurs proposé (M. Massé, *op. cit.*, 398) de créer un article introductif prévoyant que le domaine d'application de la loi pénale est déterminé par les dispositions nationales, sous réserve des lois particulières, des traités internationaux et de la coutume internationale.

19. *Rapport de la Commission des lois à l'Assemblée Nationale, n° 896 annexé au procès-verbal de la séance du 20 octobre 1989,* 112. Dans le même esprit, Travaux de l'Assemblé Nationale, *in Journal Officiel de la République française,* 12 oct. 1989, 3379 s. ; *ibidem,* 18 mai 1990, 1495.

à la répression de délits particulièrement graves ou dans des dispositions législatives internes. En tout cas, même si l'on accepte l'explication fournie par les travaux parlementaires, elle apparaît insuffisante pour justifier une dérogation aussi importante du point de vue systématique, alors que – en raison du principe de la solidarité des compétences, pleinement accueilli en droit français – elle n'entraîne aucune conséquence au plan pratique [20]. Une seule disposition, à rattacher au critère de compétence universelle, est contenue dans le nouveau code pénal : il s'agit de l'article 113-11, n° 1, qui prévoit la compétence française pour les crimes et délits commis à bord ou à l'encontre des aéronefs non immatriculés en France, lorsque l'appareil atterrit en France après le crime ou le délit.

Toujours en relation avec la compétence universelle, il faut toutefois reconnaître que le texte français continue à adopter une technique normative extrêmement claire, car les hypothèses dans lesquelles le critère en objet est appliqué sont énumérées explicitement, aussi bien que les conventions internationales qui en constituent le fondement. Ainsi, les articles 689-2 à 689-7 du code de procédure pénale, modifiés par la loi d'adaptation du 16 décembre 1992, prévoient la compétence des juridictions françaises à connaître de certaines infractions faisant l'objet de conventions internationales, et cela indépendamment de la nationalité de l'auteur et du lieu de réalisation. Il s'agit notamment de la torture et des traitements inhumains et dégradants, du terrorisme, des infractions concernant les matières nucléaires et des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et aérienne. Cette rédaction permet de déterminer aisément les hypothèses dans lesquelles le principe d'universalité reçoit application et elle a le mérite de faciliter l'accès au texte, corollaire direct du principe de la légalité. Le projet de code pénal pour l'Italie, pour sa part, semble adopter une position similaire, car il exige du législateur la liste exhaustive des *delicta iuris gentium* (art. 7, al. I, *lett. c.aa*). Cela laisse espérer un dépassement de l'actuel article 7, n° 5 du code pénal, qui prévoit de façon assez vague l'application de la loi pénale italienne aux agissements réalisés en territoire étranger *quand cela est prévu par des dispositions législatives spéciales ou par des conventions internationales.* En effet, quelques doutes relatifs à la légitimité de cette norme apparaissent, notamment pour violation du principe de la légalité (art. 25, al. 2, Const. italienne), au moins dans sa composante matérielle ; il serait donc souhaitable que le législateur italien de la réforme procède à l'examen du modèle français.

B. – *La diversité d'approche par rapport au phénomène d'intégration européenne*

La dernière différence, et la plus importante, entre les deux textes concerne le rôle divers attribué au contexte européen. Le projet italien, dans un effort louable d'adaptation à une réalité juridique en évolution continue, prend en considération à plusieurs reprises le phénomène de l'intégration européenne. Cette attention concerne, tout d'abord, le contexte criminologique, là où l'on prévoit l'extension du critère de compétence réelle – traditionnellement réservé à la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat – aux atteintes portées contre les intérêts communautaires (art. 7, al. I, *lett. c.bb*). Cette norme réalise donc l'assimilation des intérêts communautaires aux intérêts nationaux correspondants, en se fondant sur l'article 5 du Traité CEE (obligation de coopération loyale et réciproque des Etats membres avec la Communauté), tel qu'il a été interprété par la Cour de Justice dans la célèbre affaire du *maïs yougoslave,* du 21 septembre 1989 [21]. Une autre application importante du même principe se retrouve à l'article 56 du projet, qui prévoit l'assimilation des intérêts des Communautés euro-

20. Pour des remarques semblables V. M. Massé, *op. cit.,* 397.

21. Cour de Justice des Communautés européennes, 21 septembre 1989, aff. 68/88, *Commission c/ République hellénique, in Recueil,* 1989, 370. Sur la technique de l'assimilation V. G. Grasso, *Comunità Europee e diritto penale,* Milan, 1989, 129-169.

péennes aux intérêts de l'Etat ou d'autre institution publique comme principe général de codification des incriminations de la partie spéciale [22].

Si l'on passe au contexte normatif européen, on remarque d'emblée qu'il est caractérisé par un haut degré de complexité, car une pluralité de systèmes juridiques divers, quant à l'extension géographique et quant à la force obligatoire, coexistent et s'enchevêtrent en son sein. Ainsi aux deux schémas classiques du droit communautaire et du droit adopté par le Conseil de l'Europe, d'autres « espaces juridiques » s'ajoutent, peut-être moins connus mais pas moins importants pour cela, tels que l'Accord de Schengen et sa Convention d'application, les mesures prises dans le cadre de la Coopération politique européenne (CPE), l'activité de la Conférence pour la Sécurité et la Coopération en Europe (CSCE), aussi bien que de l'Organisation pour la Coopération et le Développement en Europe (OCDE) [23].

De ce point de vue, le projet italien prévoit en termes généraux que la validité de la loi pénale soit soumise aux exceptions établies par le droit international (art. 6 du *Schema*), et plus spécifiquement il envisage de reconnaître la validité des jugements répressifs étrangers dans le contexte européen, tant en relation avec les effets positifs du jugement (« aussi aux fins de l'exécution de la peine », art. 7, al. 2), qu'en relation avec ses effets négatifs, et donc essentiellement pour ce qui concerne le *ne bis in idem* (art. 7, al. 1, *lett. g*). La norme effectue donc un renvoi indirect à de nombreux textes internationaux qui régissent la matière, et notamment à la Convention sur le *ne bis in idem* ouverte à la signature le 25 mai 1987, et objet d'application anticipée entre la France, l'Italie et le Danemark. La dite Convention est reprise textuellement par la Convention d'application de l'Accord de Schengen, du 19 juin 1990, qui consacre à ce principe un chapitre entier (art. 54 à 58), tandis que d'autres conventions de coopération judiciaire règlent le *ne bis in indem* de façon incidente. Non négligeable, enfin, apparaît la référence à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, que le projet considère comme le modèle à suivre dans la redéfinition de dispositions internes, lesquelles s'appliquent à défaut de tout accord international (art. 7, al. 3).

Aucune trace de ce cadre européen complexe et multiforme n'est visible dans la nouvelle codification française. C'est donc à juste titre que la doctrine – mettant en évidence « le poids des silences » – a accusé le nouveau code pénal d'avoir complètement négligé le contexte européen, notamment en ce qui concerne les « fraudes communautaires » [24] et la législation sur la règle du *ne bis in idem,* constat qui ne peut qu'étonner si l'on tient compte qu'à l'époque de l'approbation de la réforme devant le Parlement français se déroulaient les négociations pour le Traité de Maastricht [25]. Des critiques analogues ont été portées sur l'absence dans le nouveau code français de toute référence à l'extradition, en particulier pour les auteurs de délits politiques [26]. On peut encore observer que le nouveau code pénal contredit en matière de *ne bis in idem* les dispositions du droit international conventionnel auxquelles la France a récemment adhéré. Les articles 113-9 du nouveau code pénal et 692 du code de procédure

22. Le principe de l'assimilation a déjà trouvé une consécration importante dans les articles 640 *bis* et 316 *bis* du Code pénal italien, punissant respectivement l'escroquerie aggravée et la malversation lorsqu'elles sont portées contre l'Etat, mais également au détriment des finances communautaires.

23. Sur les différentes enceintes normatives européennes v. *Quelle politique pénale pour l'Europe ?,* Paris, 1993, *passim* et R. de Gouttes, Vers un droit pénal européen, cette *Revue,* 1993.643 et s.

24. Pour ce qui est des fraudes communautaires, il importe d'observer que d'autres ordres juridiques, outre l'Italie, ont récemment étendu leur compétence interne pour assurer une répression efficace de ces infractions : on se réfère à la République fédérale d'Allemagne, qui a introduit une sorte de compétence universelle en matière de fraudes aux subventions et de fraudes aux ressources propres de la Communauté (paragraphes 6-8 StGB et paragraphes 370, 374 et 378 *Abgabenordnung*) et du Royaume-Uni, où sont récemment entrées en vigueur des dispositions semblables (*Criminal Justice Act 1993,* Chapter 36, part. I).

25. M. Delmas-Marty, Avant-propos, cette *Revue,* (numéro spécial sur le nouveau code pénal), 1993.433 et s.

26. C. Lombois, *op. cit.,* 70.

pénale, en modifiant *in peius* la législation précédemment en vigueur, excluent l'application de la règle susmentionnée lorsque l'inculpé a obtenu la grâce à l'étranger, en vertu des raisons de pure opportunité politique qui peuvent être à la base de cette décision. A l'inverse, la Convention sur le *ne bis in idem*, adoptée dans le cadre de la Coopération politique européenne, interdit aux Etats signataires d'ouvrir une procédure pénale à l'encontre d'une personne déjà jugée à l'étranger quand la condamnation infligée par l'autorité étrangère a été exécutée, est en cours d'exécution ou ne peut pas être exécutée selon les lois internes du pays de la condamnation. Dans ce dernier cas de figure entre aussi le cas de la grâce obtenue à l'étranger ; il semble donc inévitable que la France est d'ores et déjà obligée à une interprétation correctrice de l'article 113-9 du nouveau code pénal, dans les rapports avec l'Italie et le Danemark, en raison de la suprématie du droit international public sur les normes internes. On peut ajouter que, si un jour la Convention de Schengen – dont l'article 54 contient la même règle – entre en vigueur, la France se verra obligée à réduire ultérieurement la portée de l'article 113-9, et peut-être à le modifier [27].

CONCLUSION

Au terme de ces observations, on peut dire que les convergences qu'on observe en comparant les dispositions françaises et le projet italien doivent être jugées positivement. D'abord, elles déterminent un certain rapprochement dans la répression des infractions transfrontalières, qui se place dans le cadre de l'exigence plus générale d'harmonisation des législations internes des Etats membres des Communautés européennes. En outre elles entraînent, au moins partiellement, la réduction des conflits – normatifs et juridictionnels, positifs et négatifs – qui pourraient surgir dans les rapports entre les ordres juridiques nationaux et se déclencher lorsque plusieurs Etats se déclarent tous compétents ou incompétents relativement au même comportement criminel. En effet, la tendance expansionniste d'un système national donné risque de se heurter à une attitude analogue des autres systèmes ; en sens inverse, il faut considérer qu'une attitude excessivement restrictive dans la détermination du champ d'application territoriale de la loi pénale peut entraîner des lacunes répressives, dont profitera la délinquance internationale.

En présence d'un fait rattaché à plusieurs ordres juridiques, l'adoption de critères de compétence interférents détermine la superposition de lois pénales multiples, entraînant un véritable conflit positif. La solution de ce conflit est confiée à la jurisprudence, car – fait-on observer – on ne peut pas nier qu'un certain fait soit qualifié par une multiplicité de normes d'incrimination [28]. Néanmoins, dans certaines hypothèses, la solution peut être déjà théoriquement trouvée sur le plan normatif. En effet, les principes fondant la compétence ne se trouvent pas tous au même niveau, mais ils sont ordonnés hiérarchiquement, la place de chaque principe dans l'échelle hiérarchique dépendant de l'intensité de la relation du fait avec l'ordre juridique interne. Il est évident qu'il est impossible de parvenir à une construction générale valable pour tout système juridique, car la position de chaque pays dépend de la graduation des conditions d'exercice de la compétence et, de façon subsidiaire, de l'ordre suivi dans l'exposition des normes. Dans ce cadre, on ne peut d'ailleurs pas douter du fait que, quel que soit le système juridique considéré, le principe de territorialité se place au sommet de l'échelle. Par conséquent, le conflit positif entre un ordre juridique doté de compétence territoriale et un autre invoquant l'un des critères de la compétence extraterritoriale, doit être toujours résolu en faveur du premier. A propos des conflits négatifs,

27. V. *Circulaire du 14 mai 1993, Commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau code pénal (livres I à V) et de dispositions de la loi du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.*

28. F. Palazzo, *op. cit.*, 367.

en revanche, le droit est silencieux : ni au plan interne, ni au plan international il n'existe de normes ou mécanismes capables d'obliger un Etat à exercer son pouvoir répressif.

La solution de ces problèmes – surtout en ce qui concerne les difficultés résiduelles relatives aux conflits positifs – pourrait être recherchée, *de iure condendo,* dans le droit international. Il s'agit sans doute d'une possibilité pour l'avenir ; pour le présent il nous reste à rappeler que les législateurs nationaux sont souvent restés très éloignés de ces problèmes, comme le démontre l'expérience française.

A. CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Droit pénal général

Bernard BOULOC

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

A. – *Sources*

1. *Application de la loi pénale dans le temps : régime d'exécution des peines*

Selon le nouveau code pénal, les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines sont d'application immédiate, à moins qu'elles n'aient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation. Statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt statuant sur un incident d'exécution de la peine, la Cour de cassation fait application de cette règle dans un arrêt du 7 juin 1994 (*Bull.*, n° 224). En l'espèce, une personne avait été condamnée à quinze ans de réclusion criminelle pour viols aggravés, attentats à la pudeur et excitation de mineurs à la débauche. Le procureur général près la cour d'appel de Riom avait présenté une requête en contentieux d'exécution pour voir dire que l'intéressé condamné pour excitation de mineurs à la débauche devait être soumis à une période de sûreté de cinq ans par application de l'article 720-2 du code de procédure pénale. Mais la chambre d'accusation, du fait de l'admission des circonstances atténuantes, avait estimé que la peine pour l'excitation de mineurs ne pouvait pas atteindre dix ans (sur les quinze prononcés) et en conséquence n'entraînait pas une période de sûreté obligatoire de cinq ans. Sur pourvoi, la Chambre criminelle approuve la chambre d'accusation d'avoir statué ainsi sous l'empire des textes applicables en 1993. Elle ajoute que des articles 132-23 et 227-22 du nouveau code pénal, il n'apparaît pas qu'une période de sûreté soit applicable dans le cas d'espèce pour corruption de mineurs. Aussi bien, aucune période de sûreté ne saurait accompagner la peine prononcée par la cour d'assises du Puy-de-Dôme.

2. *Nouveau régime de l'interdiction de séjour*

Avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, une cour d'assises avait prononcé une peine de dix ans d'interdiction de séjour en plus de dix-sept ans de réclusion criminelle. Elle avait précisé que la liste des lieux interdits sera signifiée par le ministère de l'Intérieur lors de sa libération. Or, postérieurement est intervenu le nouveau code pénal qui indique que c'est au juge de jugement de fixer les lieux interdits (art. 131-31, nouv. c. pén.). Aussi bien, l'intéressé prétendait qu'il avait été condamné à une peine illégale et que, du fait de l'indivisibilité entre la peine et la déclaration de culpabilité, la cassation devait être totale.

La Chambre criminelle rejette cependant le pourvoi par un arrêt du 8 juin 1994 (*Bull.*, n° 230). Elle observe qu'au jour où ils statuaient les juges n'avaient pas à fixer la liste des lieux interdits, et que, par application de l'article 337 de la loi d'adaptation, c'est au juge de l'application des peines qu'il appartiendra de fixer les modalités de la peine prononcée. Si l'on a pu parfois considérer que le nouveau code pénal ne connaissait que des peines, il faut bien convenir que l'interdiction de séjour, nouveau style, est encore plus une mesure de sûreté susceptible d'accompagner une peine de type classique (V. sur cette question : Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15e éd., nos 493 et 494).

3. *Substitution de l'abus de confiance à l'abus de blanc-seing*

Une personne avait prélevé sur le compte bancaire d'une autre une somme d'argent, grâce à des chèques signés en blanc. A l'époque des faits, il s'agissait d'abus de blanc-seing (puisque la qualification de faux n'était retenue qu'en l'absence de pouvoirs du détenteur des écrits signés en blanc). Mais cette incrimination n'a pas été maintenue dans le nouveau code pénal qui a étendu le champ d'application de l'abus de confiance. Aussi bien, sans répondre à l'argument pris de ce que les juges du fond n'avaient pas spécialement constaté l'existence d'un mandat précis qui aurait été méconnu par l'utilisateur des chèques, la Chambre criminelle, par un arrêt du 21 septembre 1994 (*Bull.*, n° 300), indique que les faits relatés sont punissables comme constitutifs d'un abus de confiance entrant dans les prévisions de l'ancien article 408 du code pénal comme de l'article 314-1 du nouveau code pénal. Il est donc bien vrai de dire qu'une abrogation formelle d'une incrimination n'emporte pas nécessairement disparition d'une infraction si les faits en cause peuvent entrer dans les prévisions d'un autre texte (V. *Précis Dalloz de droit pénal*, 15e éd., n° 114 et la note 3, p. 107).

4. *Hiérarchie des sources du droit*

Lorsque, dans une matière déterminée, est intervenue une réglementation communautaire, la question se pose de savoir si la norme interne ne doit pas être écartée au profit de la norme communautaire. La question se trouvait posée à propos de l'étiquetage de charcuterie, faisant mention d'une indication de provenance « montagne ». Le prévenu, à qui il était reproché une méconnaissance de la loi du 1er août 1905 faisait état de directives européennes, et en particulier d'un règlement 2081/92/CEE relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires. La cour d'appel de Toulouse avait écarté l'argument sans juger nécessaire de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Devant la Cour de cassation ces arguments étaient à nouveau développés et ils étaient pris en compte par l'arrêt du 3 octobre 1994 (*Bull.*, n° 309). La haute juridiction commence par rappeler le dispositif de la loi du 9 janvier 1985 et du décret du 26 février 1988 puis elle observe que le règlement de la CEE paraît plus restrictif de sorte qu'elle demande à la Cour de justice de dire si le règlement en cause et les articles 30 et 36 du traité s'opposent ou non à l'application de la législation nationale. On sait que si la loi interne doit être respectée par les citoyens, cette loi interne ne doit pas être anéantie par une norme supérieure, comme le traité de Rome ou les règlements pris pour son application. Le juge pénal peut procéder à cet examen, mais en cas d'incertitude, il vaut mieux faire trancher par la Cour de justice. C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation, habituellement peu favorable à ce renvoi préjudiciel.

B. – *Responsabilité pénale*

5. *Aide ou assistance postérieure à l'infraction*

De manière générale, depuis 1915, la complicité requiert un acte matériel antérieur ou concomitant au crime. Un acte intervenu après ne saurait entraîner une complicité. Néanmoins, si l'intervention du complice doit se situer après le vol, alors que l'accord a été passé avant l'infraction, notre droit considère que l'acte destiné à assurer l'impunité (fuite notamment du voleur) est une aide à l'infraction (V. Crim., 21 juin 1978, *D.* 1979.I.R.37, obs. M. Puech ; Crim. 28 janv. 1981, *Bull.*, n° 41). Cette solution est à nouveau rappelée par un arrêt de la Chambre criminelle du 11 juillet 1994 (*Bull.*, n° 274). La haute juridiction énonce que « constitue un acte de complicité par aide ou assistance toute intervention tendant à assurer la fuite de l'auteur principal dès lors que cette protection résulte d'un accord antérieur à l'infraction ». Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'acte de complicité d'un assassinat, et il peut sembler un peu mince que l'on retienne une telle qualification à l'encontre d'une personne qui s'était rendue au consulat d'Iran à Berne antérieurement à l'assassinat. Mais en fait, selon l'arrêt de la Cour de cassation, cette personne aurait aidé les assassins présumés après le crime. Il est à souhaiter, en tout cas, que les juges de jugement fondent leur conviction sur des preuves dûment établies d'une participation matérielle précise à l'infraction principale. Car la notion d'aide, retenue par l'article 121-7 du nouveau code pénal, nous semble être un rempart bien fragile.

6. *Complicité par fourniture d'instruction*

Le passager d'un véhicule automobile avait incité le conducteur à ne pas obtempérer aux policiers. Il avait été poursuivi en tant que complice en raison des instructions claires et précises données, nonobstant le fait qu'il n'y avait aucun lien de subordination entre lui et le conducteur. Sur pourvoi, la Chambre criminelle censure la décison de condamnation par un arrêt du 21 septembre 1994 (*Bull.*, n° 302). Pour la haute juridiction, les juges du fond n'avaient pas caractérisé un des modes de complicité punissable. Elle rappelle les termes de l'article 60 de l'ancien code pénal. Mais si la fourniture d'instruction constituait un cas de provocation, elle ne nécessitait pas l'une des circonstances décrites au titre de la provocation. Il est vrai que les instructions doivent être précises et être de nature à rendre possible l'infraction. Or, dans le cas présent, le fait de suggérer de « foncer », sans respecter l'ordre d'arrêt donné par les policiers ne saurait être une instruction précise. Comme de nombreux auteurs (V. C. Lombois, *Droit pénal général*, p. 82, Desportes et Le Gunehec, *Droit pénal général*, n° 545), nous avions pensé que la fourniture d'instruction restait toujours un cas distinct de la provocation (*Précis Dalloz*, 15e éd., n° 327). Mais après nouvelle lecture de l'article 121-7, alinéa 2 du nouveau code pénal, il peut sembler que le complice par instructions doive aussi avoir utilisé l'un des moyens de pression définis par la loi. Car si vraiment l'alinéa 2 de l'article 121-7 du nouveau code pénal veut atteindre « le cerveau » ou celui qui fait commettre une infraction par un tiers, les simples instructions paraissent insuffisantes pour atteindre cet instigateur.

7. *L'intention coupable*

Après les arrêts du 25 mai 1994 (*Bull.*, n° 203, cette *Revue*, 1995, p. 97), la Cour de cassation s'est prononcée à nouveau, par un arrêt du 12 juillet 1994 (*Bull.*, n° 280) sur le non-respect des obligations légales en matière de droit pénal de la construction. La Cour de cassation affirme à nouveau que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique l'intention

coupable exigée par l'article L. 121-3 al. 1 du nouveau code pénal. On notera que, dans le cas d'espèce, l'infraction était reprochée au gérant de fait d'une société de construction qui avait poursuivi des travaux d'aménagement d'une maison malgré un arrêté du maire en ordonnant l'interruption.

C. – *Sanctions*

8. *Encore la perte des points du permis de conduire*

A nouveau par un arrêt du 11 juillet 1994 (*Bull.*, n° 271) la Cour de cassation rappelle que la perte de points affectant le permis de conduire ne présente pas le caractère d'une sanction pénale accessoire à une condamnation, de sorte que ni son incompatibilité avec la Convention européenne ni son fondement légal (les décrets des 25 juin et 23 nov. 1992) ne relèvent de l'appréciation du juge répressif (V. déjà Crim. 6 juill. 1993, *Bull.*, n° 24, *D.* 1994, p. 33, note Couvrat et Massé). La Cour de cassation a ajouté que le juge pénal n'avait nul besoin d'apprécier la légalité des décrets de 1992 pour apprécier le bien-fondé de la poursuite qui avait trait à une contravention d'excès de vitesse. C'est qu'en effet l'article 111-5 du nouveau code pénal ne donne compétence au juge pénal pour apprécier la légalité d'un acte administratif que lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis. A l'évidence l'excès de vitesse peut être jugé sans qu'il y ait lieu de savoir si les décrets mettant en place les suppressions de points définies par la loi de 1989 sont ou non légaux.

9. *Relèvement de la suspension du permis de conduire*

Par un arrêt du 26 juillet 1994 (*Bull.*, n° 287), la Chambre criminelle a donné une solution nouvelle à une question ancienne. La question avait trait au point de savoir si le juge qui avait prononcé une peine de suspension de permis de conduire pouvait ultérieurement aménager ladite peine sur une requête de l'ancien article 55-1 du code pénal. Par un arrêt du 7 novembre 1984 (*Bull.*, n° 340), la haute juridiction avait jugé que la juridiction de jugement qui avait adopté une peine de substitution ne pouvait pas aménager cette peine devenue peine principale (V. aussi Crim. 6 juin 1990, *Bull.*, n° 228). Aussi bien, en aménageant avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, une peine de suspension du permis de conduire prononcée comme peine principale, la cour d'appel de Rennes était dans l'erreur. Mais lors de l'examen du pourvoi, le nouveau code était entré en vigueur, ainsi que l'article 702-1 du code de procédure pénale. Ce dernier texte, dans son dernier alinéa, autorise à revenir sur une mesure de suspension du permis de conduire, lorsqu'il s'agit de la limiter en dehors de l'activité professionnelle. Aussi bien, tenant compte de ce texte, la Cour de cassation a validé la décision de la cour de Rennes qui avait anticipé sur le dispositif du nouveau code pénal. Mais il demeure que si un aménagement de la suspension du permis de conduire est possible, le relèvement pur et simple demeure prohibé.

10. *Relèvement de l'interdiction de séjour*

Sous l'empire de l'ancien code pénal, il était admis que l'interdiction de séjour ne pouvait pas donner lieu à relèvement parce qu'elle était le plus souvent une peine complémentaire et non une peine principale (V. Crim. 27 mars 1985, *Bull.*, n° 129, *JCP* 1985.II.20522, note Larguier, *D.* 1985, p. 525, note Azibert, cette *Revue*, 1986, p. 339, obs. A. Vitu ; Crim. 26 nov. 1990, *Bull.*, n° 403). Mais le nouvel article 702-1 du code de procédure pénale sur le relèvement autorise cette voie lorsqu'il s'agit de peines complémentaires. Aussi bien, saisissant l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant déclaré irrecevable une requête

en relèvement de la peine d'interdiction de séjour, la Chambre criminelle par un arrêt du 5 septembre 1994 (*Bull.*, n° 294) rappelle que selon la loi nouvelle un relèvement est possible. En conséquence, elle censure l'arrêt de la cour d'Aix-en-Provence qui s'était borné à indiquer que le juge de l'application des peines disposait de pouvoirs propres pour modifier la liste des lieux interdits, et que le juge correctionnel n'avait compétence que pour examiner les décisions du juge de l'application des peines. Il est à noter que le relèvement peut être total ou partiel, et que le juge de la condamnation peut réduire la durée de la mesure. La solution dégagée par la Cour de cassation n'était pas évidente, car à bien lire la loi, ce ne sont que les interdictions, déchéances ou incapacité qui peuvent donner lieu à relèvement. Il est douteux qu'une peine restrictive de liberté soit assimilable à une interdiction, déchéance ou incapacité...

11. *Non-cumul des peines - Usurpation d'état civil*

Un arrêt du 26 septembre 1994 (*Bull.*, n° 304) rappelle qu'avant comme après le nouveau code pénal les peines prononcées pour usurpation d'état civil se cumulent sans possibilité de confusion avec celles prononcées pour l'infraction à l'occasion de laquelle l'usurpation a été commise (art. 132-3, nouv. c. pén. ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15e éd., n° 694).

12. *Sursis partiel et modalités du sursis avec mise à l'épreuve*

Une cour d'appel avait prononcé une peine mixte (18 mois d'emprisonnement dont 1 an assorti du sursis avec mise à l'épreuve), avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. Le condamné invoquait à l'appui de son pourvoi en cassation la nécessité d'une motivation spéciale pour la partie ferme de la condamnation. Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 3 octobre 1994 (*Bull.*, n° 312), a rejeté le pourvoi, en observant que l'obligation de motivation est une règle de procédure, de sorte que la loi nouvelle ne pouvait rétroactivement justifier l'annulation de la décision prononcée. Le principe énoncé est exact, car il n'est touché ni à la définition des infractions ni au quantum de la peine. Néanmoins, il est clair que la règle nouvelle doit entraîner moins de condamnations à des peines fermes d'emprisonnement.

Une autre critique portait sur l'obligation d'indemniser les victimes mise à la charge du probationnaire. La loi ancienne ne prévoyait que la réparation totale, alors que la loi nouvelle autorise le juge à ne mettre à la charge du condamné que l'obligation de réparer en partie le dommage causé par l'infraction. Mais la haute juridiction a considéré que la modalité imposée n'était pas contraire à la loi nouvelle dont le prévenu n'était pas fondé à demander l'application. L'explication est peut-être un peu courte mais on ne saurait oublier que les obligations mises à la charge du probationnaire peuvent être aménagées par le juge de l'application des peines. Le condamné, en invoquant ses facultés contributives modestes, pourra donc obtenir une réduction de l'obligation de réparer le dommage par cette voie.

Infractions contre les personnes

Le professeur Georges Levasseur, qui avait succédé en 1967 au professeur Louis Hugueney et tenait depuis cette date la chronique « Infractions contre les personnes », nous a fait connaître qu'en raison de son état de santé il lui était devenu impossible de continuer sa collaboration à notre *Revue*.

La rédaction tient à lui exprimer toute sa gratitude pour avoir depuis tant d'années assumé la charge de cette chronique avec une exceptionnelle compétence et tient à lui rendre un hommage tout particulier.

Nous voulons également remercier chaleureusement le professeur Yves Mayaud (de l'Université Jean-Moulin (Lyon 3)) d'avoir bien voulu accepter de reprendre cette chronique.

Infractions contre les personnes

Yves MAYAUD

Professeur à l'Université Jean-Moulin (Lyon 3)

L'empoisonnement, une logique de mort (A propos de l'affaire du sang contaminé)

Jamais la qualification d'empoisonnement n'aura autant retenu l'attention, depuis qu'elle est au centre d'un enjeu judiciaire et médiatique lié à la malheureuse affaire du sang contaminé. Confrontée aux faits, l'application du droit se révèle souvent difficile, mais souvent également ce sont les faits qui contribuent à faire progresser le droit dans la voie d'une articulation mieux maîtrisée ou de nuances adaptées à de plus justes solutions. L'actuel débat sur cette affaire sensible ne peut que se solder par une meilleure connaissance de l'incrimination d'empoisonnement. Encore faut-il veiller à ne pas projeter sur la qualification une approche par trop dictée par l'émotion, ou qui refléterait moins la spécificité juridique de l'infraction, que la gravité des circonstances particulières à l'origine de l'intérêt qu'elle suscite.

L'élément moral est tout l'enjeu de ce débat. Il tient à la question de savoir si l'intention de donner la mort, l'*animus necandi,* doit être requis de l'auteur de l'infraction, au titre d'une exigence qui serait ainsi commune à l'empoisonnement et au meurtre. Dans son arrêt du 22 juin 1994 (*Bull. crim.*, n° 248 ; *JCP* 1994.II.22310, note M.-L. Rassat ; *D.* 1995.65, concl. J.J. Perfetti, et 85, note A. Prothais ; *Gaz. Pal.* 1994.2.592. – *Adde* J.-P. Delmas Saint-Hilaire, L'affaire du sang contaminé : la triple ambiguïté de l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994, *Gaz. Pal.* 9-11 oct. 1994 ; Cl. Cohen, « A propos de l'affaire du sang contaminé, l'incrimination introuvable », *Gaz. Pal.* 20-21 janv. 1995), et sur des considérations de procédure (Y. Mayaud, « *Bis in idem* ? », *Rev. Justices,* n° 1, à paraître), la Cour de cassation a estimé ne pas avoir à dire le droit sur ce point. L'interrogation reste donc entière, avec sa part d'effet sur la doctrine, contribuant notamment à en alimenter les divisions. Comme tout débat dont l'enjeu tient apparemment à une alternative, c'est entre deux écoles que se séparent la plupart des auteurs, soit pour rejeter le principe de ce dol particulier (J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Gaz. Pal.* 1993.1.*Doctr.* 257 ; A. Prothais, *D.* 1995.85, note précit.), soit pour en faire au contraire une donnée indissociable de l'infraction (E. Garçon, *Code pénal annoté,* Sirey, 1956, art. 301, n° 44 et s. ; L. Lambert, *Traité de droit pénal spécial,* éd. Police-Revue, 1968, p. 26 ; A. Vitu, *Droit pénal spécial,* Cujas, 1981, II, n° 1732 ; M. Danti-Juan, « Sang contaminé, tromperie et empoisonnement – Trop et trop peu n'est pas mesure... » *in Travaux de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers,* vol. XIV).

Mais il n'est pas sûr que la matière justifie de telles oppositions, comme en témoignent certaines présentations plus réservées (R. Vouin, *Droit pénal spécial,* 6e éd. par M.-L. Rassat, Dalloz, 1988, n° 151 ; M. Véron, *Droit pénal spécial,* Masson, 1994, p. 27 et 28 ; D. Mayer, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 1994.*Chron.* 325). Tout en relevant de la catégorie des infractions formelles par son indifférence juridique à la mort (I), le crime d'empoisonnement est, en effet, difficilement séparable de ce qui le rend redoutable et en fonde légalement le principe, à savoir la volonté de donner la mort, par l'adhésion toute intellectuelle à ce résultat (II).

I. – L'INDIFFÉRENCE À LA MORT

L'empoisonnement est traditionnellement présenté comme une infraction formelle, dont la consommation est indépendante de son résultat (A. Vitu, *op. cit.*, n° 1729; R. Vouin, par M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 151 ; M. Véron, *op. cit.*, p. 27 ; M. Culioli, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, V° Empoisonnement, 1991, n° 52). Le nouveau code pénal ne rompt pas avec cette tradition, qui définit le crime comme « le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort » (art. 221-5). *Attentat* n'est qu'un synomyme d'*atteinte* (Prothais, note précit.), ce que confirme la référence faite au caractère seulement virtuel de l'effet mortel des substances administrées. L'infraction tient donc au seul comportement, indépendamment de la mort qui est à même d'en résulter. Le *fait d'attenter à la vie* ne se confond pas avec le *fait de donner la mort* constitutif quant à lui du crime de meurtre (art. 221-1).

L'élément moral ne peut que se ressentir de cette différence. Si l'intention est commune à l'empoisonnement et au meurtre, ce n'est pas de la même manière qu'elle opère de l'un à l'autre. Les deux infractions se séparent sur la portée de l'intention, à la mesure de ce qui les sépare au titre de leur matérialité. Parce que le meurtre se commet matériellement par la mort, l'intention consiste à vouloir non seulement le comportement à l'origine de la mort, mais également ce résultat lui-même. En revanche, parce que l'empoisonnement est indépendant de la mort, l'intention consiste seulement à vouloir le comportement qui peut y conduire, par l'emploi ou l'administration de substances adaptées, mais sans que cette volonté ait à se doubler de l'intention de tuer.

Il y va de la logique même de l'infraction formelle. Infraction de comportement, le crime d'empoisonnement ne saurait être considéré par référence au résultat, et concevoir l'intention de son auteur comme une intention dirigée vers la mort, c'est ajouter sur le plan de l'élément moral ce que l'infraction ne contient pas dans sa matérialité. C'est donc ne plus respecter l'adéquation qui doit en principe exister entre l'élément moral et l'élément matériel. L'intention est comprise comme une volonté tendue vers tout ce qui participe des données de définition de l'incrimination (E. Garçon, *op. cit.*, art. 1er, n° 77 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 208 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 515 et s.). Dans les infractions de type matériel, relèvent de ces données tant le comportement que le résultat. En revanche, dans les infractions de type formel, qui sont par hypothèse amputées du résultat caractérisant les premières, seul le comportement est en cause. Il en résulte que faire de l'*animus necandi* une donnée constitutive du crime d'empoisonnement, comme l'a jugé le tribunal de grande instance de Paris (TGI, Paris, 23 oct. 1992, *D.* 1993.222, note A. Prothais ; *Gaz. Pal.* 1993.1.*Somm.* 118, note Doucet. – *Adde* J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « La mort : la grande absente de la décision rendue dans l'affaire du sang contaminé... », *Gaz. Pal.* 1993.1.*Doctr.* 257), c'est se situer bien au-delà des éléments de définition de l'infraction, et sortir ainsi de la logique formelle dans laquelle le législateur l'a placée.

Certes, parvenu à ce point de l'analyse, on peut se demander s'il est bien raisonnable de retenir la qualification d'empoisonnement à l'encontre de personnes dont il est manifeste qu'elles n'ont pas eu d'hostilité particulière envers leurs victimes. N'y aurait-il pas dans cette solution un excès d'abstraction, d'ailleurs à l'image d'une certaine construction du droit ? La réponse nous semble négative, réponse inscrite dans ce qui fait toute la criminalité de l'empoisonnement.

II. - L'INTELLIGENCE DE LA MORT

Même si elle n'en est pas juridiquement un élément constitutif, l'intention homicide est au cœur de la qualification d'empoisonnement. Les partisans de l'*animus necandi* n'ont pas tort. Il est bien vrai que l'empoisonnement est indissociable de la volonté de tuer, parce que le crime s'inscrit dans une logique de mort à laquelle adhère nécessairement l'auteur du comportement. Il est d'ailleurs impossible de concevoir autrement l'infraction, d'autant plus que l'administration de substances qui ne seraient pas de nature à donner la mort fait l'objet d'une incrimination spécifique (c. pén., art. 318 ancien, et art. 222-15 nouveau), ce qui contribue à renforcer le lien d'indivisibilité entre l'empoisonnement proprement dit et l'intention homicide. On ne peut donc que souscrire au principe de cette intention, pour l'intégrer dans la qualification.

Mais, en raison du caractère formel de l'infraction, c'est de manière incidente que la preuve en est faite. N'étant pas élément de l'infraction, l'intention homicide n'a pas à être démontrée. Cependant, parce qu'elle est implicitement contenue dans ce qui participe de la criminalité du comportement, elle est indissociable de la connaissance du caractère mortifère des substances administrées. Et, de fait, il est très difficile de soutenir que la volonté de tuer fait défaut là où il est parfaitement établi que l'on a connu et voulu ce qui ne pouvait que tuer. Même si le crime d'empoisonnement est juridiquement indifférent à la mort, il procède donc bien d'une démarche meurtrière, démarche immanente au comportement incriminé pour ce qu'il représente d'adhésion manifeste à la mort.

Cette approche est implicite dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 juillet 1993 (*D.* 1994.118, note A. Prothais ; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, L'homicide assassiné, *Gaz. Pal.* 1994.1.*Doctr.* 173), qui, pour induire l'intention homicide de la connaissance par l'agent du caractère mortifère du produit administré, a renvoyé aux circonstances de la cause, notamment à *l'existence de rapports conflictuels entre l'auteur et la victime.* Cette projection sur l'intention d'une relation conflictuelle n'est rien d'autre qu'un mobile, par hypothèse très éloigné de l'élément moral du crime d'empoisonnement. Mais elle est surtout significative de la préoccupation qu'ont eue les magistrats de trouver l'argument permettant de rompre avec la logique de mort inhérente au comportement qu'ils avaient à juger. En ne trouvant pas l'explication, tirée de l'existence éventuelle d'un conflit, permettant de comprendre pourquoi la mort eût pu être voulue en l'espèce, la cour de Paris retient implicitement, mais nécessairement, la conception selon laquelle l'intention homicide se fond dans l'acte d'empoisonnement.

La décision n'en demeure pas moins surprenante. Les mobiles ne participent pas de l'intention, y compris dans les infractions formelles. Aussi, par le soin qu'elle a mis à rattacher la qualification à une hostilité liée à un conflit préalable, la Cour en a dénaturé l'élément moral. Elle a fait prévaloir des considérations de psychologie personnelle sur une stricte approche intellectuelle de l'infraction. Or, parce que le crime d'empoisonnement est juridiquement étranger à toute autre volonté que celle exclusivement liée à la connaissance de l'effet mortifère des substances administrées (Crim. 16 juin 1993, *inédit,* arrêt rapporté à la fois dans les conclusions J.J. Perfetti et la note A. Porthais précités), même s'il est politiquement incriminé à raison de la mort que l'on redoute, il n'a pas à être sanctionné sur des considérations empruntées à l'intention homicide, celle-ci serait-elle prouvée par des circonstances particulières (Crim. 28 juin 1993, *Bull. crim.,* n° 203 ; *Gaz. Pal.* 1993.2.456, note J.-P. Doucet ; cette *Revue,* 1993.774, et 1994.107, obs. G. Levasseur : en l'espèce, ces circonstances tenaient aux propos tenus par l'accusé avant et après les faits).

C'est donc bien un processus meurtrier que suivent tous ceux qui agissent volontairement en employant des substances dont ils connaissent les effets mortifères. Cette démarche contient toute la criminalité de l'empoisonnement, ce qui rend inutile le

recours à des qualifications de substitution ou à des diminutifs de l'infraction (L. Lambert, *op. cit.*, p. 27 et 28), sauf à opter pour de nouvelles incriminations (M. Danti-Juan, précit. ; D. Mayer, précit.). Il est vrai que notre droit pénal connaît d'autres cas de figure, à base de volonté ou d'intention, qui mettent en relation comportement et résultat. Mais les qualifications correspondantes ne sauraient être pour autant retenues, comme en témoignent deux hypothèses majeures, dont les vertus pédagogiques ne sont pas à négliger.

Il s'agit d'abord de la qualification praeterintentionnelle de coups ou violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner (c. pén., art. 311 ancien, et art. 222-7 nouveau). On retrouve bien un comportement nourri de volonté, ainsi que ses effets manifestés par un résultat mortel. Mais sur ce résultat, le législateur ne projette pas une intention meurtrière, en raison de l'indétermination du dol à l'origine des violences. L'empoisonnement procède d'une conception très différente, et ce pour une raison simple, qui tient à la parfaite détermination de celui qui agit. Et, en effet, dès lors que l'agent connaît le caractère mortifère d'une substance, il est déterminé à donner la mort par l'administration de celle-ci. C'est cette détermination qui justifie politiquement le caractère formel de l'infraction, le législateur ayant entendu en fondre à la fois le principe et les conséquences dans l'incrimination du seul comportement, pour ce que celui-ci contient de mort potentielle évidente, même si elle n'est pas inéluctable. Serait-elle volontairement exercée, une violence n'est pas en soi porteuse de mort, alors que l'administration d'une substance toxique, dont la caractéristique est précisément de donner la mort, est indissociable d'un tel résultat. Il en résulte que l'auteur d'un empoisonnement ne saurait échapper à sa responsabilité en prétextant qu'il n'avait pas la volonté de tuer : cette volonté, il l'avait, parce qu'elle est inscrite dans la logique de son comportement, sauf à reconsidérer celui-ci en fonction d'erreurs toujours possibles, ou encore du caractère seulement nuisible de la substance administrée (A. Vitu, *op. cit.*, n° 1732).

L'idée de mort inhérente à l'empoisonnement interdit également de raisonner en termes de péril ou de risques (D. Mayer, *Chron.* précit.). On rejoint une autre incrimination qui, tout en relevant d'une articulation assez voisine, ne saurait aller jusqu'à recouper l'antisocialité de la première. Il s'agit du délit de mise en danger, ou délit de risque causé à autrui, contenu et défini dans l'article 223-1 du nouveau code pénal. Les points de recoupement sont nombreux avec l'empoisonnement. D'abord, le comportement est volontaire dans les deux cas. Ensuite et surtout, en raison du caractère formel de chacune des infractions, le résultat pénal est juridiquement indifférent, mais tout en restant causalement très proche des agissements auxquels il est associé, par une potentialité de réalisation manifeste. Dans l'empoisonnement, comme dans la mise en danger, la volonté requise au titre du comportement emporte une « vue du dommage » (M. Puech, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994.*Chron.* 153), en ce sens que le comportement incriminé au titre de chacune de ces infractions contient en germe le résultat que l'on redoute, et que s'y engager en connaissance de cause ou de manière délibérée, c'est intellectuellement adhérer au processus de réalisation de ce résultat.

Malgré ce fonds commun de données, qui rapproche structurellement les deux infractions, le crime d'empoisonnement ne saurait être réduit pour autant à une hypothèse particulière de mise en danger. Il est une autre considération, qui a un effet décisif sur leur séparation, et qui contribue à rendre à chacune leur originalité. L'empoisonnement relève d'une logique de mort, alors que la mise en danger relève d'une logique de risques. C'est dire que la potentialité de réalisation du résultat pénal, tout en procédant de techniques juridiques voisines, n'affecte pas les mêmes enjeux. Ce qui est en cause dans l'empoisonnement, c'est la mort elle-même, à laquelle l'agent adhère par la connaissance qu'il a des conséquences de son comportement et la volonté d'agir malgré tout, alors que, dans le délit de mise en danger, le manquement sanctionné n'engage qu'un risque de mort (ou de blessures graves).

Il y a dans ce constat deux criminalités bien différentes, avec ce que cela suppose de valeurs distinctement protégées, de psychologies séparées, de sanctions appropriées, et de réaction adaptée.

Infractions contre les biens

Reynald OTTENHOF

Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Nantes
Vice-Président de l'Association internationale de droit pénal

1. *L'affaire* Milési *ou « l'escroquerie du siècle » : distinction de l'abus de confiance et de l'escroquerie. Exercice illégal de la profession de banquier*

L'« affaire *Milési* » n'a rencontré que peu d'échos dans les médias, beaucoup plus intéressés par les feuilletons suscités par les affaires dans lesquelles se sont trouvés impliqués des hommes politiques ou des dirigeants de grands groupes industriels.

Il faut reconnaître cependant, que par l'ampleur des sommes mises en jeu et le nombre des victimes concernées l'affaire *Milési* n'a pas usurpé son appellation d'« escroquerie du siècle ».

Qu'on en juge : si le préjudice en capital a pu être évalué par la Police judiciaire à près de cent quarante millions de francs, le montant des en cours clients, frauduleusement collectés, atteignait au moment de la découverte des faits la somme astronomique de huit cents millions de francs actuels. Quant aux victimes régulièrement constituées, elles dépassent très largement le millier, soit probablement moins de la moitié du nombre réel, beaucoup d'entre elles ayant souhaité garder l'anonymat. Il est vrai que si certaines victimes méritent, sans la moindre hésitation, la plus grande compassion, toutes ne sont pas aussi pitoyables. Dans ce pactole, il y avait aussi de l'argent sale, du « black » selon la formule consacrée, des sommes soustraites au fisc, voire des dépôts effectués par des clients chez des professionnels peu scrupuleux.

Parmi les ingrédients habituels de l'escroquerie, on retrouve l'incroyable absence de curiosité de la part d'établissements financiers, banques ou services postaux, à l'exception de l'un d'entre eux qui saisit la COB, et des services fiscaux qui déclenchèrent l'affaire, à la suite d'une perquisition diligentée dans les diverses résidences du prévenu, dans le cadre d'une enquête fiscale.

Mais le plus consternant réside sans doute dans la crédulité affirmée ou prétendue de victimes, convaincues du génie de leur « conseiller financier » qui leur promettait le versement d'intérêts *mensuels* de 2,5 à 3 %, qu'il régla le plus souvent rubis sur l'ongle, en prélevant sur les capitaux déposés.

Est-il besoin d'ajouter qu'une escroquerie de cette ampleur ne peut être le fait d'un homme seul, aussi « typé » soit-il. Dans ses entreprises, le « beau Jackie », généreux séducteur, beau parleur et ami sincère, obtint sans difficulté le concours de son ex-épouse, de ses maîtresses, de ses voisins, de ses propres clients, mais aussi de professionnels patentés (dont deux notaires associés).

Ce long préambule n'a d'autre objet que de planter le décor de cette affaire exemplaire à plus d'un titre. Celle-ci aurait pu, tout aussi bien, servir de trame à notre chronique de criminologie dans cette *Revue*. La participation à l'une des audiences du procès, devant le tribunal correctionnel et, à sa suite, la cour d'appel de Pau, nous a permis d'observer, dans le box des détenus comme dans la salle d'audience spécialement aménagée pour accueillir le millier de victimes attendues, le spectacle de citoyens ordinaires, unis par un seul sentiment commun : l'appât du gain. Et il est même permis

de penser que sans l'intrusion d'un grain de sable, qui enraya les rouages de cette belle horlogerie, le système fonctionnerait encore aujourd'hui.

Exemplaire du point de vue criminologique, l'affaire *Milesi* l'est tout autant du point de vue juridique. A cet égard, elle nous invite à nous interroger sur la notion même de « droit pénal des affaires ». Ce que l'on qualifie aujourd'hui volontiers « d'affaires » trouve le plus souvent son règlement juridique hors des qualifications spécifiques tirées des lois spéciales. S'il en était autrement, nous abandonnerions tout naturellement le commentaire des décisions sous analyse, à la chronique spécialement prévue à cet effet. D'un autre côté, comment ne pas observer que ce qui relève des « infractions contre l'ordre et économique et financier » (même si, on en convient, l'objet ne se confond pas exactement avec le droit des affaires. En ce sens, M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires,* t. 1, 3e édit., 1990, p. 19 et s.), trouve souvent sa solution dans les infractions « communes » d'escroquerie, d'abus de confiance ou de faux (V. par ex. la dernière chronique concernant ce type d'infractions, par Mme Giudicelli-Delage, cette *Revue,* 1994, p. 773 et s.).

En définitive, qu'il s'agisse des « affaires » en droit pénal ou du « droit pénal des affaires » force est de constater que c'est le plus souvent au sein de cette modeste rubrique consacrée aux « infractions contre les biens », de plus en plus réduite à la portion congrue tant en raison de la réduction de son domaine du fait de ses obligations de voisinage que de la diminution constante des décisions de jurisprudence publiées en la matière, qu'il faut rechercher les qualifications utilisées en pratique pour assurer la répression. Que faut-il en penser ? Que la solution de facilité réduit la pratique à préférer les qualifications les plus usuelles, au détriment des textes spéciaux, aux contours mal définis ? C'est la règle *specialia generalibus derogant* qui se trouve contournée. N'est-ce pas plutôt que, rompant avec la rédaction précise des qualifications courantes, telles que les avaient voulues les rédacteurs du code pénal de 1810 au nom du principe de légalité, les principales infractions contre les biens sont devenues de véritables « bonnes à tout faire », susceptibles d'assurer le quotidien de la répression (sur la reconstitution de la notion de *furtum,* V. nos observations, cette *Revue,* 1994, p. 768).

C'est sous le bénéfice des considérations qui précèdent qu'il faut aborder le fond de l'affaire *Milési,* pour ce qui concerne l'objet de la présente chronique. Les qualifications retenues par le tribunal correctionnel et, à sa suite, la cour d'appel de Pau (C. Pau, 21 déc. 1994, inédit. Nous remercions vivement M. le Bâtonnier J. P. Ryf pour nous avoir obligeamment communiqué la copie de ces deux très longues décisions qui comprennent plusieurs centaines de pages), concernent successivement, à l'encontre de l'auteur principal, l'abus de confiance, l'escroquerie et l'exercice illégal de la profession de banquier (les qualifications de complicité et/ou de recel de ces mêmes infractions à l'égard des co-partenaires n'appellent pas d'observations particulières dans le cadre de cette chronique).

a) La qualification d'abus de confiance, sur laquelle la poursuite était notamment fondée, a été écartée à l'égard des agissements de Milési, tant en première instance qu'en appel. Mais à y regarder de près, les motifs retenus par chacune des juridictions diffèrent sensiblement. Les premiers juges ont considéré qu'il ne saurait être reproché au prévenu un quelconque acte de détournement, dans la mesure où tous les clients recevaient, lorsqu'ils le réclamaient, la contre-valeur des fonds placés. Pareille argumentation confond à l'évidence absence de détournement et absence de préjudice. Encore qu'en la matière la seule éventualité du préjudice suffise.

Pour écarter la qualification d'abus de confiance, la cour d'appel adopte un raisonnement plus subtil. Elle considère que la remise, condition préalable de l'abus de confiance, doit être effectuée « normalement ». Sans doute faut-il entendre par là qu'elle eût été effectuée librement. Tel n'est pas le cas lorsqu'elle a été provoquée par

des manœuvres, ce qu'il conviendra de vérifier ultérieurement, au moment de l'examen de la qualification d'escroquerie.

L'argument n'est pas décisif, dès lors qu'apparaît à la lecture des faits que bon nombre de victimes se sont empressées d'apporter spontanément leurs fonds, sans qu'à leur égard le prévenu ait eu besoin de recourir à un quelconque acte positif. Reconnaissons plus prosaïquement que le rejet de la qualification d'abus de confiance repose une fois encore sur le souci d'éviter le débat sur la nature juridique du contrat dans le cadre duquel la remise a été effectuée en vertu de l'article 408 de l'ancien code pénal, encore applicable en l'espèce, et ceci par chacune des victimes en cause (plus d'un millier !).

b) C'est donc vers la qualification d'escroquerie que les poursuites ont essentiellement prospéré, sans que l'on sache avec précision sur lequel des différents modes de commission visés par l'article 405 de l'ancien code pénal (lui aussi applicable en l'espèce) les différents juges aient marqué leur préférence. Entre l'usage de la fausse qualité de « consultant financier », que le mensonge conforté par l'intervention de tiers, en passant par l'évocation de fausses entreprises, les premiers juges n'ont pas voulu choisir. Quant aux juges d'appel, plus attachés à démontrer l'existence d'une « véritable entreprise », ils ont dû se rendre à l'évidence qu'il s'agissait plutôt d'une entreprise de façade, uniquement destinée à donner l'illusion d'une officine de « consultant financier ». Plus convaincante apparaît la démonstration de l'existence d'une véritable « mise en scène », traduction littérale du terme de *machinatio,* caractéristique du délit d'escroquerie.

Il est toutefois permis de se demander si les éléments retenus pour établir « la parfaite connaissance du caractère purement fictif et frauduleux » de l'activité en cause, à savoir le fait pour Milési de dilapider pour lui et son entourage des capitaux qui ne lui appartiennent pas, ne reviennent pas, en réalité, à caractériser les fameux détournements jugés inexistants par les premiers juges (V. *supra,* A).

c) Quant à la qualification d'exercice illégal de la profession de banquier, elle a fait l'objet d'une analyse identique de la part de deux degrés de juridiction saisis. Ce délit, institué par la loi du 24 janvier 1984, fait en son article 10, interdiction à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel et à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme.

Or, si le prévenu avait débuté sa carrière comme employé de banque de rang modeste, il n'avait par la suite reçu aucun agrément pour exercer l'activité à laquelle il se livrait. Bien plus, il avait fait l'objet de la part de la COB d'une enquête ayant abouti à une mise en demeure de cesser son activité qualifiée par cet organisme « d'exercice illégal de la profession de gérant de portefeuille ». Une telle mise en demeure, demeurée en partie sans effet, rendait inopérante la bonne foi derrière laquelle il prétendait se retrancher. Bien au contraire, c'est de l'organisation jugée « méthodique » d'une telle activité que le prévenu tirait ses ressources. A vrai dire, les éléments destinés à caractériser la « mise en scène » constitutive du délit d'escroquerie (V. *supra* B.) contribuaient à donner à l'activité du prévenu toutes les apparences d'une activité bancaire ou d'un organisme de crédit, en particulier par la nature des relevés adressés aux clients, similaires à ceux qu'envoient de tels organismes.

On observera seulement, sur un plan plus juridique, que la condition d'exercice « habituel » a pu paraître sommairement constatée par le fait que cette activité s'était exercée « pendant de nombreuses années ». Si la jurisprudence n'est pas exigeante, en général, au regard du nombre d'actes constitutifs de la notion d'habitude, encore faut-il au moins que de tels actes soient expressément spécifiés (comp. pour l'exercice illégal de la profession de géomètre expert, Aix-en-Provence, 15 nov. 1967, JCP

1968.II.15415, note R. Ottenhof ; sur la notion d'habitude en droit pénal, v. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 15e édit., 1995, n° 222).

En ces temps de spéculation où fleurissent sur le marché les organismes de « gestion de patrimoines », chargés de placer divers « produits financiers », la présente décision, même si elle n'innove guère en la matière, vient opportunément rappeler l'existence d'une réglementation rigoureuse, destinée à protéger les épargnants. Mais encore faut-il rappeler plus prosaïquement aux victimes de « Monsieur Jackie » que « tout ce qui brille n'est pas or ».

Infractions contre la qualité de la vie

Jacques-Henri ROBERT

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Directeur de l'Institut de Criminologie

L'ÉLÉMENT MORAL DES INFRACTIONS CONTRE L'ENVIRONNEMENT

Le droit de l'environnement a fourni l'occasion de mesurer les conséquences de l'article 121-3, alinéas 1er et 2, du code pénal qui abolit les délits correctionnels purement matériels. Selon ce texte, un délit est intentionnel à moins que la loi n'en dispose autrement, et ne lui attribue, pour élément moral, soit la mise en danger délibérée d'autrui, soit l'imprudence ou la négligence (F. Desportes et F. Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal,* Economica, 1994, n° 469 ; C. Lombois, *Droit pénal général,* Hachette, coll. Les fondamentaux, 1994, p. 65 ; J. Pradel, *Droit pénal général,* 9e éd., Cujas, 1994, n° 481 ; P. Poncela, « Livre I. Dispositions générale, cette *Revue,* 1993, p. 458). Mais la loi du 16 décembre 1992 contient un article 339 qui empêche que tous les délits naguère matériels ne deviennent d'un seul coup intentionnels, faute de la disposition dérogatoire prévue par le code : « Tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément. »

Ce système juridique a évidemment un puissant impact sur le droit de l'environnement qui, comme tous les autres droits techniques, renfermait, avant le 1er mars 1994, une grande masse de délits purement matériels. Deux intéressantes questions, au moins, sont posées par la règle d'adaptation de l'article 339 : limite-t-elle la requalification des délits matériels aux deux catégories qu'elle vise ou permet-elle qu'on en fasse désormais des délits intentionnels ? et selon quelles règles les tribunaux devront-ils répartir les délits entre ceux qui deviennent d'imprudence et ceux dont la réalisation requerra désormais une mise en danger délibérée d'autrui ?

La première question seulement a, jusqu'à présent, reçu des réponses et elles sont très intéressantes. La Cour de cassation a, le plus clairement du monde, décidé qu'un délit jadis purement matériel était éligible à la catégorie des délits intentionnels : c'est le cas des infractions à la loi du 19 juillet 1976, sur les installations classées, et des constructions sans permis, réprimées par l'article L 480-4 du code de l'urbanisme (Crim. 25 mai 1994 et 12 juill. 1994, *Bull. crim.* nos 203 et 280 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 237 ; cette *Revue,* 1995.97, obs. B. Bouloc). A popos du délit de pollution d'eau, dont la transformation en délit purement matériel avait été, autrefois, fort remarquée (Crim. 28 avr. 1977, *D.* 1978.149, note M.-L. Rassat ; *JCP* 1978.II.18931, note M. Delmas-Marty ; cette *Revue,* 1978.355, obs. A. Vitu ; Cass. crim. 5 oct. 1982, *D.* 1983.IR.231 ; 23 avr. 1992, *Dr. env.* 1992, n° 16, p. 104), des réponses ont été fournies par des juges du fond, la cour d'appel de Caen et le tribunal correctionnel de Valenciennes (CA Caen, 4 nov. 1994 et trib. corr. Valenciennes 30 juin 1994, *Dr. pén.* 1994, n° 264) : la requalification a abouti à des délits d'imprudence.

Ces reclassements prendront beaucoup de temps, et le droit entre dans une longue période d'instabilité.

Sans languir dans l'attente, on doit observer dès à présent que les choix ont une portée pratique, mais inverse de celle que l'on pourrait imaginer : la qualification de délit d'imprudence est plus favorable au prévenu que celle de délit intentionnel (en ce sens, B. Bouloc, obs. précitée ; M. Véron, *Dr. pén.* 1995, comm. 115, sous Crim. 19 déc. 1994). En effet, pour motiver l'affirmation d'une imprudence ou d'une négligence, le juge du fond est obligé de décrire le comportement du prévenu, de le comparer à ce qu'aurait fait un homme normalement prudent et avisé, et enfin de vérifier que l'imprudence ou la négligence ainsi établie a engendré la situation infractionnelle. L'intention, au contraire, est insusceptible d'observation directe et ne peut que se déduire de présomptions, dont la plus facilement exploitée, dans les matières techniques, est la qualité de professionnel du prévenu ; il est donc facile, pour les juges du fond, d'affirmer l'existence d'un dol général, souvent même un dol éventuel quand il s'agit de la responsabilité d'un chef d'entreprise, qui est réputé savoir les règles de son métier.

Et c'est ce que permettent de vérifier avec une surprenante clarté, les décisions précitées, puisque les juges du fond ont prononcé des relaxes fondées sur l'absence de fautes dans la conduite des prévenus, tandis que la chambre criminelle a approuvé des condamnations pour des délits qualifiés d'intentionnels.

L'affaire jugée à Valenciennes est, à cet égard, très caractéristique : le prévenu exploitait une installation classée soumise à un arrêté d'autorisation par lequel le préfet du Nord avait autorisé des déversements dans une rivière ; le respect des conditions inscrites dans un tel acte n'est pas un fait justificatif lorsque la poursuite est fondée, comme elle l'était en l'espèce, sur l'article L 232-2 du code rural (Crim. 15 mars 1988, cette *Revue*, 1990, p. 800 ; 25 nov. 1992, *ibid.*, 1993, p. 345) ; néanmoins les juges nordistes ont reconnu qu'en limitant ses rejets polluants aux quantités que l'administration avait prévues, l'industriel poursuivi avait adopté un comportement prudent et diligent, et devait être relaxé.

Avec un résultat inverse, l'arrêt qu'à rendu la Cour de cassation le 25 mai 1994 n'est pas moins surprenant. Le prévenu exploitait sans autorisation une installation classée et les juges du fond, avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, l'avaient condamné « au motif que [c'était] en toute connaissance de cause [qu'avait] été mise en place une installation classée » (CA Orléans, 28 sept. 1993, Louvet, inédit). Cet industriel, avec beaucoup d'ingéniosité, plaida devant la Cour de cassation que ces constatations de la cour d'appel était surabondante et qu'en vertu du nouveau code, il devait être admis à s'expliquer sur « la négligence, l'imprudence ou la mise en danger d'autrui » ; mais le pourvoi est rejeté au motif que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal ». On aura noté la référence, très intentionnelle elle aussi, à l'alinéa 1er du texte du code, qui permet à la Cour de cassation d'éviter les difficultés d'application de son alinéa 2 et de l'article 339 de la loi d'adaptation.

Il ne faut pas non plus en déduire que, selon la Cour de cassation, tous les délits naguère matériels gagneront deux grades d'un seul coup pour devenir d'un seul coup intentionnels. Certains s'arrêteront à la qualification d'imprudence, comme on l'a vu, par exemple, avec le délit de fraude fiscale (Crim. 7 nov. 1994, *Dr. pén.* 1995, comm. 41).

DROIT DE LA CHASSE

La chasse n'est pas seulement le supplice des animaux sauvages, c'est aussi celui des juristes. Le législateur, en deux occasions qu'il s'est données d'en traiter, a montré qu'il ignorait la portée et l'autorité de ses propres décisions.

1° La loi 90-85 du 23 janvier 1990 s'intitule « complémentaire à la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environ-

nement économique et social ». Parmi les faveurs que l'on peut consentir facilement aux agriculteurs, figurent l'assouplissement de la réglementation de la chasse, et les articles 58 à 60 de la loi de 1990 n'y manquent pas. Mais alors que ses articles 58 et 59 se réfèrent au nouveau livre II du code rural, tel qu'il avait été republié par le décret n° 89-804 du 27 octobre 1989, son article 60 abroge l'article 337 du même code dans son ancienne numérotation. Cela s'explique par le fait que la discussion de la loi avait commencé avant le décret codificateur et s'était prolongée après, de sorte que ses articles se référaient à l'une ou l'autre numérotations du code rural, selon la date à laquelle ils avaient été définitivement adoptés.

L'article 337, abrogé, transformait en délit correctionnel certaines contraventions de chasse si elles étaient commises en état de récidive, ou accompagnées de certaines circonstances aggravantes, dont l'usage d'une automobile, engin devenu indispensable à tous les chasseurs. C'était un adoucissement considérable consenti aux agriculteurs-électeurs-chasseurs. Mais le 27 octobre 1989, la loi agricole n'était toujours pas promulguée, et la disposition de l'article 337 prit place dans l'article L 228-10 du nouveau livre II du code rural.

Ce livre II et aussi les nouveaux livres IV et V du code rural, administrativement codifiés, furent ensuite proposés au Parlement pour qu'il leur donne « force de loi », et il y consentit par la loi n° 91-363 du 15 avril 1991. Or, le texte soumis à l'approbation des députés et sénateurs n'a pas tenu compte de l'abrogation de la disposition de l'ancien article 337, alors qu'au contraire, les autres modifications que la loi du 23 janvier 1990 avait formulées en visant la nouvelle numérotation y figuraient (art. L 222-25, L 223-17 et L 223-18). Si bien qu'après avoir été abrogé, l'article L 228-10 fut ressuscité par l'inadvertance du législateur, ou la ruse de l'administration.

Les juridictions judiciaires n'ont pas le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et encore moins celui de redresser les erreurs du législateur. La Cour de cassation doit donc appliquer cet article L 228-10. Mais elle l'a fait en des conditions où le chasseur aurait dû éviter cette rigueur (Crim. 12 oct. 1994, *Dr. pén.* 1995, comm. 9) : en effet, son infraction a été commise le 16 décembre 1990, c'est-à-dire entre l'abrogation et la résurrection du texte. Rien n'empêchait alors la Cour d'appliquer la loi telle qu'elle existait dans cet espace de temps.

2° La loi n° 95-101 du 2 février 1995 « relative au renforcement de la protection de l'environnement », dite « Loi Barnier », contient de nombreuses dispositions pénales qui seront commentées par Mme Rassat dans la prochaine livraison de cette *Revue*. Ses lecteurs doivent s'attendre à ce qu'elle fustige, ainsi qu'elle sait le faire, un texte répressif relatif à la chasse, figurant dans son article 80 et modifiant comme suit l'article L 228-7 du code rural : « Seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe et d'un emprisonnement de dix jours à un mois ceux qui auront mis en vente, vendu, acheté, transporté ou colporté du gibier en dehors des périodes autorisées en application de l'article L 224-6. »

Ce texte ne fait rien d'autre que rétablir les peines d'emprisonnement et d'amende qui étaient encourues, avant le nouveau code pénal, pour les contraventions de cinquième classe (art. 464 et 465 de l'ancien code pénal). Il est tout à fait extravagant car il méconnaît *cumulativement* trois règles importantes récemment fixées par le nouveau code et par la loi du 16 décembre 1992 : dans toutes les lois, l'indication du minimum est aboli (art. 322 de la loi du 16 déc. 1992 ; sur ce point, cf. M.-L. Rassat, cette *Revue* 1994, p. 348 et 780) ; l'emprisonnement de police a été supprimé (art. 131-12 du code pénal et art. 373 modifié de la loi du 16 déc. 1972), et enfin le plus petit maximum de l'emprisonnement correctionnel est fixé à six mois (art. 131-4, 7° du code). L'infraction de l'article L 228-7 du code rural sera tout de même un délit, car l'article 381 modifié du code de procédure pénale dispose qu'ont cette qualification « les infractions que la loi punit d'une peine d'emprisonnement » sans indiquer de minimum.

URBANISME

1. *Prescription du délit de construction sans permis*

Le délit de construction sans permis de construire commence à se prescrire au jour de « l'achèvement des travaux » et cet événement se produit lorsque « l'immeuble est en état d'être affecté à l'usage auquel il est destiné » (Cass. crim. 19 janv. 1982, *DS* 1982, I.R., 249 ; 20 mai 1992, *Bull. crim.*, n° 202 ; cette *Revue*, 1993.122, obs. F. Boulan).

Dans un arrêt du 18 mai 1994 (*Bull. crim.* n° 197 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 240), la Cour de cassation contrôle la qualification de cette affectation, à propos de l'espèce suivante : un constructeur non muni d'un permis avait interrompu ses travaux en 1986 sur un bâtiment auquel il ne manquait qu'un peu de revêtement extérieur, de la peinture et du carrelage intérieurs. Apparemment, l'abandon des travaux avait duré depuis plus de trois ans lorsque des poursuites furent déclenchées et les juges du fond avaient condamné le prévenu sans rechercher si, en fait, l'immeuble n'était pas déjà habitable dès 1986, depuis un temps prescrit ; le pourvoi ajoutait que les travaux restant à faire n'étaient pas, à eux seuls, soumis à l'obligation d'un permis de construire. Les arguments sont rejetés par l'arrêt commenté, qui évite ainsi le jeu de la prescription, mais au prix d'une notion très extensive des travaux nécessaires à l'achèvement des travaux : sans eau chaude, ou sans chauffage, ou sans éclairage, une maison ne serait donc pas achevée. On sent bien que la Cour de cassation tend vers la transformation du délit de construction sans permis en infraction continue, comme l'affichage irrégulier (Crim. 2 juill. 1980, *Bull. crim.*, n° 211 ; *Gaz. Pal.*, 1981.1.232 ; cette *Revue* 1981.331, obs. J. Larguier).

Le Conseil d'Etat, dans une décision du 2 mars 1994 (*Commune de Saint-Tropez*), statue, lui aussi sur la nature juridique des finitions, mais dans un sens plus favorable au contrevenant : ces travaux ne peuvent pas faire l'objet d'une interruption administrative prononcée par le maire, car l'article L 480-2, alinéa 3, qui prévoit une telle mesure, la subordonne à la constatation d'une « des infractions prévues à l'article L 480-4 ». Selon la haute juridiction administrative, l'article L 480-2 a donc été écrit pour permettre d'interrompre une infraction en train de se commettre, mais non pas les suites d'un délit qui est déjà consommé avec l'achèvement des ouvrages soumis à l'obligation du permis. Cette interprétation est clémente, car l'interruption des finitions aurait empêché le délinquant de profiter de son bien.

2. *Conditions et exécution de la condamnation à démolition*

La démolition des constructions irrégulières ou leur mise en conformité avec les règlements peut être prononcée par le tribunal correctionnel en application de l'article L 480-5 du code de l'urbanisme mais cette mesure, apparemment utile, soulève d'innombrables difficultés parfois inattendues que le doyen Fernand Boulan a maintes fois commentées. En voici de nouvelles illustrations qui concernent, d'une part, les conditions du prononcé de la sanction et, d'autre part, son application.

a) Conditions du prononcé de la démolition

Par un arrêt *Tanghe* en date du 12 octobre 1994 (*Bull. crim.* n° 331), la Cour de cassation statue une nouvelle fois sur la sanction du défaut d'avis du maire ou du fonctionnaire compétent, formalité imposée par l'article L 480-5 : c'est une nullité, mais, dit l'arrêt dans un motif nouveau, la formalité est établie dans l'intérêt des droits de la défense. Pour qu'une telle nullité soit prononcée, il faut que l'omission ou l'irrégularité fasse grief aux droits de la « partie qu'elle concerne », en vertu de l'article 802 du code de procédure pénale. L'arrêt commenté affirme la règle et annule la condam-

nation à démolition du seul fait que l'audition du fonctionnaire et du maire a été omise, sans rechercher en quoi, dans l'espèce particulière, le prévenu a pu souffrir de l'irrégularité : le grief est donc présumé par cela seulement que le tribunal n'a pas été éclairé sur l'opportunité de la sanction.

Saisie d'une autre affaire, la cour d'appel de Rouen était décidée à punir sévèrement un agriculteur qui établissait dans le plus grand désordre divers abris pour ses élevages de basse-cour ; elle dit : « L'article L 480-5 n'offre comme alternative que la mise en conformité et la destruction... ; ces mesures constituent une peine accessoire obligatoire » (CA Rouen 24 janv. 1994, *Beau,* inédit). Ce motif est erroné car la sanction dont il s'agit revêt le régime d'une peine complémentaire, mais il n'avait pas attiré l'attention du prévenu. La Cour de cassation élève un moyen d'office contre l'erreur de droit ainsi proférée. De telles cassations sont rares, car la chambre criminelle tient ordinairement que, dès lors qu'une peine est encourue, les juges du fond ne doivent aucun compte de leur prononcé ; mais elle ne veut pas qu'ils assortissent leur choix de leçons de droit inexactes (Cass. crim. 11 juin 1986, *D.* 1986.580, note D. Mayer ; cette *Revue*, 1987, p. 411, obs. A. Vitu).

b) L'exécution de la démolition

La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait, en 1972, prononcé sous astreinte une condamnation à démolir certains édifices. Le condamné mourut dix-sept ans plus tard sans avoir exécuté l'arrêt. L'astreinte, devenue énorme, fut alors liquidée contre sa veuve qui, pour se défendre, souleva un incident d'exécution devant la même cour d'appel (art. 710, c. proc. pén.). La requérante soutint que la prescription quinquennale, applicable aux peines correctionnelles, avait éteint l'obligation du défunt (art. 764, c. proc. pén., repris par l'art. 133-3, c. pén.). Cet argument est rejeté (CA Aix-en-Provence, 19 nov. 1993, *Chelly*) et la Cour de cassation approuve la solution (Crim. 23 nov. 1994) en répétant la maxime qu'elle a elle-même forgée, et qui reçoit ainsi une application nouvelle : les sanctions de l'article L 480-5 « sont des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite mais non des sanctions pénales » ; voilà pourquoi elles échappent à la prescription écrite pour les peines. Dans ses emplois précédents, la maxime empêchait que les mêmes mesures fussent prononcées à titre de peine principale (Cass. crim. 31 mai 1988, *Bull. crim.* n° 239, cette *Revue* 1989, p. 313, obs. A. Vitu ; 8 juin 1989, *Bull. crim.* n° 248 ; cette *Revue* 1990.103, obs. F. Boulan ; 22 nov. 1990, Dr. pén. 1991, comm. 88 ; J.-H. Robert, L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires, *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier,* PUG, 1993, p. 241 et spéc. p. 252).

Les malheurs de Mme Chelly ne s'arrêtent pas là : elle demandait qu'au moins l'obligation de payer l'astreinte fût divisée entre elle et les autres cohéritiers de son mari : impitoyablement retranchée dans le code civil, la chambre criminelle décida que l'astreinte, attachée à une obligation indivisible, celle de démolir, était revêtue du même caractère et que la veuve était débitrice de la totalité.

Infractions relevant du droit social

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE

Professeur à la Faculté de droit de Poitiers

1. *Crim. 13 décembre 1994, Villin-Figaro* (rejet Paris, 11e Ch. 4 oct. 1993) *Entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise :* art. L 483-1 du code du travail ; *Droit d'information et de consultation du comité d'entreprise :* art. L 432-1 et L 432-3 du code du travail, Amende : 10 000 F. Réparations civiles : 20 000 F.

Le 27 mars 1992, est signé un accord entre la Chambre syndicale de la Typographie parisienne et le groupe Hersant, lequel inclut la société de gestion du *Figaro* qui participe à l'élaboration du journal du même nom. Cet accord consacre la création d'un nouveau métier, celui de secrétaire technique-metteur en page (STME), exercé par des ouvriers photocompositeurs au sein du secrétariat de rédaction ; la création de ce nouveau métier a des conséquences directes sur la profession de secrétaire de rédaction journaliste qui se trouve privée d'une partie de ses attributions, conséquences suffisamment importantes pour conduire, les 28 avril et 4 juin 1992, à la signature, avec les syndicats de journalistes, de deux accords donnant des garanties pour l'avenir quant au rôle et à la responsabilité éditoriale des secrétaires de rédaction.

Au vu de ces éléments, les juges du fond décident que les mesures issues de l'accord du 27 mars, de par leur importance, constituent l'introduction de technologies nouvelles, imposant l'information et la consultation du comité d'entreprise sur le projet. Ce dernier fut consulté, mais le 1er avril, c'est-à-dire postérieurement à la signature de l'accord du 27 mars.

Les juges du fond étant entrés en voie de condamnation pour entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le directeur du *Figaro,* au motif « qu'en l'état de ces énonciations dont elle a déduit que la décision d'introduire de nouvelles technologies dans le réseau informatique de la société nécessitait l'information et la consultation préalables du comité d'entreprise, en raison des répercussions importantes sur les conditions de travail de plusieurs catégories de personnels, la juridiction du second degré a justifié sa décision ; qu'il n'importe que le comité d'entreprise ait été informé et consulté avant la mise en œuvre effective des mesures prévues par l'accord du 27 mars, dès lors que celui-ci était devenu définitif à la date de la consultation ».

L'arrêt du 13 décembre 1994 s'inscrit ainsi dans la lignée jurisprudentielle des décisions rendues en matière de droit à l'information et à la consultation du comité d'entreprise. Il est notable d'ailleurs que, bien que l'espèce concernait précisément l'introduction de technologies nouvelles, ce ne soit pas l'article L 432-2 (article spécial) qui ait été visé mais deux articles généraux, les articles L 432-1 et L 432-3. C'est indiquer qu'au-delà des spécificités, les questions posées par le droit à l'information et à la consultation du comité d'entreprise sont communes et imposent des solutions identiques.

L'objet de l'information et de la consultation est défini par l'article L 432-1 comme « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ». Le domaine des pouvoirs du comité d'entreprise est ainsi délimité par les termes mêmes qui servent à définir le pouvoir de direction du chef d'entreprise. C'est

dire l'importance que le législateur a voulu accorder au pouvoir d'information et de consultation du comité ; c'est dire aussi que, malgré la généralité des termes, toute mesure envisagée par le chef d'entreprise dans le cadre de son pouvoir de direction ne peut être soumise à consultation. Par touches successives, la jurisprudence modèle ce que l'on doit entendre par « questions intéressant », car les restrictions ne portent pas sur le domaine mais bien sur les caractères de la mesure.

L'information et la consultation ne se conçoivent que si une décision est envisagée. Il faut un *« projet »* (terme utilisé par certains articles seulement, mais qui est « commun à l'ensemble des attributions consultatives du comité », A. Lyon-Caen, *D.* 1988.*Som. com.* p. 312), « qui se situe, dans le processus de décision, quelque part entre la première hypothèse et l'arrêt d'une décision » (*ibidem*). Certains commentateurs, pour rendre compte des subtilités de la jurisprudence, ont pu comparer les diverses étapes du processus de décision aux jugements préparatoire (pure recherche d'informations), interlocutoire (quête d'informations mais qui contient en germe une décision dans un certain sens), définitif (décision arrêtée). La consultation est obligatoire dès le stade de l'interlocutoire et se place nécessairement avant le définitif (Crim. 30 oct., 27 nov., 4 déc. 1990, *Droit pénal,* 1991, n° 87). Information et consultation doivent donc avoir lieu dès que le principe d'une décision est acquis mais avant que son contenu n'en soit arrêté (V. pour une analyse comparable, Soc. 3 mars 1988, *B* n° 152, *D.* 1988. *Som. Com.* 312 : il faut un projet élaboré, ce qui exclut toute expertise sur travaux préparatoires).

Il faut aussi une mesure *nouvelle.* Là encore, la nouveauté, expressément prévue pour l'introduction de technologies, concerne l'ensemble des attributions consultatives du comité. Dès lors qu'il ne s'agit que de reconduire des mesures déjà existantes, pour lesquelles le comité a été consulté, et à la condition que cette reconduction n'entraîne pas d'incidences nouvelles, la consultation ne paraît pas nécessaire (Crim. 9 févr. 1993, CE *Caisse d'Epargne de Haute-Garonne* ; V. pour une analyse convergente de la nouveauté, Soc. 2 juill. 1987 *B* n° 438, Soc. 15 oct. 1987 *B* n° 569).

Il faut enfin que la mesure soit *générale et permanente* : ni individuelle, ni temporaire, ni ponctuelle (Crim. 15 oct. 1991, *Droit pénal,* 1992, n° 49 ; Crim. 9 févr. 1993, *op. cit.*), et présentant une *importance* à l'égard de la marche générale de l'entreprise. L'appréciation est celle des juges du fond mais la Cour de cassation contrôle fermement les motivations. La Chambre criminelle rejette « tout motif d'ordre général », imposant aux juridictions de rechercher, dans les faits de l'espèce, les motifs de leurs décisions (Crim. 22 oct. 1991, *Droit pénal,* 1992, n° 49). Elle leur impose de se référer à la matière même de la mesure envisagée et non seulement à son domaine ou à sa nature (est ainsi cassé l'arrêt qui avait retenu l'importance d'une mesure en se fondant sur la nature du changement envisagé (informatique) sans en rechercher les conséquences (Crim. 22 oct. 1991 ; V. aussi Crim. 15 oct. 1991, *Droit pénal,* 1992, n° 49).

Si la Chambre criminelle, au fil des décisions, modèle les caractères de la mesure qui nécessite information et consultation du comité, le poids des faits est capital. Une mesure de même nature (modification des horaires de travail, informatisation de l'entreprise, etc.) peut, suivant les espèces, recevoir une solution différente, non seulement parce que la réalité de l'entreprise n'est pas la même mais aussi parce que l'appréciation de cette réalité par les juges peut être diverse et « qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de réviser les constatations de fait des juges du fond ». Il n'y a rien à redire à une telle solution, juridiquement incontestable. Sauf à constater que la matière est source d'insécurité juridique par l'imprécision qu'elle confère à l'incrimination, c'est-à-dire à se poser la question de la légitimité, en droit pénal, des clauses générales (*contra* : « L'obligation de l'art. L 432-2 n'est ni incertaine ni indéterminée même si la loi ne définit pas la notion d'importance », Crim. 3 mai 1994, *Droit pénal,* 1994, n° 191). (Sur l'avantage que présentent les poursuites répressives car elles per-

mettent au juge de donner un contenu matériel à l'obligation d'information et de consultation, cf. J. Savatier *DS* 1974, p. 419 ; sur l'insécurité juridique, cf. Ch. Freyria, *DS* 1983, p. 382 ; pour une dépénalisation de la matière, cf. J. H. Robert, *Droit pénal,* 1991, n° 87).

Dans l'espèce rapportée, le débat ne portait pas tant sur la nécessité de la consultation que sur son *moment.* La direction du *Figaro* soutenait que la mise en œuvre des mesures nouvelles devant s'étendre sur plusieurs mois et le comité d'entreprise ayant été consulté avant que ne commence cette mise en œuvre, aucune faute n'avait été commise. C'était méconnaître les textes (notamment l'art L 432-2 : « préalablement à tout projet »), et leur esprit, qui imposent une consultation sur le projet de décision et non sur la mise en œuvre de celle-ci.

Il est vrai que la décision du 27 mars 1992 avait été prise hors de l'entreprise, et par d'autres que le directeur du *Figaro.* D'une certaine manière, les modifications technologiques s'imposaient à lui. Son autonomie ne jouait guère que pour la mise en œuvre des mesures. Ce n'est pas dire pour autant que les règles en soient modifiées. L'article L 432-1, en particulier, prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles la décision est extérieure à l'entreprise (offre publique d'achat ou offre publique d'échange dont l'entreprise fait l'objet, acquisition ou cession de filiales) tout en maintenant l'exigence d'une consultation sur le projet. Sauf à admettre que le groupe Hersant n'ait pas informé la direction du *Figaro* de l'accord projeté – ce qui paraît peu probable eu égard aux modalités de gestion d'un groupe –; mais c'est alors sur l'élément intentionnel du délit et non sur l'élément matériel qu'une défense aurait dû être menée (V. AP 28 janv. 1983, *DS* 1984, p. 511, P. Couvrat et M. Massé).

L'introduction de nouvelles technologies avait, en l'espèce, été négociée, tant dans son principe (accord du 27 mars) que dans sa mise en œuvre (accord des 28 avril et 4 juin), avec les syndicats professionnels. Ce fait était-il susceptible d'incidences sur la qualification de délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise ? Il faut évidemment répondre par la négative. Les règles concernant le droit à l'information et à la consultation du comité d'entreprise sont d'ordre public absolu (V. Crim. 25 mai 1981, *DO* 1982.352 : l'accord des salariés ne peut dispenser des réunions du comité ; Crim. 25 oct. 1988 : l'urgence ne peut dispenser de la consultation du comité ; voyez pour la procédure de licenciement économique qui impose une information et une consultation du comité, Crim. 29 nov. 1994 (commenté *infra*) qui décide que ces règles sont d'ordre public quand bien même il y aurait accord collectif). Si rien n'interdit de cumuler, pour régler les questions de gestion de l'entreprise, l'action de la représentation élue et celle de la représentation syndicale, il est clair que la seconde ne saurait remplacer la première.

2. *Crim. 29 novembre 1994, Barazer* (rejet Paris, 11e Ch. 26 févr. 1993) *Départs négociés pour motif économique. Procédure des licenciements économiques.* Art. L 321-1 et s., art. L 321-11, code du travail *D.* 1995.*IR*.27.

La matière des départs négociés ayant pour origine une cause économique est de nos jours régie par l'alinéa 2 de l'article L 321-1 du code du travail, issu de la loi du 29 juillet 1992, lequel dispose que toute rupture du contrat de travail résultant d'une telle cause doit être soumise au régime des licenciements économiques. Cette loi vient mettre fin aux hésitations de la jurisprudence.

Si la licéité des ruptures négociées doit être admise au regard de l'article 1134 du code civil, la question se posait toutefois de savoir si, en matière économique, ces ruptures ne devaient pas respecter le régime spécifique aux licenciements ayant une telle nature. Ce fut, un temps, la position de la Chambre criminelle, qui craignait que ces

ruptures ne soient un détournement par l'employeur du droit du licenciement (Crim. 3 janv. 1980, 3 juin 1980 *DS* 1981, 235 ; Crim. 27 oct. 1981, *D.* 82.*IR.*120, Crim. 4 nov. 1982, *JS* UIMM 1983, 179). Mais, la Chambre criminelle devait opérer un revirement spectaculaire dans l'affaire *Talbot,* dans laquelle pourtant 2 009 contrats avaient fait l'objet d'une rupture négociée (Crim. 28 nov. 1984, *DS* 1985, p. 703, note Savatier, p. 695) : les protocoles amiables de départ ne pouvant être assimilés à des licenciements déguisés qu'en cas de fraude à la loi ou aux droits des salariés. Il faut dire que la Chambre sociale, de son côté, admettait que les ruptures négociées n'étaient pas des licenciements déguisés et n'avaient donc pas à être soumises au régime des licenciements économiques (Soc. 9 juill. 1981, *B,* n° 690 ; Soc. 5 mars 1986, *JCP* 1986.*IV.*135). Et le législateur, lui-même, multipliait les hypothèses de départs négociés.

La pratique croissante de ces départs, hors plan social et parfois sans concertation avec les représentants du personnel, avait, semble-t-il, finalement, incité la Chambre sociale à plus de prudence. Dans un arrêt du 10 avril 1991 (*JCP* 1991, éd. E II.188, note Taquet), la Chambre sociale, tout en admettant la licéité des départs négociés, affirma que la pratique ne dispensait pas l'employeur de respecter les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel prévues pour les licenciements économiques, tout au moins lorsque ce dernier était décidé à procéder à des licenciements dans le cas où les départs volontaires ne permettraient pas d'atteindre la réduction d'effectifs annoncée. Jurisprudence nuancée certes, mais qui constituait un premier encadrement que la loi du 29 juillet 1992 a parachevé.

La décision de la Chambre criminelle du 29 novembre 1994, bien que rendue sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 1992, – mais peut-être influencée par son existence ? – prolonge et radicalise la position de la Chambre sociale, donnant ainsi à comprendre la lecture qu'elle fera, à l'avenir, de l'article L 321-1 alinéa 2.

Dans le cadre des difficultés économiques rencontrées par la Compagnie IBM la conduisant à la suppression de plusieurs milliers d'emplois dans le monde, la Société IBM France avait procédé, en janvier 1992, après un accord d'entreprise sur lequel le comité central d'entreprise avait émis un avis favorable, à la suite de diverses réunions, à la rupture négociée de 1 577 contrats de travail. La CFDT, non signataire de l'accord ayant saisi la juridiction répressive, la cour d'appel de Paris condamna le PDG de la société à 1 577 amendes de 30 F, à des réparations civiles d'un montant de 20 000 F et à la publication de la décision, sur le fondement de l'article L 321-11 du code du travail sanctionnant le non-respect de la procédure de licenciement (on notera le caractère symbolique des amendes, alors que la peine encourue est de 25 000 F par salarié concerné... : il est vrai que la concertation avait été effective et que les salariés étaient partis dans des conditions financièrement avantageuses). Pour sa défense, le prévenu faisait valoir, entre autres, – écho à la jurisprudence de la Chambre sociale ? – qu'aucun licenciement n'avait été effectué ni même envisagé, que tous les départs résultaient bien d'une rupture négociée.

La Chambre criminelle rejette le pourvoi, décidant que « l'employeur qui envisage de procéder à la suppression de nombreux emplois, pour motif économique, est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L 321-1 et s. du code du travail, peu important que les emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaires, dans le cadre d'un accord collectif ».

C'est donc par un renvoi à l'article L 321-1 (alinéa 1) que la Chambre justifie la condamnation. La suppression d'emploi consécutive à des difficultés économiques constitue, au regard de l'article L 321-1, un licenciement pour motif économique. Toute suppression d'emploi doit donc respecter la procédure spécifique. Si l'on poussait jusqu'au bout le raisonnement – mais la Chambre criminelle ne l'a pas fait contrairement à sa jurisprudence des années 1980-1982 – l'on devrait dire que les départs négociés s'analysent en des licenciements déguisés.

L'introduction de l'alinéa 2 par la loi de 1992 règle cette difficulté. Sans perdre leur nature, les ruptures négociées sont soumises au régime des licenciements économiques. De l'arrêt du 29 novembre 1994, l'on peut toutefois retenir que les dispositions des articles L 321-1 et suivants sont d'ordre public – aujourd'hui donc encore plus qu'hier – et que même la négociation d'accords collectifs ne saurait faire disparaître ce caractère.

3. En bref :

Crim. 15 janvier 1995, Galitzine (rejet Paris, 11e Ch. 10 déc. 1993) *Affichage des horaires de travail* : article L 620-2 du code du travail ; *Duplicata de l'affiche* : article R 620-2 du code du travail ; Pénalités : R 632-1 et R 632-2 du code du travail ; *Contrôle de l'inspection du travail* : article L 611-1 et article L 611-10 du code du travail, 20 amendes de 500 F.

– « Les inspecteurs et contrôleurs du travail ont le pouvoir et le devoir de vérifier les conditions de travail des salariés travaillant dans tous les établissements situés dans leur ressort, que ceux-ci soient ou non autonomes et qu'ils dépendent ou non d'un autre établissement sis hors dudit ressort. »

– « L'horaire de travail doit être affiché sur tous les lieux du travail où il s'applique et un duplicata de l'affiche doit être adressé à l'inspecteur du travail territorialement compétent pour vérifier sur chacun de ces lieux l'application des dispositions du code du travail et des conventions et accords collectifs du travail. »

(Le chef d'entreprise contestait la compétence des inspecteurs et contrôleurs des Hauts-de-Seine au motif que le siège social de l'entreprise se trouvait à Paris et que le site des Hauts-de-Seine n'était pas un établissement mais un simple site d'intervention (nettoyage des locaux d'une autre entreprise) ; il contestait aussi la nécessité de l'affichage des horaires de travail sur ce type de site).

Crim. 10 janvier 1995, Baggio (rejet Nîmes, 25 mars 1994), *Infraction à la règle du repos dominical* : article L 221-5 du code du travail. Pénalités : article R 260-1, R 262-1 du code du travail, 3 amendes de 1 500 F.

« Il n'importe que l'identité des salariés irrégulièrement employés par le prévenu n'ait pas été précisée par les juges, dès lors que, depuis l'entrée en vigueur du décret du 6 août 1992, applicable en l'espèce, les contraventions à la règle du repos hebdomadaire ou dominical donnent lieu, qu'elles aient été perpétrées en une seule fois ou à plusieurs reprises, à autant d'amendes qu'il y a de personnes illégalement employées. »

(Sur le système antérieur : V. M. Massé, L'énervement de la répression en matière d'infractions au repos dominical, *DS* 1980, p. 460 ; S. Henrion-Moreau, La règle du repos dominical, *DS* 1990, p. 434).

(Dans cette espèce, l'employeur, qui n'employait que des femmes, avait tenté de soulever la contrariété de la législation française avec le principe communautaire d'égalité hommes-femmes, ce à quoi la Chambre criminelle a répondu que « la règle fixant au dimanche le repos hebdomadaire a été prise dans le seul intérêt des travailleurs, hommes ou femmes, et constitue un avantage social ; que son application n'est, dès lors, pas de nature à entraîner une discrimination directe ou indirecte au détriment des uns ou des autres »).

Crim. 8 août 1994, Anicet (rejet Bordeaux, 3e Ch. 12 octobre 1993). *Infraction à la règle du repos dominical* : article L 221-5 du code du travail ; article L 221-17 du code du travail. Pénalités : articles R 260-1 et R 262-1 du code du travail, 11 amendes de 5 000 F.

« Le demandeur fait vainement grief aux juges de ne pas avoir pris en considération la lettre du maire de la commune ne s'opposant pas à l'ouverture du magasin le dimanche, dès lors que, si l'article L 221-19 du code du travail permet au maire de supprimer dans certaines conditions le repos dominical prévu par l'article L 221-5 du code du travail, il n'autorise pas ce magistrat à accorder des dérogations aux dispositions d'un arrêté préfectoral ordonnant en application de l'article L 221-7 du même code [– c'est-à-dire à la suite d'un accord professionnel –] la fermeture le dimanche des établissements d'une profession déterminée. »

(Interprétation littérale : l'article L 221-19 vise les exceptions au repos prévu par l'art. L 221-5 alors que l'art. L 221-17 s'attache à la fermeture de l'établissement. V. J. H. Robert, *Droit pénal,* 1994, n° 239.)

Crim 11 octobre 1994, Gavory (rejet Douai, 18 mai 1993) *Homicide involontaire* : article 319 ancien code pénal ; *Infraction à la réglementation relative à la sécurité des travailleurs* : art. 11 g) du décret du 10 juillet 1913, 1 mois d'emprisonnement avec sursis et 15 000 F d'amende.

– « Les dispositions légales et réglementaires du code du travail en matière de sécurité s'appliquent non seulement aux locaux où l'activité professionnelle de l'employeur s'exerce habituellement mais aussi à tous les chantiers extérieurs sur lesquels les préposés de l'employeur interviennent sur instructions de celui-ci. »

– La condamnation a été, en l'espèce, prononcée car, contrairement à l'article 11 g du décret du 10 juillet 1913 modifié, les travaux avaient été effectués en l'absence d'un surveillant qualifié chargé d'assurer la sécurité.

Les faits ayant eu lieu le 11 décembre 1990, c'est donc l'ancien code pénal qui était applicable. Les mêmes faits, commis à partir du 1er mars 1994, tomberaient, à n'en pas douter, sous le coup de l'alinéa 2 de l'article 221-6 du code pénal, le manquement délibéré à une obligation de sécurité imposée par un règlement étant ici manifeste.

Procédure pénale

Jean-Pierre DINTILHAC

Avocat général près la cour d'appel de Paris
délégué à la Cour de cassation

1. *CASSATION. Pourvoi. Déclaration. Mandataire. Pouvoir spécial* (pourvois n° X 94-80.482 – arr. Ch. crim. du 30 nov. 1994 et N 94-80.864 – arr. Ch. crim. du 14 déc. 1994).

L'article 576 du code de procédure pénale exige que la déclaration de pourvoi, à défaut d'être signée par le demandeur lui-même ou par un avoué près la juridiction qui a statué, le soit par un fondé de pouvoir spécial. Le pouvoir doit alors être annexé à l'acte de déclaration dressé par le greffier de la juridiction qui a rendu la décision attaqué seul habilité à recevoir la déclaration.

La Chambre criminelle, qui a toujours fait une stricte application de ces dispositions, ce qui est une manière de rappeler que le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire et non un troisième degré de juridiction, vient par deux arrêts d'apporter deux précisions complémentaires.

Le premier arrêt du 30 novembre déclare irrecevable un pourvoi formé par un avocat muni d'un pouvoir établi par le demandeur au profit de « mon conseil » sans aucune autre indication sur l'identité du mandataire.

Cette décision renforce la position adoptée par un arrêt du 20 octobre 1987 (*Bull. crim.*, n° 355) qui s'opposait à ce qu'un avocat, nommément désigné par le pouvoir spécial, se fasse substituer par un confrère n'appartenant pas à la même société professionnelle.

Le second arrêt, rendu le 14 décembre 1994, déclare irrecevables deux déclarations de pourvoi faites par deux avocats au nom respectivement du président du conseil général du Val-d'Oise et de la caisse primaire d'assurance maladie du Val-d'Oise, faute de justifier d'un pouvoir spécial signé personnellement par chacun des demandeurs.

2. *COUR D'ASSISES. Circonstances atténuantes. Suppression. Loi du 16 décembre 1992 applicable le 1er mars 1994* (pourvoi n° W 94-82.436 – arr. Ch. crim. du 14 déc. 1994).

Condamné par la cour d'assises de la Somme, le 6 avril 1994, à 15 ans de réclusion criminelle avec interdiction pendant 10 ans des droits civiques, civils et de famille pour tentative de meurtre, A.C. a formé un pourvoi au motif que la feuille des questions présentées à la cour et au jury ne faisait aucune mention des circonstances atténuantes.

En rejetant le pourvoi, la Chambre criminelle rappelle que les articles 21, 22 et 23 de la loi du 16 décembre 1992 (dite loi d'adaptation) ayant eu pour objet de supprimer dans les articles 356, 358 et 359 du code de procédure pénale toutes les dispositions relatives aux circonstances atténuantes, « la question relative à l'octroi de ces dernières n'a plus à être posée à la cour et au jury réunis, depuis l'entrée en vigueur, le 1er mars 1994, du code pénal ».

Dorénavant, en effet, les juges (magistrats professionnels et jurés réunis) peuvent prononcer la peine qu'ils estiment adaptée dans la seule limite du maximum prévu par la loi (articles 132-18, 132-19 et 132-20 du code pénal).

3. *DROITS DE LA DEFENSE. Article 6, § 3 - c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Tribunal correctionnel. Obligation de comparaître* (pourvoi n° S 94-81.696 – Ch. crim. du 9 janv. 1995).

L'article 411 du code de procédure pénale autorise le prévenu, cité devant le tribunal correctionnel pour une infraction sanctionnée par une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans, à demander au président de la juridiction l'autorisation d'être jugé en son absence. A l'inverse, il ne peut être défendu en son absence si la peine est égale ou supérieure à deux années.

Ainsi, E. de B., poursuivi pour conduite d'un véhicule malgré la suspension de son permis de conduire ne pouvait se faire représenter par un avocat en raison de la peine encourue.

Condamné par la cour d'appel d'Agen, il a formé un pourvoi en cassation au motif qu'il avait été jugé en son absence et sans l'assistance de son avocat, ce qu'il considérait comme une violation de l'article 6, paragraphe 3 - c de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Chambre criminelle lui répond que le texte visé de la Convention « ne confère pas à la personne poursuivie la faculté de s'abstenir de comparaître en justice, mais lui accorde seulement le droit, si elle se présente, de se défendre personnellement ou avec l'assistance d'un conseil ».

Parfaitement conforme aux dispositions de l'article 411 du code de procédure pénale, cette position met par contre la Cour de cassation en contradiction avec un arrêt rendu le 22 septembre 1994 par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire qui opposait Satyanund Pelladoah au Royaume des Pays-Bas.

Les circonstances de l'affaire soumise à la Cour européenne sont toutefois sensiblement différentes. Il s'agissait d'un citoyen mauricien qui, arrêté à l'aéroport d'Amsterdam alors qu'il transportait 20 kg d'héroïne, fut expulsé après avoir été condamné au premier degré à une peine de six mois d'emprisonnement. C'est devant la cour d'appel d'Amsterdam que son avocat demanda en vain l'autorisation de le défendre au motif que, habitant à l'île Maurice, le prévenu n'était pas en mesure de comparaître personnellement. Après un renvoi, la cour d'appel a confirmé son refus d'autoriser l'avocat à le représenter au motif que rien n'établissait que le prévenu ait autorisé cet avocat à le représenter et que, en tout état de cause, la représentation n'était pas possible compte tenu de la nature de l'accusation.

La Cour de Strasbourg tout en notant, comme elle l'avait fait dans son arrêt du 23 novembre 1993 (*Poitrimol c/ France*, 23 nov. 1993), que « la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale dans l'intérêt d'un procès équitable et juste », rappelle que « tout accusé a droit à l'assistance d'un défenseur » et que, ce droit devant revêtir un caractère pratique et effectif et non purement théorique, « il appartient aux juridictions d'assurer le caractère équitable d'un procès et de veiller par conséquent à ce qu'un avocat qui, à l'évidence, y assiste pour défendre son client en l'absence de celui-ci, se voit donner l'occasion de le faire ».

Mais, alors que la solution avait été adoptée à la majorité relative dans l'affaire *Poitrimol c/ France* (le président et trois juges avaient exprimé une opinion dissidente), l'arrêt *Pelladoah c/ Pays-Bas* a lui été adopté à l'unanimité, deux juges ayant exprimé

une opinion concordante commune, ce qui signifie que tout en étant en accord avec la solution ils ont manifesté des divergences sur la motivation.

Enfin, il faut noter que l'arrêt *Poitrimol c/ France* se situait dans un contexte légèrement différent puisqu'il posait à la fois le problème de la possibilité, pour un prévenu, de se faire défendre par un avocat en son absence, et celui de la recevabilité d'un pourvoi en cassation formé par un condamné en fuite ayant fait l'objet d'un mandat d'arrêt.

Selon une doctrine ancienne et constante, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que, pour bénéficier des droits et garanties que la loi lui confère, la personne poursuivie doit se tenir à la disposition de la justice, sauf exception légale. Il s'agit là d'une jurisprudence formée dès le milieu du XIXe siècle et qui se fonde sur « un principe supérieur de procédure pénale ».

La divergence des positions, quant au droit d'être défendu en son absence, entre la doctrine de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française et celle de la Cour européenne apparaît clairement se confirmer avec l'arrêt *Pelladoah c/ Pays-Bas,* même s'il convient de demeurer prudent en interprétant un arrêt nécessairement déterminé par le cas d'espèce.

Au demeurant, les solutions adoptées par la Cour européenne ne s'imposent pas en droit interne français, à la différence des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes qui portent sur l'interprétation de l'Acte unique.

Ainsi, peut-on relever que l'absence du sieur Pelladoah, citoyen mauricien expulsé des Pays-Bas après un premier jugement de condamnation et qui demandait à être jugé en présence de l'avocat qu'il avait chargé d'assurer sa défense, se situe dans un contexte différent de celui de M. E. de B. qui lui n'invoque aucune excuse pour justifier son absence mais revendique par contre le « droit d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix », droit dont il estime qu'il ne « saurait perdre le bénéfice du seul fait de son absence aux débats ».

4. *PRESCRIPTION. Lois et règlements. Application dans le temps. Loi du 10 juillet 1989. Mineur victime. Articles 7 et 8 du code de procédure pénale* (pourvois n° J 94-80.010 – arr. Ch. crim. du 3 nov. 1994 et, J. 94-84.127 et B.94-84.396 – arr. unique après jonction Ch. crim. du 30 nov. 1994).

L'article 16 de la loi du 10 juillet 1989, adopté sur un amendement parlementaire déposé le 3 juillet 1989, soulève plusieurs difficultés d'interprétation. Ce texte a eu pour objet d'ajouter à l'article 7 du code de procédure pénale un troisième alinéa ainsi rédigé : « Lorsque la victime est mineure et que le crime a été commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par une personne ayant autorité sur elle, le délai de prescription est réouvert ou court à nouveau à son profit, pour la même durée, à partir de sa majorité ».

En premier lieu se pose la question de l'application dans le temps de ces dispositions :

– s'appliquent-elles aux faits antérieurs à leur adoption et si oui faut-il distinguer selon que la prescription était ou n'était pas acquise à la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ?

– la loi, qui dans l'intention du législateur visait manifestement les crimes, doit-elle recevoir effet pour les délits sachant que l'article 8 du code de procédure pénale énonce que la prescription des délits : « s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article précédent » ?

– que faut-il entendre par : « le délai de prescription est réouvert ou court à nouveau ?

– enfin, l'expression « à son profit » signifie-t-elle qu'une plainte expresse d la victime mineure devenue majeure est indispensable pour que soit engagée l'action publique ?

Autant de questions pour un texte aussi bref illustre la pertinence des objections qu'avaient conjointement formulées le représentant du gouvernement et le rapporteur de la Commission des affaires sociales du Sénat auxquels il apparaissait impossible de supprimer en vingt-quatre heures, sans étude préalable ni avis d'aucune sorte, « un des principes essentiels du droit pénal ».

Aussi, l'amendement ayant été malgré tout adopté, n'est-il pas surprenant que la Cour de cassation ait été conduite à donner son interprétation à l'occasion des difficultés juridiques que n'a pas manqué de soulever l'application de ces dispositions.

Le premier pourvoi, examiné le 3 novembre 1994, concernait des viols commis de 1973 à 1979 pour lesquels la victime, née le 28 avril 1967 et donc devenue majeure le 28 avril 1985, avait déposé plainte contre son père.

La chambre d'accusation de la cour d'appel de Reims, par un arrêt en date du 26 mai 1993, avait constaté l'extinction de l'action publique par prescription et déclaré, par voie de conséquence, la constitution de partie civile de la victime irrecevable.

La Chambre criminelle, en rejetant les moyens qui se fondaient sur l'article 16 de la loi du 10 juillet 1989, énonce « qu'une loi modifiant un délai de prescription ne peut avoir d'effet rétroactif et ne peut donc s'appliquer aux faits dont la prescription était acquise lors de son entrée en vigueur ».

Cette première décision a donc pour conséquence de rendre impossible l'exercice de poursuites pour des faits prescrits à la date d'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1989 (texte qui était immédiatement applicable pour ce qui concerne son article 16).

Bien que l'arrêt ne se prononce pas sur ce point, la question n'ayant pas été posée, il y a tout lieu de penser qu'à l'inverse, s'agissant d'une loi de procédure, elle s'applique bien aux faits commis avant son entrée en vigueur mais non encore atteints par la prescription à cette même date que la victime ait ou non atteint alors sa majorité.

Le second arrêt apporte trois autres réponses aux interrogations que soulève cette loi.

La Chambre criminelle était saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Nîmes du 22 juillet 1994 qui avait renvoyé devant la cour d'assises du Vaucluse P.C., et G.P. épouse C., le premier pour viols aggravés et délits connexes d'agressions sexuelles aggravés et de corruption de mineur, la seconde pour ce dernier délit seulement.

Au commissariat de police, où elle avait porté plainte pour des faits de viol dont elle venait d'être victime de la part d'un inconnu, la jeune V.P., âgée de 16 ans, faisait incidemment état des atteintes de nature sexuelle dont elle avait été l'objet de la part de son oncle et de sa tante alors que, âgée de sept à douze ans, elle se trouvait sous leur toit.

Toujours mineure, la victime n'avait pas déposé plainte et ses parents pas davantage. La Chambre criminelle considère qu'il n'est pas nécessaire que soit déposée plainte et « qu'il suffit que la victime ait révélé les faits aux autorités compétentes pour y donner suite ».

En rejetant le pourvoi, la Chambre criminelle tranche également deux autres questions :

– la dérogation aux règles normales relatives à la prescription au profit des mineurs victimes de faits délictueux commis par des personnes ayant autorité s'applique non seulement aux crimes mais également aux délits (cette interprétation résulte également

de manière incidente d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 8 févr. 1994, *Bull. crim.* n° 57) ;

– lorsque la prescription de droit commun est acquise (ce qui était le cas en l'espèce pour les délits), il n'est pas nécessaire d'attendre que la victime ait atteint la majorité pour engager des poursuites. La Chambre criminelle interprète la formule de la loi « le délai de prescription est réouvert ou court à nouveau à son profit, pour la même durée, à partir de sa majorité » comme signifiant que « la prescription de l'action publique est suspendue pendant la minorité de cette victime sans qu'il soit nécessaire d'attendre, pour agir, l'échéance de sa majorité ».

Tandis que la Cour de cassation remplissait ainsi son office, qui consiste notamment à interpréter la loi lorsqu'elle est obscure ou qu'elle recèle des contradictions internes, le législateur prenait de son côté conscience des incohérences du texte qu'il avait adopté en 1989. Pour y porter remède il « glissait », dans la loi n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social, un article 121 substituant au troisième alinéa de l'article 7 du code de procédure pénale une disposition cette fois très claire « le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir de sa majorité ». Ce même texte ajoute à l'article 8 du code de procédure pénale un troisième alinéa rédigé dans les mêmes termes que ceux de l'article 7, ce qui a pour effet, là encore comme l'avait fait la Chambre criminelle par anticipation, de rendre la dérogation aux délais normaux de prescription applicable aux délits comme aux crimes commis sur des mineurs par des personnes ayant autorité.

Pour achever la petite histoire de cette dérogation au droit commun de la prescription il faut relever deux curiosités.

Le ministre de la Justice avait donné à une question écrite d'un sénateur une réponse défavorable à l'extension des dispositions de l'article 16 de la loi du 10 juillet 1989 aux délits commis sur les mineurs (Rép. quest. écrite n° 4267 : *JO Sénat* Q. 17 mars 1994). Malgré cette réponse négative, le législateur était saisi par le gouvernement, quelques semaines plus tard, d'un projet de loi dont l'un des articles avait pour objectif d'étendre aux délits cette dérogation aux règles de la prescription.

Mais il est vrai que, bien qu'elle soit signée par dix-sept ministres, cette loi du 4 février 1995, qui pourtant modifie deux articles du code de procédure pénale, ne porte pas la signature du Garde des Sceaux !

B. CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Michèle-Laure RASSAT

Professeur à l'Université de Paris 12

(Textes publiés au *Journal Officiel* du 1er juillet au 31 décembre 1994)

I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

I. – INCRIMINATION DE L'AUTEUR MORAL

L'article 9 de la *loi n° 94-589 du 15 juillet 1994* (*JO* du 16 juill. 1994) qui organise les modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de contrôle en mer (V., *infra*, IV) déclare les peines prévues pour refus d'obtempérer applicables « soit au propriétaire, soit à l'exploitant du navire lorsqu'ils ont été à l'origine de la décision de refus d'obtempérer ». Il s'agit d'un cas d'incrimination de l'auteur moral de l'infraction ce qui a toujours été rare mais qui l'est devenu encore plus avec la mise en vigueur du nouveau code pénal.

II. – INJONCTION PÉNALE

La *loi n° 94-588 du 15 juillet 1994* (*JO* du 16 juill. 1994) modifiant certaines dispositions du code minier prévoit que le tribunal saisi des infractions qu'elle définit (V. *infra*, II, 2) peut ajourner le prononcé de la peine avec injonction et fournit le détail de l'opération en parfaite conformité avec le code pénal (art. 43 de la loi). Voilà encore un exemple de dispositions inutiles. Tout ce que le législateur avait à faire était de prévoir la possibilité de l'ajournement avec injonction (art. 132-66, c. pén.) et d'y ajouter, puisqu'il le souhaitait, celle d'une astreinte (art. 132-67, c. pén.). Le reste relève du code pénal, droit commun de la répression. A quoi sert un code pénal si le législateur croit utile d'en rabâcher les dispositions chaque fois qu'il s'y réfère ?

II. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

I. – CODE PÉNAL

1. *Fichiers ou traitements informatiques*

La *loi n° 94-548 du 1er juillet 1994* (*JO* du 2 juill. 1994) relative au traitement de données informatiques ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé ajoute trois alinéas à l'article 226-18 du code pénal (fait de collecter des données par un

moyen frauduleux déloyal ou illicite ou de procéder à un traitement d'informations nominatives concernant une personne physique malgré son opposition).

Les peines prévues par cet article (5 ans et 2 000 000 F) sont déclarées applicables au traitement automatisé de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé lorsque celui-ci est opéré sans avoir préalablement informé les personnes sur le compte desquelles des données sont recueillies ou transmises de la nature des informations, du destinataire de celles-ci, de leur droit d'accès, de rectification ou d'opposition ou malgré l'opposition de la personne concernée, en l'absence de son consentement éclairé et exprès lorsqu'il est prévu par la loi ou en dépit du refus exprimé de son vivant par une personne décédée.

Ayant toujours considéré que le droit pénal des fichiers informatiques ne devrait pas figurer au livre 2 du code pénal mais dans la partie technique à venir de celui-ci (V. notre *Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau code pénal,* n°s 146 et 169, Coll. Dalloz Service, 1995) nous ne pouvons que réitérer ici cet avis alors qu'au surplus la modification porte sur un autre droit pénal technique celui de la santé publique. Ajoutons nos regrets devant une rédaction dont la lourdeur le dispute au caractère alambiqué.

2. *Mères porteuses*

Les deux alinéas de l'article 227-12 du code pénal (fait de provoquer à l'abandon d'enfant et fait de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter et un parent désirant abandonner) qui servaient indirectement jusque-là à traiter le cas des organisateurs de procréation pour autrui sont complétés par la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* (au *JO* du 30 juill. 1994) relative au respect du corps humain. Ce texte ajoute à cet article deux alinéas ayant pour vocation d'appréhender directement le phénomène des mères porteuses.

Désormais les peines prévues par l'alinéa 2 de l'article (un an et 100 000 F) s'appliquent au fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. L'infraction comporte deux circonstances aggravantes qui doublent les peines, celle d'habitude et celle d'agissement à titre lucratif. La punissabilité de la tentative est en outre prévue pour ce nouveau délit mais aussi pour celui de l'alinéa 2 (entremise à titre lucratif dans une opération d'abandon-adoption).

3. *Étude génétique*

Dans le chapitre 6 du Titre 2 du Livre 2 du code pénal intitulé « Des atteintes à la personnalité » et qui comprend une série d'infractions qui, ou bien n'ont rien à voir avec la personnalité (les atteintes à l'intimité ou la dénonciation calomnieuse, par exemple) ou bien, comme la Section V (fichiers et traitements informatiques) relèvent du droit pénal technique, la *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* (au *JO* du 30 juill. 1994) relative au respect du corps humain ajoute une section VI intitulée « Des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques », ce qui continue à faire de ce chapitre une énumération à la Prévert.

La technique rédactionnelle n'est pas plus convaincante. Est punie des mêmes peines (un an et 100 000 F) une série de comportements soit énumérés dans des articles distincts (art. 226-25, 26 et 27 nouv. c. pén.) soit regroupés à plusieurs au sein d'un même article (art. 226-28).

Il s'agit du fait :

– de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales (art. 226-25) ou de rechercher l'identification d'une personne par ses

empreintes génétiques à des fins médicales (art. 226-27, pourquoi ne pas avoir fait se suivre ces deux articles ?) sans avoir obtenu le consentement de celle-ci dans les conditions prévues par le code de la santé publique ;

– de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques (art. 226-26) ;

– de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire ; de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ; de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire d'un agrément régulier (art. 226-28, quel rapport entre ces trois agissements justifie qu'on les traite dans le même article ?).

La tentative de ces différents délits est punissable. La responsabilité pénale des personnes morales peut être retenue. Elle entraîne les peines des articles 131-38 et 131-39, 2°, 3°, 4°, 5°, 8° et 9°. La commission des infractions de l'article 226-28 peut entraîner la radiation des listes d'experts judiciaires et la confiscation du matériel ayant rendu possible les recherches interdites.

4. *Restructuration du Livre V. Bioéthique*

La même loi insère au Livre V du code pénal un Titre premier intitulé « Des infractions en matière d'éthique bio-médicale ». C'est une bonne chose dans la mesure où cela constitue (enfin !) la première étape, bien timide, il est vrai, vers une rédaction ordonnée de ce pauvre Livre V. Mais il faut naturellement regretter : 1) que celà ne soit pas l'occasion de regrouper dans ce Titre tout le droit de la santé publique notamment en y ramenant ce qui, relevant de ce domaine, se trouve avoir été placé à tort au Livre II (recherche médicale et trafic de stupéfiants) ; 2) que la même loi, dans d'autres de ses dispositions, persiste dans les erreurs initiales en ayant accru, ainsi que nous venons de le voir, le volume de ces dispositions mal placées ; 3) que l'on persévère dans les intitulés « cucu » en s'entêtant à faire suivre ce Titre premier à la facture rationnelle d'un Titre 2 toujours intitulé aussi bêtement « Autres dispositions » où l'on maintient « Les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux » qui, au surplus n'ont rien à faire là puisqu'il s'agit juridiquement de destructions de biens (V. notre *Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau code pénal,* n° 146, Coll. Dalloz Service, 1995 et, dans le même sens, sur ce dernier point, J. et A.-M. Larguier, *Droit pénal spécial,* p. 123 et M. Véron, *Droit pénal spécial,* p. 239).

Ce Titre premier est doté de trois sections de fond intitulées « De la protection de l'espèce humaine », « De la protection du corps humain » et « De la protection de l'embryon humain ». Il s'agit, une fois encore dans ce code d'une inversion des règles. Le droit pénal n'a pas pour but de protéger quoi que ce soit, rôle qui est celui des législations de fond, mais de réprimer ceux qui portent atteinte aux valeurs ainsi protégées. Les sections en question sont donc en réalité destinées à punir les atteintes à l'espèce humaine, au corps humain ou à l'embryon humain. Dans la mesure où l'on semble aller du plus grave au moins grave (méthode irrationnelle mais souvent suivie dans ce code) on aurait, en outre apprécié que l'embryon humain, être humain constitué, soit placé avant le corps humain où l'on ne traite en réalité que de démembrements de celui-ci.

1) La première section ne comporte qu'un article qualifiant de crime puni de vingt ans de réclusion criminelle le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes. Il faudra attendre l'interprétation jurisprudentielle pour circonscrire exactement cette infraction et surtout la distinguer

d'autres comportements distinctement visés et punis beaucoup moins sévèrement qui paraissent pourtant en relever (diagnostic prénatal ou préimplantatoire en dehors des cas et des procédures prévus). On peut penser qu'il ne s'agit ici que d'une incrimination de principe.

2) La deuxième section comporte treize articles (511-2 à 511-14) dont la lecture est, sur le plan formel, surprenante. Alors que les premiers articles (511-2 à 511-5) ont une présentation suivant un ordre logique il semble qu'un mauvais esprit se soit ensuite ingénié à mélanger entre eux les articles suivants. Nous allons essayer, dans leur présentation, de mettre un peu d'ordre global.

a) Est d'abord punie l'obtention anormale, d'un produit du corps humain, à savoir des organes, des tissus, cellules ou produits et des gamètes. Le caractère anormal résulte soit de l'obtention à titre onéreux (à laquelle on assimile l'entremise et la cession du produit du corps d'autrui) ; soit de l'obtention sans le consentement de l'intéressé dans les conditions requises compte tenu de sa situation personnelle (adulte majeur vivant, mineur, personne protégée).

Dans tous ces cas les infractions sont des délits punissables de 7 ans et 700 000 F pour les agissements concernant les organes (art. 511-2 et 3) et 5 ans et 500 000 F pour les autres produits (art. 511-4 et 5 pour les tissus, cellules et produits et 511-6 et 9 – pourquoi n'a-t-on pas fait se suivre ces deux articles ? – pour les gamètes).

Il est permis de juger dérisoire cette qualification donnée au prélèvement d'organes sans le consentement libre et éclairé des intéressés, comportement qui devrait, ne serait-ce que par principe symbolique, être placé dans l'ordre criminel.

b) Sont ensuite punis de peines de 2 ans et 200 000 F certains agissements concernant les produits humains et compromettant la santé publique :

– prélèvement dans un établissement non agréé (art. 511-7) ;

– prélèvement de gamètes sans voir procédé aux tests obligatoires de dépistage des maladies transmissibles ou sans avoir obtenu l'autorisation préalable nécessaire (art. 511-11 et 511-14) ;

– fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme (art. 511-12) ;

c) Sont enfin punis des mêmes peines les faits permettant l'identification des donneurs et receveurs de gamètes :

– fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus ;

– fait de « subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers » (formule dont on appréciera la rédaction limpide !).

3) la troisième section relative à l'embryon comporte trois séries d'infractions.

a) On trouve d'abord des infractions du même type que dans le cas précédent et punies des mêmes peines que précédemment en fonction de leur catégorie :

– obtention à titre onéreux ou sans que le consentement du couple d'origine soit régulier (art. 511-15 et 16, 7 ans, 700 000 F) ;

– fait de procéder à des actes d'assistance médicale à la procréation sans respecter les exigences de santé publique (art. 511-22 et 511-25, 2 ans, 200 000 F) ;

– fait de permettre l'identification des couples donneur et receveur (art. 511-23, 2 ans et 200 000 F).

b) Il s'y ajoute deux dispositions (art. 511-20 et 21) de nature à prévenir l'eugénisme. Elles concernent le fait de procéder à un diagnostic prénatal sans y avoir été autorisé et le fait de procéder à un diagnostic préimplantatoire dans les cas où celui-ci n'est

pas autorisé ou sans le respect de la procédure prévue pour lui (art. L. 162-16 et L. 162-17, *c. santé publ.*). Ces faits sont punis de 2 ans et 200 000 F

c) On trouve enfin des dispositions de nature à prévenir la production et l'utilisation d'embryons humains :

– fait de procéder à la conception *in vitro* d'embryons à des fins industrielles ou commerciales ou à des fins de recherche ou d'expérimentation (art. 511-17, al. 1er et 511-18) ;

– fait d'utiliser des embryons à des fins industrielles ou commerciales (art. 511-17, al. 2) ;

– fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des règles prévues (art. 511-19 et art. L. 152-8, *c. santé publ.* pour les règles de fond).

Tous ces agissements encourent 7 ans et 700 000 F.

Cette section appelle deux remarques.

La première est qu'il nous paraît très choquant que les atteintes à l'embryon humain, être humain constitué, ne soient pas considérées comme plus graves que les atteintes aux simples produits du corps humain puisqu'elles sont punies des mêmes peines que les comportements comparables relatifs aux prélèvement d'organes, par exemple.

La seconde est le caractère objectivement dérisoire des qualifications prévues au moins pour certaines de ces atteintes. Qu'on puisse considérer comme un simple délit, au surplus pas des plus graves de la catégorie, le fait de fabriquer des êtres humains pour des usages industriels ou commerciaux ou pour se livrer à des recherches interdites nous paraît être l'indice d'une société ayant perdu, avec la perception exacte de ce qu'est l'Homme, tous ses points de repère moraux.

4) Du point de vue du régime juridique commun à toutes ces infractions, il faut signaler :

– l'incrimination de la tentative pour les infractions relatives aux prélèvements d'organes, de tissus, de gamètes et à l'obtention d'embryons (art. 511-2 à 6, 9 et 15) ;

– la possibilité pour les personnes physiques d'encourir la peine complémentaire d'interdiction pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle a été commise l'infraction ;

– la possibilité de poursuivre les personnes morales avec application de l'ensemble des sanctions dont elles sont passibles (art. 131-38 et 39).

II. – ENVIRONNEMENT

1. *Élimination des déchets*

Le *décret n° 94-609 du 13 juillet 1994* (*JO* du 21 juill. 1994) relatif à l'élimination des déchets d'emballage dont les détenteurs ne sont pas des ménages punit des peines de la contravention de cinquième classe les faits : de mélanger des déchets d'emballage avec d'autres déchets qui ne sont pas valorisables selon la même voie et de les rendre impropres à toute valorisation ; de céder ou de prendre en charge des déchets d'emballage sans passer le contrat spécifique prévu à ce propos.

2. *Dispositions pénales du code minier*

La *loi n° 94-588 du 15 juillet 1994* (*JO* du 16 juill. 1994) modifiant certaines dispositions du code minier reprend le dispositif pénal prévu aux articles 141 et 142 de ce code.

Un délit puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende sanctionne dix comportements et un autre puni d'un an et 100 000 F onze comportements. On comprendra que nous ne traitions pas ici le détail ce qui consisterait à recopier le texte. Nous observons simplement que celui-ci s'inscrit dans une tendance fréquente du législateur technique contemporain à mettre dans le même sac des attitudes dont le degré de gravité, notamment pour les personnes, est sans commune mesure ce qui peut paraître choquant. Quel rapport y a-t-il par exemple entre les faits sanctionnés de la même façon de ne pas avoir régulièrement déclaré, au terme de la validité du titre minier, l'arrêt définitif de tous les travaux et installations (art. 141, 6°) et celui d'enfreindre celles des dispositions qui ont pour but de protéger la sécurité ou l'hygiène du personnel occupé dans les mines, la sécurité et la salubrité publique ou le milieu environnant (art. 141, 7°) ?

3. *Pêche maritime*

Un *décret n° 94-660 du 27 juillet 1994* (*JO* du 3 août 1994) a pour but de modifier le régime des infractions pénales prévues pour le non-respect de l'article 3 du décret-loi du 9 janvier 1852 (L 22 mai 1985) selon lequel « La pêche maritime s'exerce conformément aux règlements de la Communauté économique européenne ». Une contravention de la cinquième classe susceptible de récidive s'applique uniformément à un ensemble de treize comportements relevant de la tenue et de la transmission irréguliers des documents relatifs à la pêche, d'activités réglementées relatives au produit de la pêche et de la non-collaboration au contrôle des activités de pêche.

4. *Pêche fluviale*

Un *décret n° 94-978 du 10 novembre 1994* (*JO* du 13 nov. 1994) modifie certaines dispositions du code rural relatives à la pêche en eau douce.

1) Une contravention de la 3e classe est substituée à une contravention de la 2e classe pour quiconque pêche sans être membre d'une association agréée ou sans avoir acquitté la taxe piscicole ; prétend bénéficier de la dispense de cette taxe sans respecter les conditions posées pour celle-ci ou ne respecte pas les conditions de pêche énumérées par l'article L. 236-4 du code rural (art. R 236-3, 4 et 5 nouveaux du code rural).

2) Le même texte modifie substanciellement les dispositions pénales sanctionnant les manquements à la réglementation de fond de la pêche fluviale (temps, lieux et heures de pêche ; procédés et moyens utilisés ; organisation de concours ; décisions particulières des préfets ; transport de nuit de matériels interdits). Alors que les infractions précédemment prévues couvraient toutes les classes de contraventions, le non-respect des prescriptions posées devient systématiquement une contravention de la troisième classe susceptible d'être élevée à la quatrième classe quand les faits prévus sont commis de nuit sans que cela relève de l'élément constitutif (art. R. 236-54, 59 et 117 nouveaux du code rural).

III. - CONSOMMATION

1. *Produits contenant de l'amiante*

Un *décret n° 94-645 du 26 juillet 1994* (*JO* du 28 juill. 1994) interdit la distribution et l'importation de certaines fibres d'amiante sous forme primaire ou transformée en certains produits et astreint la distribution ou l'importation d'autres fibres à un étiquetage comportant le cas échéant des conseils de sécurité.

Le fait de détenir en vue de la vente, de vendre, d'offrir ou de distribuer à titre gratuit, d'utiliser ou d'importer sous tous régimes douaniers à l'exception du transit des fibres d'amiante interdites constitue une contravention de la cinquième classe susceptible de récidive.

Le fait d'agir de même à propos des fibres pour lesquelles une information doit être donnée sans que celle-ci le soit constitue une contravention de la troisième classe.

2. *Prévention de l'alcoolisme*

Un *décret n° 94-696 du 10 août 1994* (*JO* du 18 août 1994) insère au code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme un article R. 8-2 nouveau qui a pour but de créer une contravention de la cinquième classe consistant à vendre des boissons alcooliques à emporter entre vingt-deux heures et six heures dans un point de vente de carburant. Cette contravention est déclarée susceptible d'être imputée à une personne morale et elle peut donner lieu à rédicive.

3. *Sécurité des produits*

Un *décret n° 94-699 du 10 août 1994* (*JO* du 18 août 1994) fixe les exigences de sécurité relatives aux aires collectives de jeux. Il prévoit une contravention de la cinquième classe susceptible de récidive à l'encontre de deux catégories de personnes. Sont punissables, d'une part, de ceux qui ont importé ou distribué des équipements d'aires collectives de jeux qui ne comportaient pas les mentions exigées (mention « conforme aux normes de sécurité », précision de l'identité du fabricant ou de l'importateur, précision du modèle, avertissements nécessaires à la prévention des risques) ou n'étaient pas accompagnés d'une notice d'emploi, de montage et d'installation comportant l'âge minimal requis des utilisateurs et toutes indications relatives aux risques liés à l'utilisation. Sont punissables, d'autre part, les responsables de la première mise sur le marché qui ne peuvent justifier du respect de la procédure qui a amené à la délivrance de la mention « conforme aux exigences de sécurité ».

IV. – OBSTACLE AU CONTRÔLE EN MER

La *loi n° 94-589 du 15 juillet 1994* (*JO* du 16 juill. 1994) organise les modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de contrôle en mer.

Elle sanctionne le refus d'obtempérer aux injonctions faites par les commandants des bâtiments de l'Etat et les commandants de bord des aéronefs de l'Etat chargés de la surveillance en mer par une disposition à la rédaction curieuse (art. 8). Cet article déclare que le refus d'obtempérer sera puni d'une amende de 1 000 000 F « sans préjudice des poursuites qui pourraient être engagées en application de dispositions pénales ». Il est clair, en effet, que les comportements visés constituent le délit de rebellion simple ou aggravée (art. 433-6 et s., c. pén.) et éventuellement celui d'acte d'intimidation contre les personnes exerçant une fonction publique (art. 433-3, c. pén.). Doit-on alors comprendre que l'amende de 1 000 000 F est une sanction administrative et non la peine d'un délit ? La question est douteuse alors que les alinéas suivants de l'article donnent compétence pour constater les faits aux officiers et agents de police judiciaire et statuent sur la juridiction territorialement compétente pour juger ce « délit ». N'aurait-il pas été, comme d'habitude plus simple de se borner à renvoyer au code pénal quitte à préciser que l'amende pourra être élevée jusqu'à 1 000 000 F ?

V. - SANTÉ PUBLIQUE

Diverses dispositions de la *loi n° 94-630 du 25 juillet 1994* (*JO* du 26 juill. 1994) relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales et le chapitre 3 de la *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* (*JO* du 30 juill. 1994) relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, ont pour but de faire que le code de la santé publique recopie en son sein diverses dispositions du code pénal. De nombreux articles du code de la santé publique sont, en effet, modifiés pour être rédigés de la façon suivante : « Comme il est dit à l'article X du code pénal... ».

On demeure confondu, au fond et en la forme. Au fond la même question revient toujours lancinante : à quoi sert un code pénal si les dispositions de fond croient utiles d'en recopier les termes ? La véritable utilité d'un code pénal, enfin complété, serait, en effet, non pas de doublonner des textes de fond mais au contraire de permettre de les expurger de dispositions pénales qui n'ont rien à y faire. Mais il est vrai que cette méthode révèle aussi l'incongruité de la situation au Livre 2 du code pénal de dispositions relevant de la technique de la santé publique qui devraient, pour disparaître d'une manière satisfaisante du Livre 2, figurer à son Livre 5. En la forme, il est évident que ces recopiages successifs font courir un danger d'erreur qui fera que l'analogie voulue jusqu'à l'absurde risque de se transformer en distorsion comme cela a déjà été signalé dans une précédente chronique (V. cette *Revue,* 1994.778).

VI. - LANGUE FRANÇAISE

La *loi n° 94-665 du 4 août 1994* (*JO* du 5 août 1994) relative à l'emploi de la langue française renvoie à un décret en Conseil d'Etat la définition des infractions qui sanctionneront le non-respect de ses prescriptions. Il s'agira donc de contraventions.

Toutefois son article 17 prévoit à titre correctionnel la sanction de l'entrave à l'activité des officiers et agents compétents pour les constater. Sur le plan technique il a l'avantage, sur d'autres textes, de renvoyer au code pénal. Sur le fond, il présente la double particularité d'une part de faire référence aux peines de l'outrage à agent de la force publique (art. 433-5, al. 2, c. pén.) dont on voit mal le rapport avec les faits dont il s'agit, et, d'autre part, de sanctionner plus sévèrement l'entrave à la constatation que la violation des dispositions substancielles de la loi ce qui n'est guère convaincant.

VII. - PROTECTION SOCIALE

La *loi n° 94-678 du 5 août 1994* (*JO* du 10 août 1994) relative à la protection sociale complémentaire des salariés qui réorganise les institutions de prévoyance crée deux délits nouveaux.

L'article L 931-9 nouveau du code de la sécurité sociale énumère les infractions pénales qui font obstacle aux fonctions d'administrateur et de dirigeant d'une institution de prévoyance. La méconnaissance de cette incapacité est érigée en délit punissable de 3 ans d'emprisonnement et 500 000 F d'amende assortis d'une interdiction obligatoire et définitive d'être employé à quelque titre que ce soit dans l'institution de prévoyance dans laquelle le condamné exerçait des fonctions de direction, de gestion ou dont il était membre du conseil d'administration ou dont il avait la signature et dans les filiales de cette institution qui sont régies par le code des assurances. La méconnaissance de cette nouvelle incapacité est elle-même un délit punissable des mêmes peines que le délit initial (art. L 931-25 et 26 nouv. CSS).

Le non-respect de l'obligation d'obtenir préalablement à toute opération de prévoyance un agrément délivré par le ministre chargé de la sécurité sociale (art. L 931-4, CSS) et la non-soumission aux mesures d'urgence décidées par la Commission de contrôle des institutions (art. L 951-1, CSS) lorsque la situation financière de l'une d'elles est telle que les intérêts des participants sont compromis, sont punis d'une amende de 30 000 F assortie de la publication du jugement aux frais des condamnés ou des institutions ou personnes morales civilement responsables.

La même loi déclare, en outre applicables aux dirigeants des institutions de prévoyance plusieurs des infractions prévues par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (art. 433, 437 2°, 3° et 4°, 439, 455, 458) et par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire (art. 197 à 200, 202, 207, 211 à 214).

VIII. – USURPATION DE TITRE

L'article 45 de la *loi n° 94-679 du 8 août 1994* (*JO* du 10 août 1994) portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, prévoit expressément l'application des articles 433-17 (personnes physiques) et 433-25 (personnes morales) du code pénal à l'exercice illégal de la profession et l'usage abusif des titres d'expert-comptable, comptable agréé et expert-comptable stagiaire autorisé. Ce renvoi est parfaitement inutile, les articles susvisés du code pénal s'appliquant de plein droit à tous les titres et professions qu'il vise sans qu'il soit nécessaire de le rappeler dans les textes d'organisation spécifiques desdits titres et professions.

IX. – POLICE DES ÉTRANGERS

La *loi n° 94-1136 du 27 décembre 1994* (*JO* du 28 déc. 1994) a pour but d'harmoniser les dispositions relatives à l'entrée irrégulière des étrangers en France avec les dispositions du Traité de Schengen créant un espace européen commun de contrôle. A l'infraction unique d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers des étrangers en France (art. 21 Ord. du 2 nov. 1945) la loi nouvelle substitue trois infractions distinctes sanctionnées des mêmes peines et punissant : 1) le fait de toute personne se trouvant en France et qui aura, par aide directe ou indirecte facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France ; 2) le fait de toute personne quelle que soit sa nationalité, qui aura fait de même alors qu'elle se trouvait sur le territoire d'un Etat partie à la Convention de Schengen ; 3) le fait de qui, se trouvant en France aura facilité l'entrée et le séjour irréguliers dans un Etat signataire de la Convention de Schengen.

Dans le dernier cas, la poursuite ne pourra être exercée que sur une dénonciation officielle ou une attestation des autorités compétentes de l'Etat concerné. Dans tous les cas, aucune poursuite ne pourra être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.

X. – USURE

Le dernier *avis fixant les seuils de l'usure* (à compter du 1er janv. 1995) a été publié au *Journal officiel* du 20 décembre 1994.

III. – DROIT PÉNAL DES MINEURS

.....

C. CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire

Pierre COUVRAT

Professeur à la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

L'arrêt *Marie* rendu par le Conseil d'Etat le 17 février 1995 constitue une révolution ou tout au moins une évolution marquante de la jurisprudence vers un contrôle par le juge administratif des sanctions disciplinaires prises en prison à l'encontre des détenus. Et cette décision se trouve confortée par un autre arrêt du même jour, l'affaire *Hardouin,* rendu dans un autre domaine, celui de sanctions disciplinaires prises cette fois à l'égard d'un militaire par le commandant de son unité. Dans les deux espèces, les tribunaux administratifs, conformément à une jurisprudence constante, avaient déclaré irrecevables les demandes en annulation des sanctions prononcées. Le Conseil d'Etat, sur les conclusions communes du Commissaire du gouvernement Frydman, annule le 17 février 1995 les deux jugements en considérant ainsi que dorénavant les juridictions administratives sont aptes à exercer un contrôle. Et à partir de là les deux décisions divergent : la sanction prise par l'autorité pénitentiaire est annulée, la sanction prise par l'autorité militaire est confirmée n'étant pas entachée d'excès de pouvoir. On s'en tiendra bien sûr au seul arrêt *Marie* portant sur le milieu pénitentiaire mais le rapprochement des deux décisions est tout à fait significatif d'un désir de changement radical et global de jurisprudence.

Le 29 juin 1987 – il y a près de huit ans – le directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis inflige à Pascal Marie une sanction de mise en cellule de punition pour une durée de huit jours avec sursis (sur le sursis disciplinaire V. J. Pralus-Dupuy, cette *Revue* 1994.135) pour avoir effectué une réclamation injustifiée à propos du fonctionnement du service médical et plus précisément dentaire de l'établissement. Le tribunal administratif de Versailles le 29 février 1988 déclare irrecevable la demande en annulation pour excès de pouvoir de cette décision et en même temps de celle implicite du Directeur régional des services pénitentiaires rejetant le recours hiérarchique. Mais voilà que le Conseil d'Etat considère que la demande d'annulation devait être recevable car « eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief, susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ». La juridiction administrative peut donc dorénavant être utile-

ment saisie (I). Evoquant l'affaire et statuant sur la demande, le Conseil d'Etat estime ensuite qu'en prenant la décision attaquée le Directeur de la maison d'arrêt « s'est fondé sur des faits qui ne sont pas de nature à justifier une sanction » (II).

I. – LA RECEVABILITÉ DU RECOURS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

On se rappelle que dans la fameuse affaire *Caillol* (V. les commentaires dans cette *Revue* sous le titre « Les compétences juridictionnelles en matière d'exécution de détentions provisoires », 1984.555) le Conseil d'Etat avait clairement réaffirmé sa jurisprudence antérieure en refusant de statuer sur la légalité d'une mesure de placement d'un détenu en « quartier de plus grande sécurité », mesure prise par le directeur d'une maison d'arrêt à l'encontre d'une personne qui était d'ailleurs en détention provisoire. Cette décision était d'autant plus frappante que le Tribunal des conflits le 4 juillet 1983 (*D.* 1983,J.597, note Regourd) avait affirmé auparavant que la mesure prise par le directeur de la prison intéressait le fonctionnement du service administratif pénitentiaire et en avait déduit que le litige relevait bien des juridictions administratives. Pourtant le Conseil d'Etat sans se laisser influencer avait refusé d'apprécier la légalité de la décision en considérant qu'il s'agissait là « d'une mesure d'ordre intérieur non susceptible d'être déférée au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Déjà d'ailleurs à cette époque le Commissaire du gouvernement Genevois avait estimé qu'un placement en quartier de plus grande sécurité n'était pas une mesure d'ordre intérieur et avait conclu vainement, tant pour des raisons juridiques que pour des raisons d'opportunité, au contrôle possible de la légalité ; et bien des auteurs espéraient un recul de la jurisprudence dite des mesures d'ordre intérieur (V. S. Regourd note préc. ; B. Lasserre et J.M. Delarue, *AJDA* 1984.72 ; J. Favard, *Les prisons Dominos,* p. 74 ; consulter aussi B. Jouve, Prison et sanction, *Rev. pénit. dr. pén.,* 1987, p. 121 et s., notamment p. 170 ; et Th. Landais, L'évolution de l'action disciplinaire. Vers un contrôle juridictionnel du prétoire ? cette *Revue,* 1990, p. 269 et s.).

Rien d'étonnant à ce que le tribunal administratif de Versailles dans l'affaire *Marie* se soit plié à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat (sur cette jurisprudence en matière disciplinaire voir B. Bouloc, *Pénologie,* Précis Dalloz, n° 93) et ait ainsi rendu irrecevable la demande d'annulation de la punition de cellule, au motif qu'il s'agissait là d'une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours contentieux. Mais rien d'étonnant non plus à ce que le Commissaire du gouvernement Frydman ait transposé et amplifié – cette fois avec succès – les conclusions déjà avancées plus de dix ans auparavant par le Commissaire du gouvernement Genevois.

Le commissaire du gouvernement dans les affaires *Marie* et *Hardouin* a qualifié la jurisprudence du Conseil d'Etat « d'archaïque » et dit que la motivation était « éminemment elliptique ». L'application de la théorie des mesures d'ordre intérieur n'est pas justifiée – ou n'est plus justifiée – par la nécessité d'un maintien ferme d'un pouvoir de police et d'une discipline forte indispensable au bon fonctionnement, pas plus que par les conséquences plutôt bénignes de la décision sur la situation de celui qui subit la sanction. Il apparaît tout à fait concevable dans ces conditions de restreindre l'application « des mesures d'ordre intérieur » aux décisions sans grande portée et de l'écarter pour les mesures plus préjudiciables, comme le Conseil d'Etat l'a déjà fait pour des décisions prises au sein d'établissements scolaires ou bien dans des établissements pénitentiaires mais hors du champ disciplinaire. Et en l'espèce c'était la sanction la plus grave – même si elle n'était que de huit jours et même si elle était assortie du sursis – qui avait été prononcée ; et la punition de cellule est considérée comme une aggravation substantielle des conditions matérielles de la détention ; elle entraîne surtout

des effets réflexes importants en entravant les possibilités de libération anticipée du condamné (qu'il s'agisse par exemple d'un refus d'une réduction de peine par le juge de l'application des peines ou du rapport d'une décision d'octroi).

Le Conseil d'Etat s'est laissé séduire par cette argumentation. Il cite les articles D 167 et D 169 du code de procédure pénale, qui déterminent le régime de la punition de cellule, en limitent le maximum à 45 jours et en fixent les privations accessoires, telles que celles de cantine et de visites. Il vise également l'article 217 du même code qui autorise le juge de l'application des peines à rapporter les réductions de peine « en cas de mauvaise conduite du condamné ». Le Conseil d'Etat affirme ainsi que la mesure en cause fait grief en raison de sa nature et de sa gravité et par voie de conséquence doit être susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir. Le renversement tant souhaité (V. J.P. Céré, Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises, cette *Revue,* 1994.597) est opéré.

D'autres arguments, dont certains avancés par le commissaire du gouvernement et non retenus spécifiquement dans l'arrêt peuvent être ajoutés à l'appui de ce revirement de jurisprudence : en droit comparé, on constate que la plupart des pays européens ont mis en place un mode de contestation des sanctions prises contre les détenus, parfois limité d'ailleurs aux punitions de cellule disciplinaires (V. P. Darbeda, L'action disciplinaire en détention : un panorama européen, cette *Revue,* 1993.808). Quant aux règles pénitentiaires européennes adoptées le 12 février 1987 elles incitent, dans la division intitulée discipline et punition (art. 35), les Etats à « déterminer par la loi ou par un règlement l'autorité à saisir d'un recours et la procédure à suivre en la matière ». Sans oublier par ailleurs que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en son article 13 dispose que « toute personne, dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». Le seul recours hiérarchique actuellement organisé ne satisfait pas aux exigences de la jurisprudence européenne (V. en ce sens J.P. Céré, art. préc., p. 607 ; Martine Herzog-Evans, *La gestion du comportement du détenu,* thèse Poitiers, 1994, p. 626 et s. ; *La condition juridique du détenu,* Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 13, Cujas).

II. - L'APPRÉCIATION DE LA SANCTION

Le Conseil d'Etat, après avoir admis la recevabilité du recours, use de son pouvoir d'évocation et en l'espèce annule la sanction prononcée. On sait qu'il était reproché à Pascal Marie d'avoir adressé une lettre au chef du Service de l'Inspection générale des affaires sociales dans laquelle il se plaignait du fonctionnement du service social de la maison d'arrêt, et c'est cette lettre qui constituait selon le directeur de l'établissement une réclamation injustifiée. Or, selon l'article D 262 du code de procédure pénale, « les détenus peuvent à tout moment adresser des lettres aux autorités administratives et judiciaires françaises », mais ceux « qui mettraient à profit la faculté qui leur est ainsi accordée soit pour formuler des outrages, des menaces ou des imputations calomnieuses, soit pour multiplier des réclamations injustifiées ayant déjà fait l'objet d'une décision de rejet, encourent une sanction disciplinaire ». Même si la réclamation adressée à une autorité extérieure peut être considérée à la rigueur comme une réclamation injustifiée, il apparaît bien que ce sont « des » réclamations injustifiées qui sont exigées, des réclamations « multipliées » et « ayant fait l'objet de décisions de rejet », autant d'exigences n'existant pas en l'espèce. Quant à d'éventuelles imputations calomnieuses elles ne sont pas prouvées dans « la » lettre et n'ont été invoquées que tardivement par le ministre de la Justice sans figurer dans les motifs de la décision de sanction. Le Conseil d'Etat estime donc que le directeur de la maison d'arrêt s'est fondé sur des faits qui ne sont pas de nature à justifier « une » sanction. On notera

au passage que, si la sanction est annulée, aucune autre sanction ne pouvait non plus être prononcée. C'est en tout cas le message que souhaite transmettre la haute juridiction.

Pour l'appréciation de la sanction, l'analyse de l'arrêt *Hardouin* rendu le même jour, en comparaison, présente un intérêt majeur car la sanction prise par l'autorité militaire a, au contraire, été maintenue.

L'enjeu dans cette affaire était une punition de dix jours d'arrêt infligée à un militaire pour faits d'ivresse non établis par analyse sanguine mais constatés par l'officier de garde, le subordonné ayant refusé de se soumettre à l'alcootest. Le Conseil d'Etat estime que la décision du ministre de la Défense rejetant le recours contre la punition n'est pas entachée d'excès de pouvoir.

C'est donc bien en la matière à un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation auquel se livre le Conseil d'Etat, une décision prise par une autorité pénitentiaire pouvant bien sûr subir le même sort que celle rendue ici par l'autorité militaire. La notion de disproportion manifeste mise en évidence par la haute juridiction (CE 9 juin 1978, *Rec.*, p. 245 et *D.* 1979,J.30, note B. Pacteau) à propos de la mise à la retraite d'office d'un instituteur, décidée par un recteur d'académie, est donc transposée aux sanctions disciplinaires prises en milieu pénitentiaire. Le juge administratif a le pouvoir de contrôler la sanction en examinant s'il y a eu ou non erreur manifeste d'appréciation. Autrement dit, au-delà de la gravité de la sanction qui dicte de la compétence du juge administratif, ce dernier vérifie aussi la gravité de l'infraction correspondante. C'est un pas important qui vient d'être franchi. Comme on l'a dit (M. Herzog-Evans, thèse précitée, p. 628), le droit pénitentiaire peut ainsi devenir une branche du droit vivante.

Quelques questions restent à résoudre.

La première concerne la portée de la décision. Vaut-elle pour toutes sanctions disciplinaires ? La réponse semble devoir être négative. La recevabilité de la demande, nous dit-on, est liée à la nature et à la gravité de la mesure. Sans qu'il soit impossible de voir dans d'autres sanctions disciplinaires prises en milieu pénitentiaire des mesures suffisamment graves, pour l'heure l'arrêt ne vaut que pour la mise en cellule de punition, seule à être expressément visée en tant que décision faisant grief.

La seconde est relative aux conditions mêmes de l'appréciation de la sanction. Ne convient-il pas, compte tenu du flou existant tant dans la détermination des qualifications infractionnelles disciplinaires que dans le régime des sanctions et surtout de la correspondance entre les deux termes, de mettre un peu d'ordre au service de cette proportionnalité dorénavant exigée par les juridictions administratives ? La voie est, il est vrai, tracée, car avant même cette nouvelle jurisprudence un projet de décret de réforme de la procédure disciplinaire a été récemment élaboré au ministère de la Justice. Selon ce projet, les infractions disciplinaires clairement envisagées et énumérées seraient divisées en trois degrés, l'organe disciplinaire serait une commission de discipline et les sanctions – dont certaines seraient nouvelles comme le confinement en cellule individuelle ordinaire – pourraient être prononcées non seulement à titre principal mais pour certaines d'entre elles à titre complémentaire voire alternatif. Cette clarification s'avère en effet nécessaire. Il conviendra bien sûr dans ce projet de prendre en compte, outre un recours hiérarchique mieux structuré, le recours juridictionnel admis par la jurisprudence.

Enfin pour l'avenir on peut s'interroger sur l'opportunité de transférer un jour aux autorités judiciaires les recours contentieux aujourd'hui pris en charge par les juridictions administratives. Naturellement, en l'état actuel, elles sont incompétentes (Crim., 20 déc. 1990, *Dr. pénal*, 1991, n° 131, qui croit à la compétence des tribunaux administratifs) mais cette porte est laissée ouverte par le Commissaire du gouvernement Frydman dans la présente affaire. Peut-être une prochaine étape. C'est une autre histoire qui commence. Mais tous les espoirs sont permis.

D. CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. Droits de l'homme

Florence MASSIAS

Maître de conférences à l'Université de Paris-X-Nanterre

En 1994, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu 50 arrêts dont 24 intéressent la matière pénale.

Dans une précédente chronique [1], le professeur Koering-Joulin s'inquiétait du caractère aléatoire des décisions rendues, dû en grande partie au hasard de la composition des chambres. Cette année, seules deux décisions, intéressant des domaines sensibles, ont été rendues par une grande chambre constituée conformément à l'article 51 du règlement de la Cour. Or plusieurs affaires auraient mérité l'examen d'une formation élargie de la Cour, la majorité de la Cour l'emportant de justesse, parfois contre l'avis, même unanime, de la Commission. Il semble que la Cour s'éloigne parfois de la démarche logique qu'elle a empruntée jusqu'à maintenant en posant les principes intéressant les garanties de procédure et les voies de recours comme ceux concernant les garanties de fond.

I. – GARANTIES DE PROCÉDURE ET VOIES DE RECOURS

Article 5

La Cour n'a constaté de violation dans aucune des trois affaires mettant en cause l'article 5.

5, § 1

Les exigences de l'article 5 § 1 ont fait l'objet d'approches divergentes de la Cour et de la Commission dans les affaires *Murray* [2] et *Kemmache* [3].

L'arrêt *Murray,* rendu par une grande chambre de la Cour, concerne l'arrestation et la détention d'une personne soupçonnée d'infractions liées au terrorisme, en vertu de la loi de 1978 sur l'État d'urgence en Irlande du Nord. La Cour a d'abord affirmé suivre la démarche générale qu'elle avait adoptée dans les affaires *Brogan* et *Fox, Camp-*

1. Cf. chronique internationale, cette *Revue,* 1994, p. 362.
2. *Murray c/ Royaume-Uni,* 28 oct. 1994. Sur cet arrêt, V. L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue,* 1995, p. 141 et s.
3. *Kemmache n° 3 c/ France,* 24 nov. 1994. Sur cet arrêt, V. L.E. Pettiti, préc. n. 2.

bell et *Hartley* [4] pour conclure à la non-violation de toutes les dispositions invoquées. Sur la notion de « soupçons plausibles », on ne peut qu'admettre, avec la Cour et dans la ligne de sa jurisprudence *Klass* [5], que l'utilisation d'informations confidentielles est primordiale pour lutter contre le terrorisme et que la poursuite des infractions terroristes a des exigences spéciales. Cependant, les liens unissant Mme Murray à ses frères déjà condamnés du chef d'achat d'armes pour l'IRA provisoire peuvent-ils suffire pour faire naître des soupçons plausibles à l'encontre de la requérante ? Il s'agit en effet du seul élément objectif avancé par les autorités internes et retenu par la Cour pour caractériser les « soupçons plausibles » exigés par l'article 5, paragraphe 1 pour justifier une arrestation. En effet, c'est ensuite par une pure spéculation que la visite rendue par Mme Murray à ses frères aux Etats-Unis et la nécessaire collaboration d'un tiers de confiance en Irlande du Nord pouvaient faire naître des soupçons. Dès lors, leur plausibilité était pour le moins discutable. On comprend que la Cour souhaite d'une part et opportunément laisser une marge de manœuvre aux Etats en ce domaine et d'autre part maintenir une distinction entre les « soupçons plausibles » de l'article 5, paragraphe 1 et le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale » de l'article 6, pour une interprétation cohérente de ces deux textes. Mais on ne saurait pour autant, comme le dit la Cour elle-même, donner « carte blanche » aux autorités d'enquête. Or, admettre qu'au nom de la lutte anti-terroriste il soit possible de soupçonner, et de façon plausible, des personnes uniquement parce que des membres de leur famille sont impliqués, ouvre la porte à l'arbitraire dont doit aussi se protéger une société démocratique. La décision de la Cour suscite des interrogations quant au respect de la prééminence du droit, quant à la définition des comportements infractionnels et quant au respect de l'article 8 de la CESDH qui garantit le droit au respect de la vie familiale. Ce sont ces derniers arguments qui ont prévalu pour une très large majorité de la Commission et une minorité de quatre juges de la Cour.

M. Kemmache contestait la légalité et la régularité de son maintien en détention après le renvoi de son affaire par la cour d'assises des Alpes-Maritimes à une session ultérieure. Pour la Cour, dès lors que le maintien en détention de M. Kemmache était conforme au code de procédure pénale français et à son interprétation jurisprudentielle, textes et interprétations eux-mêmes conformes à la Convention, la privation de liberté avait bien respecté les « voies légales ». Quant à la régularité de la détention, les autorités françaises pouvaient-elles valablement invoquer un risque de fuite ou de pressions sur les témoins et le fait que la caution fixée pour bénéficier d'un contrôle judiciaire n'avait pas été payée ? Ici comme dans l'affaire *Murray,* la Cour s'éloigne de la Commission. Cette dernière, comme le rapporte le juge Walsch dans une opinion dissidente, a estimé qu'aucune preuve objective n'était venue étayer le risque de fuite ou de pressions ; les conditions du contrôle judiciaire ont paru déraisonnables et prohibitives à la Commission. C'est en refusant de remettre en cause l'appréciation du juge national que la Cour a pu conclure à la régularité de la détention de M. Kemmache.

5, § 2

Dans le droit fil de sa jurisprudence [6], la Cour a admis que c'était bien pour être conduite devant une autorité judiciaire compétente que Mme Murray fut arrêtée, même si cet objectif ne fut pas réalisé en l'espèce. Mais l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 5 suscite par ailleurs, elle aussi, des réserves. La Cour restreint considérablement sa portée protectrice : elle se borne à indiquer : « Mme Murray a dû se rendre compte qu'on l'interrogeait au sujet de son éventuelle participation (à l'infraction

4. *Brogan et autres c/ Royaume-Uni,* 29 nov. 1988 et *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni,* 30 août 1990.
5. *Klass c/ RFA,* 6 sept. 1978.
6. *Brogan et autres,* préc. n. 4.

commise par ses frères) », dès lors, pour la Cour, l'on a suffisamment indiqué à Mme Murray pendant son interrogatoire les motifs de son arrestation. Comme le fait observer le juge Bonnici dans une opinion dissidente, il ne faudrait pas transformer un devoir imposé à l'Etat en obligation pour la personne arrêtée de se livrer à un exercice logique d'inférences ou de déductions, sauf à inscrire la garantie de l'article 6 dans le cadre du *Procès* de Kafka.

5, § 4

L'affaire *Wynne* [7] intéresse l'autre extrémité du processus pénal, la phase de l'exécution de la peine. M. Wynne purgeait une peine d'emprisonnement perpétuel obligatoire pour assassinat. Il bénéficia d'une libération conditionnelle. A la suite d'un nouvel assassinat, celle-ci fut révoquée. En outre, une peine perpétuelle discrétionnaire fut prononcée en raison de l'extrême dangerosité du requérant. Selon celui-ci, son maintien en détention pour dangerosité en vertu de la peine discrétionnaire devait pouvoir être soumis à un contrôle de légalité par un tribunal, conformément à l'article 5, paragraphe 4 de la Convention. La Cour estime, comme le gouvernement et la Commission, que cette peine discrétionnaire n'a fait que fournir une base légale supplémentaire à la détention. En effet, la révocation de la libération conditionnelle réactivait la validité de la détention au titre de la sanction pénale initialement prononcée. La Cour avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur le système anglais qui permet la coexistence d'une mesure de sécurité et d'une sanction pénale [8]. Aussi, s'agissant du contrôle de la légalité de la détention sur la base de la peine perpétuelle obligatoire (sanction pénale), la Cour n'aperçoit aucune raison impérieuse de s'écarter du constat de son arrêt *Thynne, Wilson* et *Gunnell* : dès lors que l'article 5, paragraphe 4 a été respecté lors de la première incarcération, la réincarcération après révocation de la libération conditionnelle n'ouvre aucun droit nouveau à ce titre. S'agissant du contrôle de la légalité de la détention sur la base de la peine perpétuelle discrétionnaire, la Cour suit sa jurisprudence *Fox, Campbell* et *Hartley* [9], pour estimer ce contrôle sans objet dès lors de la privation de liberté du requérant trouvait déjà son fondement dans la sanction pénale. Pour la Cour, les exigences de l'article 5, § 4 ont été respectées.

5, § 5

La Cour ayant conclu dans l'affaire *Murray* au respect des paragraphes 1 et 2 de l'article 5, la question du respect du paragraphe 5 ne se posait plus.

Article 6
Applicabilité

L'interprétation de la notion de « matière pénale » a connu en 1994 des développements importants. La Cour a eu à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 6 dans trois affaires.

Avec l'arrêt *Ravnsborg* [10], la Cour pourrait remettre en cause la cohérence du raisonnement qu'elle a suivi jusqu'à maintenant sur cette question. En effet, reprenant les trois critères qui lui permettent de décider de l'existence d'une accusation en matière

7. *Wynne c/ Royaume-Uni,* 18 juill. 1994. Sur cet arrêt V. L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue,* 1994, p. 794 et s.
8. *Thynne, Wilson et Gunnell c/ Royaume-Uni,* 25 oct. 1990.
9. *Fox, Campbell et Hartley,* préc. n. 4.
10. *Ravnsborg c/ Suède,* 23 mars 1994. Sur cet arrêt, V. L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue,* 1994, p. 794 et s.

pénale, la Cour ne les pondère pas comme à l'accoutumée. D'abord, pour la qualification de droit interne, les infractions au bon ordre des instances judiciaires présentent, comme le dit la Cour, certains éléments qui « pourraient passer pour révélateurs d'une qualification pénale en droit suédois » (§ 33). Ensuite, le deuxième critère, la nature de l'infraction, semble avoir prévalu pour la Cour. En premier lieu, parce que la Cour accorde une importance déterminante à la nécessité pour les juridictions internes d'assurer le déroulement correct et discipliné des procédures dont elles ont la charge : « les mesures ordonnées de la sorte par les tribunaux se rapprochent plus de l'exercice de prérogatives disciplinaires que de l'imposition de peines du chef d'infractions pénales » (§ 34). C'est sur ce seul élément que la Cour conclura à la nature disciplinaire de l'infraction.

En second lieu, parce que la nature de l'infraction semble avoir prédéterminé l'examen du troisième critère, la nature et le degré de sévérité de la sanction. Que la peine prononcée fût le maximum de la peine encourue, soit une amende non négligeable de 1 000 couronnes, que cette amende puisse se convertir en emprisonnement n'a pas empêché la Cour de dire que l'enjeu n'était pas assez important pour offrir au requérant la garantie de l'article 6. Sans doute faut-il comprendre, pas assez important pour contrebalancer les nécessités de droit interne. Cette appréciation semble alors remettre en cause la logique guidant l'interprétation de la Cour quand elle définit la matière pénale et fait entrevoir le risque d'un contrôle fondé sur un plus petit dénominateur commun.

Dans l'affaire *Raimondo* [11], le requérant se plaignait de la durée d'une procédure relative à un recours contre des mesures de confiscation et de surveillance spéciale. Ces mesures de prévention, prévues par une loi de 1956 et une loi de 1965, visent « les personnes dangereuses pour la sécurité et pour la moralité publique », notamment les personnes dont des indices révèlent l'appartenance à des groupes maffieux. La Cour européenne avait déjà eu à connaître de l'application de cette législation dans l'affaire *Guzzardi* [12]. La mesure de confiscation fut prononcée au cours d'une procédure menée contre le requérant du chef d'association de malfaiteurs. La mesure de surveillance lui fut appliquée le jour de sa relaxe au bénéfice du doute. La Cour a admis que l'article 6 s'appliquait aux mesures de saisie dans sa branche civile. En revanche, la procédure relative à la surveillance spéciale ne portait pas selon la Cour sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale : « la surveillance spéciale ne saurait se comparer à une peine car elle vise à empêcher l'accomplissement d'actes criminels » (§ 43). La Cour confirme ici sa jurisprudence *Guzzardi*.

Avec l'arrêt *Bendenoun* [13], la Cour a estimé qu'une procédure suivie devant des juridictions administratives et relative à des majorations d'impôts devait s'entourer des garanties de l'article 6. La Cour a d'abord égard à la qualification de l'infraction en droit interne et aux arguments du gouvernement français. Mais en ce qui concerne la nature de l'infraction, la Cour remarque que celle-ci vise « tous les citoyens en leur qualité de contribuables, et non un groupe déterminé doté d'un statut particulier » (§ 47). S'agissant de la nature et du degré de sévérité de la sanction, la Cour retient que le but des majorations d'impôts est à la fois répressif et dissuasif ; que leur montant était d'une ampleur considérable et que le non-paiement exposait le requérant à une contrainte par corps. « Ayant évalué le poids respectif des divers aspects, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale » (§ 47). La Cour estime qu'aucun élément n'est décisif à lui seul, mais qu'« additionnés et combinés » ils confè-

11. *Raimondo c/ Italie*, 22 févr. 1994. Sur cet arrêt, V. L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue*, p. 612 et s.

12. *Guzzardi c/ Italie*, 6 nov. 1980.

13. *Bendenoun c/ France*, 24 févr. 1994. Sur cet arrêt, V. L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue*, 1994, p. 612 et s.

raient à l'accusation litigieuse un « caractère pénal » au sens de l'article 6. La Cour a ainsi pu examiner le respect de l'égalité des armes au titre de l'article 6, paragraphe 1.

Application
6 § 1

– L'égalité des armes

Elément de l'équité du procès, l'égalité des armes a été mise en cause dans deux affaires françaises, *Bendenoun* et *Hentrich* [14].

M. Bendenoun dénonçait une atteinte au principe du contradictoire du fait de la non-délivrance d'une copie d'un élément d'un dossier douanier le concernant, malgré maintes réclamations à l'administration des impôts et au tribunal administratif de Strasbourg. Cette non-communication l'aurait empêché de déceler des éléments à décharge, et en particulier de faire entendre et interroger l'informateur anonyme à l'origine des poursuites. La Cour constate d'abord que ce n'est pas sur les pièces litigieuses que les autorités fiscales se sont fondées pour voir établie la culpabilité de M. Bendenoun. Ensuite, la Cour remarque que le dossier demandé était « assez volumineux ». Il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette observation pour justifier le refus des autorités françaises. Enfin, c'est au requérant que la Cour va reprocher une carence : celle d'une motivation spécifique. La Cour a dès lors conclu à l'unanimité et à l'inverse de la Commission à la non-violation de l'article 6, paragraphe 1.

– Le délai raisonnable [15]

La méthode adoptée par la Cour pour décider de la compatibilité d'un délai de procédure avec l'article 6 de la Convention est maintenant bien connue. Son appréciation se fonde sur deux éléments : la nature de l'affaire avec l'évaluation des enjeux pour le requérant et de sa complexité ; la responsabilité du requérant comme des autorités internes au regard de leur comportement durant la procédure. Il semble pourtant qu'une bonne prévisibilité des décisions ne puisse être assurée en ce domaine, comme en témoigne l'arrêt *Vendittelli* [16]. C'est avec une très faible majorité et à l'inverse de l'unanimité de la Commission que la Cour a estimé que la procédure dirigée contre M. Vendittelli pour contravention aux règles d'urbanisme s'était déroulée dans un délai raisonnable au sens de l'article 6, paragraphe 1. S'agissant, de l'aveu de la Cour, d'une affaire simple, il était difficile de justifier un délai de quatre ans cinq mois et dix jours. La Cour a d'abord relevé une part de responsabilité à la charge du requérant : un retard de six mois lui serait imputable du fait de deux demandes, cependant légitimes, de renvoi. La Cour note ici que ce retard fut finalement profitable au requérant ; il lui permit de bénéficier d'un décret d'amnistie. Quant au comportement des autorités, la Cour n'aperçoit aucun élément permettant de leur reprocher un retard préjudiciable au requérant : onze mois et quinze jours pour notifier une décision n'est pas déraisonnable, dès lors que le requérant a assisté au prononcé de celle-ci. Le défaut de signification de l'arrêt de la cour d'appel n'a eu aucune incidence sur la durée parce qu'il s'agissait seulement de prendre acte du décret d'amnistie. La Cour relève en outre ici une erreur dans l'appréciation des faits par la Commission, quant au

14. *Bendenoun,* préc. n. 13. *Hentrich c/ France,* 22 sept. 1994 (mais examen au titre de la branche civile de l'art. 6). L'article 6 était encore invoqué dans l'affaire *Scherer c/ Suisse* qui a donné lieu à un arrêt de radiation du rôle en date du 25 mars 1994.

15. Cf. également *Scherer* préc. n. 14. Il faut signaler ici trois arrêts concernant des manquements de la France aux exigences de l'article 6 pour dépassement du délai raisonnable, mais en « matière civile », dans des procédures en réparation intentées par des hémophiles contaminés par le virus du SIDA : *Vallée,* 26 avr. 1994 ; *Karakaya,* 26 août 1994 ; *Demai,* 28 oct. 1994 (règl. amiable).

16. *Vendittelli c/ Italie,* 18 juill. 1994.

dépôt de l'arrêt de la cour d'appel ; celui-ci a eu lieu le jour même de son prononcé et non cinq mois après. Si la durée globale du procès n'a pas paru excessive à la Cour, c'est peut-être qu'elle n'a pas suffisamment pris en compte les enjeux de la procédure pour le requérant [17]. Or, c'est précisément sur ce point que quatre juges se sont séparés de la majorité de la Cour : « Pendant la procédure dont il s'agit, les autorités publiques ont interdit au requérant l'accès à son domicile, situation qui aurait dû donner aux autorités de poursuite et de jugement davantage encore le souci de la diligence. » Estimant cette circonstance comme la plus importante à prendre en compte, ces quatre juges ont retenu un manquement à l'article 6, mais aussi à l'article 1 du Protocole 1 combiné à l'article 6 [18].

– Tribunal impartial

Le droit d'être jugé par un tribunal impartial a été invoqué dans l'affaire *Saraïva de Carvalho* [19]. Ce dernier fut condamné à quinze ans d'emprisonnement militaire du chef de création et de direction d'une organisation terroriste. La juridiction était présidée par un juge qui avait auparavant rendu le *despacho de pronuncia*. L'appréciation subjective n'a pas posé de problèmes en l'espèce, le requérant ne mettait pas en doute l'impartialité personnelle du juge. Quant à l'aspect objectif, la Cour admet que la décision intermédiaire du juge n'équivalait pas à un renvoi en jugement. Il s'agissait simplement de déterminer « si de prime abord le dossier, dont les réquisitions du ministère public, contenait un commencement de preuve suffisant pour que l'on pût imposer à un individu le fardeau d'un procès ». Il ne s'agissait donc ni d'un acte d'instruction, ni d'une accusation. Même si le juge avait eu à cette occasion une connaissance approfondie du dossier, celle-ci n'impliquait aucun préjugement. Mais surtout la Cour procède à la distinction dont elle est coutumière, entre « indices suffisants », comme ceux qui en l'espèce ont suffi à rendre la décision et « soupçons particulièrement renforcés », qui peuvent faire douter de l'impartialité du juge. Pour la Cour, aucun élément de la décision de *despacho* ne pouvait passer pour un constat de culpabilité. Enfin, la Cour rappelle que le seul fait de maintenir un « accusé » en détention provisoire ne peut faire douter de l'impartialité du juge, tant qu'il suffit d'un examen sommaire de l'affaire pour la justifier [20]. La Cour a donc dit à l'unanimité qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 6, paragraphe 1.

L'impartialité, donc l'absence de préjugé et de parti-pris se distingue de la présomption d'innocence en ce que la première s'impose au juge, la seconde au juge, aux autorités policières et aussi au législateur [21].

6, § 2. Présomption d'innocence

Dans les deux affaires où était alléguée une violation de la présomption d'innocence, la Cour ne s'est pas prononcée. Pour l'affaire *Lala* [22], elle a dit n'y avoir lieu à examen. Avec l'affaire *Hentrich* [23], elle a estimé la garantie inapplicable, parce que la mise en œuvre de la mesure de préemption fiscale contestée n'équivalait pas à une déclaration de culpabilité.

17. Sur ces éléments, cf. not. *Abdoella c/ Pays-Bas,* 25 nov. 1992.
18. Juges Walsh, Spielmann, Palm et Loizou.
19. *Saraïva de Carvalho c/ Portugal,* 22 avr. 1994. Sur cet arrêt, V. L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue,* 1994, p. 794 et s.
20. V. not. *Sainte-Marie c/ France,* 16 déc. 1992.
21. *Salabiaku c/ France,* 7 oct. 1988 ; sur le respect de la présomption d'innocence par les autorités policières cf. plus récemment : *Allenet de Ribemont c/ France,* 10 févr. 1995.
22. *Lala c/ Pays-Bas,* 22 sept. 1994.
23. *Hentrich,* préc. n. 14.

6, § 3 c

Ce sont les dispositions de l'article 6, paragraphe 3 c qui ont donné lieu à la jurisprudence la plus abondante sur le terrain de l'article 6.

C'est conformément à une jurisprudence constante [24] que la Cour n'a vu aucune violation de ce chef dans l'arrêt *Tripodi* [25]. L'absence du défenseur de l'accusé à l'audience devant la Cour de cassation qui ne se prononce que sur des points de droit, à l'issue d'une procédure essentiellement écrite, n'est pas contraire à l'article 6, paragraphe 3 c. Cependant la Commission avait conclu à l'inverse et deux juges de la Cour estiment qu'un empêchement légitime, pour raisons de santé, de l'avocat de la requérante, n'aurait pas dû permettre de restreindre les droits de la défense de celle-ci [26].

C'est en revanche une violation qui a été constatée avec les arrêts *Lala* et *Pelladoah* [27] dans les deux affaires, une cour d'appel avait refusé d'autoriser le conseil de l'accusé à assurer la défense de celui-ci en son absence. M. Lala ne s'était pas présenté parce qu'il était redevable d'une amende prononcée à l'issue d'une procédure antérieure, il redoutait d'être arrêté. M. Pelladoah, lui, avait été expulsé des Pays-Bas au cours d'une procédure concernant un trafic d'héroïne, il était donc dans l'impossibilité de comparaître.

Pour bénéficier de la garantie de l'article 6, paragraphe 3 c, l'accusé doit-il être présent à son procès ? La question se posait dans les deux affaires.

L'arrêt *Poitrimol c/ France* [28] avait déjà rappelé qu'un accusé ne perd pas le bénéfice du droit à une défense effective par un avocat du seul fait de son absence aux débats [29]. M. Poitrimol, comme M. Lala, avait été régulièrement convoqué et n'avait fourni aucune excuse valable pour s'abstenir de venir à l'audience. La cour avait alors souligné que la comparution d'un prévenu revêtait « une importance capitale » et que les abstentions injustifiées devaient pouvoir être découragées. Cependant, la cour notait aussi que, dans les circonstances de l'espèce, se servir de la suppression du droit de l'article 6, paragraphe 3 c pour assurer la comparution de l'accusé se révélait disproportionné. Dans les affaires *Lala* et *Pelladoah*, la Cour ne se réfère pas expressément à la notion de disproportion, mais elle observe que si la comparution du prévenu est d'une « importance capitale », une défense adéquate est d'une « importance cruciale » et c'est ce dernier intérêt qui prévaut. La cour n'apprécie donc pas ici la proportionnalité comme l'adéquation d'un moyen à un but (la suppression du droit pour assurer la comparution), elle se contente de peser deux intérêts concurrents.

Les affaires *Maxwell* et *Boner* [30] mettent en cause un refus d'aide judiciaire qui a privé les requérants d'un défenseur pour les représenter à une audience d'appel contre une condamnation à des peines d'emprisonnement. La cour va reprendre ici les critères qu'elle avait déjà retenus dans des affaires similaires [31] : la complexité de l'affaire et les enjeux pour le requérant. Elle fera prévaloir ce dernier élément. En effet, comme le note la Cour, les questions juridiques n'étaient pas spécialement complexes. Cependant, la Cour estime que les requérants n'étaient pas en mesure de se défendre seuls efficacement. Quant aux enjeux, la cour mentionne les larges pouvoirs de la cour d'appel pour statuer sur le recours, le caractère définitif de sa décision et surtout la

24. *Andersson c/ Suède*, 29 oct. 1991. *Kamasinski c/ Autriche*, 19 déc. 1989.
25. *Tripoli c/ Italie*, 22 févr. 1994. Sur cet arrêt, voir L.E. Pettiti, chronique internationale, cette *Revue*, 1994, p. 612 et s.
26. Juge Ryssdal, président et juge De Meyer.
27. *Lala*, préc. n. 22 et *Pelladoah c/ Pays-Bas*, 22 sept. 1994.
28. *Poitrimol c/ France*, 23 nov. 1993.
29. *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, 28 juin 1984.
30. *Maxwell c/ Royaume-Uni* et *Boner c/ Royaume-Uni*, 28 oct. 1994.
31. *Quaranta c/ Suisse*, 24 mai 1991. *Pham Hoang c/ France*, 25 sept. 1992.

sévérité de la peine d'emprisonnement (cinq ans pour M. Maxwell, huit pour M. Boner). Aussi, c'est à l'unanimité que la Cour a dit qu'il y avait violation de l'article 6, paragraphe 3 c. Enfin, une dernière affaire intéresse cette disposition. La Cour a admis avec l'arrêt *Stanford*[32] que des problèmes acoustiques dans la salle d'audience ayant empêché l'accusé, placé derrière un écran en verre, d'entendre une partie des dépositions pouvaient intéresser l'article 6, paragraphe 3 c, mais aussi paragraphe 3 d et paragraphe 3 e. En l'espèce, l'accusé n'avait pas informé le premier juge de ses difficultés d'audition ; il était représenté par un *solicitor* et un conseil qui eux purent suivre sans peine les débats et assurèrent effectivement sa défense. Au vu de ces éléments, la Cour européenne a considéré qu'on ne pouvait reprocher aucun manquement à la cour d'appel et c'est à l'unanimité qu'elle a conclu à la non-violation de l'article 6.

Article 13

La Cour a dit n'y avoir lieu d'examiner les allégations des requérants quant à l'article 13, dans les arrêts *Hentrich* et *Murray*[33]. Non-lieu à examen parce que les deux affaires mettaient en cause des textes aux exigences plus précises quant aux voies de recours. Dans l'affaire *Hentrich,* la Cour avait déjà constaté une violation de l'article 6, paragraphe 1 pour les mêmes faits. Dans l'affaire *Murray,* la requérante n'avait formulé aucun grief sur le terrain de l'article 5, paragraphe 4, dont les exigences, comme celles de l'article 6, paragraphe 1, sont plus strictes que celles de l'article 13.

En revanche une violation de l'article 13 combiné avec l'article 10 a été constatée dans l'affaire *Vereinigung Demokrastischer Soldaten Osterreichs et Gubi*[34]. Le gouvernement n'a pas pu établir l'effectivité des voies de recours qui selon lui s'offrait à l'association éditrice de l'*Igel,* première requérante. Quant au second requérant, l'appelé Gubi, la Cour a estimé qu'il avait bénéficié d'un recours effectif : la Cour constitutionnelle peut connaître des griefs tirés d'une violation du droit à la liberté d'expression des militaires, même si, en l'espèce, elle n'a pas examiné la plainte de M. Gubi. Selon la Cour, au titre de l'efficacité, l'article 13 n'exige pas la certitude d'un résultat favorable.

II. – GARANTIES DE FOND

Article 8

L'affaire *Murray* a donné lieu au seul arrêt intéressant l'article 8[35]. Mme Murray, soupçonnée d'activités terroristes, avait fait l'objet d'une arrestation et d'une détention en Irlande du Nord, nous l'avons vu. Le jour de son arrestation, des membres de l'armée pénétrèrent dans son domicile, sommèrent son mari et ses enfants de se réunir dans une pièce et prirent des notes. Puis, Mme Murray, conduite dans un centre militaire d'interrogatoire, fut photographiée à son insu. C'est l'ensemble de ces faits qui étaient contestés par la requérante et sa famille au regard de l'article 8. Le constat de non-violation de l'article 5 détermine en grande part la décision de la Cour quant à l'article 8. Pour la Cour, l'ensemble de ces mesures était bien prévu par la loi, même la photographie qui, dépourvue de base législative, était régulière au regard de la Common Law. Ces mesures étaient en outre, selon la Cour, nécessaires dans une

32. *Stanford c/ Royaume-Uni,* 23 févr. 1994.
33. *Hentrich,* préc. n. 14 et *Murray,* préc. n. 2.
34. *Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs et Gubi c/ Autriche,* 19 déc. 1994.
35. *Murray,* préc. n. 2. Cf. également arrêt de radiation *Scherer,* préc. n. 14.

société démocratique. La Cour rappelle ici sa jurisprudence *Klass* [36] pour faire jouer le principe de proportionnalité. Dans la mesure où existaient bien des « soupçons plausibles » au sens de l'article 5, à l'encontre de Mme Murray et au regard « des conditions de tension extrême » de pareille arrestation en Irlande du Nord, les moyens employés par les autorités n'ont pas paru disproportionnés. De même, la consignation et la conservation de données personnelles sur la famille Murray ont paru pertinentes et proportionnées. Le respect des exigences de l'article 5 a donc directement conditionné, pour la Cour, le constat de non-violation de l'article 8. Est-ce à dire que : qui peut le plus peut le moins ?

Article 10.

L'article 10 est le texte qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante pour 1994. Cinq arrêts ont été rendus par la Cour [37].

Les arrêts *Casado Coca* et *Jacubowski* [38] s'inscrivent dans la ligne de la jurisprudence de la Cour en matière de publicité et de concurrence déloyale [39]

M. Casado Coca contestait un avertissement écrit pris à son encontre dans le cadre de poursuites disciplinaires engagées par le Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Barcelone, pour infraction à l'interdiction de publicité professionnelle. La Cour avait déjà eu l'occasion d'affirmer que des informations à caractère commercial bénéficiaient des garanties de l'article 10 [40]. De même, c'est conformément à une jurisprudence bien établie [41] que la Cour précise que l'ingérence est bien le fait d'une autorité publique. Pour la Cour, il n'a pas fait de doute que l'avertissement était prévu par la loi, en l'espèce un règlement conforme à la Constitution espagnole. La prohibition litigieuse tendait à protéger les intérêts du public dans le respect des membres du barreau, donc les droits d'autrui. L'appréciaiton de la nécessité démocratique était plus délicate. La Commission avait conclu à la violation de l'article 10 sur ce terrain, mais avec la voix prépondérante de son président. La Commission faisait valoir notamment qu'en Espagne et dans certains autres pays européens des entreprises commerciales, comme les compagnies d'assurance, ne subissaient pas de restrictions à la publicité de leurs services de conseils juridiques. Cette comparaison n'est pas pertinente pour la Cour : un avocat exerçant à titre libéral a « un statut spécifique (qui) le place dans une situation centrale dans l'administration de la justice » (§ 54). Mais c'est surtout la marge d'appréciation que la Cour octroie en l'espèce aux autorités internes qui va justifier la décision. La Cour rappelle à cet égard son arrêt *Markt Intern* [42]. La marge d'appréciation des Etats « s'impose spécialement dans le domaine complexe et fluctuant de la concurrence déloyale... Il en va de même de la publicité ». Quant à la complexité du problème en l'espèce, elle est suffisamment démontrée par « un large éventail de réglementation et les différences de rythme dans une évolution vers un assouplissement dans les Etats membres du Conseil de l'Europe » (§ 54). Au regard de la nature symbolique de la sanction disciplinaire prononcée, c'est à une appréciation de principe de la proportionnalité qu'a pu se livrer la Cour [43].

Licencié d'une agence de presse qu'il avait co-fondée, et mis en cause par un communiqué de presse de son ancien employeur, M. Jacubowski avait créé une autre agence.

36. *Klass,* préc. n. 5.
37. V. également *Scherer,* préc. n. 14.
38. *Casado Coca c/ Espagne,* 24 févr. 1994. *Jacubowski c/ Allemagne,* 23 juin 1994.
39. *Barthold c/ RFA,* 25 mars 1985. *Markt Intern Verlag Gmbh* et *Klaus Beermann c/ Allemagne,* 20 nov. 1989.
40. Cf. not. *Markt Intern Verlag,* préc. n. 39.
41. *H c/ Belgique,* 30 nov. 1987.
42. *Markt Intern Verlag,* préc. n. 39.
43. V. à cet égard le paragraphe 50 de l'arrêt.

Il avait alors fait parvenir à quarante éditeurs et rédacteurs de la presse audiovisuelle un courrier accompagné d'un dossier de presse. Ces documents émettaient des critiques relatives au congédiement du requérant et à la situation financière de son ancienne société. Au terme d'une action en cessation selon la loi sur la concurrence déloyale, une injonction fut prononcée lui interdisant, sous peine d'amende, de poursuivre la diffusion de la lettre circulaire. La Commission européenne a vu à l'unanimité une violation de l'article 10 dans cette interdiction. C'est par six voix contre trois que la Cour a décidé du contraire. Comme pour l'arrêt *Casado Coca,* auquel du reste la Cour se réfère, on peut se demander, avec les juges dissidents, si la Cour européenne n'a pas laissé une trop large part à la marge d'appréciation des Etats. En effet, c'est en riposte à une précédente attaque par communiqué de presse que M. Jacubowski avait agi. Il exerçait dont légitimement, peut-on penser, un droit de réponse visant à protéger sa réputation et son avenir professionnel. La Cour semble n'y accorder aucun poids. Au contraire, elle se fonde quasiment exclusivement sur l'appréciation des juridictions allemandes. Il est dommage que la concurrence entre l'exercice légitime de la liberté d'expression et des intérêts commerciaux joue en faveur de ces derniers, simplement parce que, comme la Cour le répète ici encore, le domaine de la concurrence est complexe et fluctuant. Où est passé le contrôle européen qui, en principe, va de pair avec la marge nationale d'appréciation ? Il devrait pourtant d'autant moins s'effacer que la finalité de l'ingérence concerne les droits d'autrui. La Cour devrait rappeler plus fermement sa compétence en ce domaine, même s'il s'agit de limiter les restrictions que permettent ces droits.

Avec l'arrêt *Otto Preminger* [44], la Cour a encore privilégié les droits d'autrui par rapport à la liberté d'expression. La Cour a estimé que la saisie et la confiscation du film « Le concile d'amour » de Werner Schroeter, prévues par le code pénal autrichien, visaient à protéger « le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux ». La Cour a ensuite rappelé les principes posés au fil de sa jurisprudence et notamment par le premier arrêt rendu sur l'article 10 [45]. La Cour y avait affirmé que la liberté d'expression valait aussi pour les informations qui « heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une partie de sa population ». Il semble cependant qu'en matière de religion, comme de morale, le principe soit bien difficile à appliquer pour la Cour. En effet, comme dans les affaires *Handyside* [46] et *Muller* [47], la Cour dit reconnaître aux Etats « une certaine marge d'appréciation » (il faut entendre une grande marge d'appréciation) parce que « comme pour la morale, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société » (§ 50). En fait, il semblerait que ce ne sont pas tant des considérations religieuses que beaucoup plus largement l'ordre public qui a été pris en considération par la Cour. Celle-ci a admis qu'à l'époque considérée existait un besoin social impérieux de préserver la paix publique. La Cour a ensuite refusé de remettre en cause l'appréciation des autorités nationales quant aux différents intérêts en cause. Contrairement à une large majorité de la Commission, elle a conclu à la non-violation. On observera, avec les juges dissidents [48], d'abord, qu'il est regrettable d'admettre que les autorités nationales décident de ce qui contribue à un débat public « capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain » ; ensuite, qu'il existait sûrement des mesures moins restrictives ; enfin, qu'il est peu probable, à la différence de l'affaire *Muller,* que quiconque pût voir le film sans l'avoir voulu. La Cour n'a pas dit pourquoi elle écartait ces éléments qu'elle prend d'habitude en compte au titre de son contrôle.

44. *Otto Preminger Institut c/ Autriche,* 20 sept. 1994.
45. *Handyside c/ Royaume-Uni,* 7 déc. 1976.
46. *Handyside,* préc. n. 45.
47. *Muller c/ Suisse,* 24 mai 1988.
48. Juges Palm, Pekkanen et Markaczyk.

La question posée par l'affaire *Jersild* méritait une attention particulière [49]. Elle a été examinée par une grande chambre de la Cour. M. Jersild, journaliste, avait tiré d'un entretien avec des membres d'un groupe de jeunes, « les blousons verts », un film de quelques minutes qui fut diffusé à la télévision danoise. Les trois interviewés y tenaient des propos violemment xénophobes et racistes. M. Jersild fit l'objet de poursuites pénales de même que les trois « blousons verts ». Il fut condamné à une amende pour complicité dans la diffusion de propos racistes. La Cour, comme la Commissin, a vu dans cette condamnation un manquement aux exigences de l'article 10, quant à la nécessité de cette condamnation dans une société démocratique. M. Jersild avait-il intentionnellement concouru à la diffusion d'opinions racistes ou avait-il tenté de combattre ce type d'opinion en informant le public et en laissant à celui-ci le soin de juger du ridicule des propos tenus par les « blousons verts » ? C'est essentiellement en ces termes que la Cour a posé la question, ce qui peut prêter à discussion. Avant de répondre, la Cour affirme accorder un grand poids à l'objet et au but de la Convention des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, convention qui impose aux Etats l'obligation de prendre des mesures effectives pour éliminer toutes formes de discrimination raciale et pour prévenir et combattre les idéologies et les pratiques racistes. La Cour rappelle ensuite que l'article 10 protège, outre la substance des idées exprimées, leur mode d'expression. Ainsi, eu égard à la liberté d'appréciation du journaliste quant à la forme, la Cour estime que la présentation d'ensemble du sujet par M. Jersild le démarque clairement des personnes interrogées. Selon la Cour, le reportage qui touchait à un sujet préoccupant pour l'intérêt général et s'adressait à un public bien informé « faisait à coup sûr passer le message que les propos racistes relevaient d'une attitude généralement anti-sociale des « blousons verts ». Le faible montant de l'amende ne pouvait donc entrer en ligne de compte, comme l'avançait le gouvernement danois. Pour bien marquer la portée de sa décision, la Cour prend soin d'affirmer que les propos des « blousons verts » ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10. On remarquera que si cette précision est nécessaire, c'est bien qu'un doute peut subsister quant à « la substance des idées exprimées » méritant protection, en l'espèce. Le partage entre diffusion intentionnelle d'idées racistes et information sur le problème du racisme est de prime abord justifié. Mais ne serait-il pas concevable de sanctionner des diffusions non intentionnelles, en fonction du dommage causé à l'ordre public et non de la faute ? On comprend aisément l'inquiétude exprimée par sept juges dans deux opinions dissidentes. Ils ont regretté l'absence de toute déclaration claire de condamnation par le journaliste, ce qui revient à dire que la substance de ses idées n'était pas suffisamment nettement exprimée pour savoir si elle méritait protection dans une société démocratique. Quatre des juges ont estimé que la Cour n'avait pas accordé un poids suffisant à la protection des minorités et que les bonnes intentions du journaliste n'étaient pas suffisantes vu la gravité de la question. Trois autres juges ont trouvé la majorité de la Cour dangereusement optimiste quant au degré de conscience et d'esprit critique du public ; l'expérience la plus malheureuse, justement dans ce domaine, invite au contraire au plus grand scepticisme. Cependant, est-il pour autant concevable que l'Etat, sous prétexte de protéger la société civile contre elle-même, puisse interdire la diffusion d'informations d'intérêt majeur. Sa marge de manœuvre serait alors bien difficile à délimiter pour la Cour et le risque serait de saper la démocratie au prétexte de la défendre, pour reprendre les termes de l'arrêt *Klass* [50]. Ce qu'il y a de gênant n'est pas tant la décision elle-même, que l'ensemble jurisprudentiel de 1994 dans lequel elle figure. En effet, c'est la seule des quatre affaires concernant les droits d'autrui, au titre de la finalité de la limitation, qui a donné lieu à un constat de violation. Cela pourrait fâcheusement laisser penser

49. *Jersild c/ Danemark*, 23 sept. 1994, rendu dans la première affaire soumise à la Cour sur les rapports entre racisme et liberté d'expression et d'information.

50. *Klass*, préc. n. 5.

que la protection des minorités pèse moins lourd pour la Cour que la protection d'intérêts commerciaux, par exemple.

L'affaire *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*[51] intéresse la liberté d'expression au sein de l'armée. La première requérante, l'association éditrice de la revue *Igel*, contestait le refus du ministre de la Défense de permettre la diffusion de celle-ci parmi les militaires. Le second requérant, un appelé, M. Gubi, se plaignait de l'interdiction qui lui avait été opposée de distribuer l'*Igel* dans sa caserne. La Cour se confirme ici aux principes posés dès les arrêts *Engel* et *Sunday Times*[52]. S'agissant du refus de diffusion, il était, selon la Cour, prévu par la loi. Les dispositions de la loi militaire et du règlement général s'imposeraient au ministre. Les particularités de la discipline militaire autorisent les autorités à recourir à des formulations larges, à condition que celles-ci offrent une protection suffisante contre l'arbitraire et permettent de prévoir les conséquences de leur application, conditions remplies en l'espèce. De même, l'ordre adressé à M. Gubi de cesser la distribution de l'*Igel* était bien prévu par la loi : « en s'entourant au besoin de conseils éclairés, l'intéressé était à même de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, qu'il s'exposait à pareille interdiction » (§ 46). Ensuite, les deux ingérences servaient à la défense de l'ordre dans les forces armées. En revanche, de l'avis de la Cour, elles ne correspondaient pas à un besoin social impérieux : aucun des numéros de la revue ne prônait le refus d'obéissance ou la violence, ni même ne contestait l'utilité de l'armée. Il ne s'agissait donc pas de saper la discipline militaire. En outre, les tensions propres à une seule caserne, invoquées par le gouvernement autrichien, étaient insuffisantes pour justifier des mesures dont les effets s'étendaient à toutes les installations militaires du territoire national. Faute de besoin social impérieux, les ingérences étaient nécessairement disproportionnées.

Article 1 du protocole additionnel

Il est rare, dans les affaires soumises à la Cour, que le droit de propriété soit mis en cause par la politique criminelle. Par trois arrêts, la Cour s'est exprimée sur la question[53].

– Réglementation de l'usage des biens

C'est la troisième norme du 1er article du protocole additionnel qui était invoquée dans les affaires *Raimondo* et *Venditelli*[54]. M. Raimondo contestait des mesures de saisie et de confiscation de plusieurs immeubles et véhicules. Il s'agissait de mesures de prévention prises par le tribunal dans le cadre de poursuites pénales pour association de malfaiteurs de type mafieux.

Quant à l'application des mesures de prévention, celles-ci étaient prévues par la loi et cherchaient à empêcher le requérant d'user de biens semblant provenir d'activités illégales ; comme telles, elles poursuivaient un but d'intérêt général, la saisie était proportionnée « compte tenu du très dangereux pouvoir économique de la mafia ». De même de la confiscation : il était d'intérêt général d'empêcher que l'usage des biens concernés ne procurât au requérant ou à l'association de malfaiteurs des bénéfices au détriment de la collectivité. Face aux énormes quantités d'argent brassées par la mafia, la confiscation apparaissait comme une arme efficace et nécessaire, donc proportionnée, par rapport à l'objectif recherché. Le requérant se plaignait en outre du manque

51. *Vereinigung Demokratischer Soldaten...*, préc. n. 34.
52. *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976. *Sunday Times 1 c/ Royaume-Uni*, 26 avr. 1979.
53. L'article 1er du Protocole 1 était invoqué aussi dans l'affaire *Bendenoun*, préc. n. 13 ; la Cour a dit n'y avoir lieu à examen.
54. *Raimondo c/ Italie*, préc. n. 11. *Venditelli c/ Italie*, préc. n. 16.

de surveillance de ses biens qui selon lui subirent des actes de vandalisme. La Cour relève que toute saisie ou confiscation entraîne par nature des dommages et qu'elle ne dispose pas d'assez d'éléments pour apprécier, en l'espèce, la conformité à l'article 1er du Protocole n° 1.

Quant au maintien de l'inscription des mesures dans les registres publics après la déclaration de la cour d'appel ordonnant la restitution, la Cour a constaté une violation. Rien ne justifiait d'attendre plus de sept mois, pour certaines mesures et quatre ans et huit mois pour d'autres, pour voir régulariser le statut juridique des biens de M. Raimondo. On regrettera toutefois que la Cour se borne à affirmer, comme surabondamment, que de plus l'ingérence n'était ni prévue par la loi, ni nécessaire pour réglementer l'usage des biens, sans s'expliquer davantage. Une motivation de la Cour à cet égard aurait permis de faire clairement le partage entre les trois critères de validité d'une ingérence : légalité, finalité, proportionnalité. On regrette d'autant plus cette motivation, que la Cour n'a pas l'habitude de reconnaître de violation sur le terrain de la finalité.

Dans l'affaire *Vendittelli*[55], l'ingérence dans le droit de propriété consistait dans la mise sous séquestre d'un appartement, comme mesure accessoire à une procédure pénale. Cette procédure s'était déroulée dans un délai raisonnable ; la Cour n'a pas retenu de violation au titre de l'article 1er du Protocole additionnel combiné avec l'article 6, paragraphe 1 de la Convention. Sur l'article 1er du Protocole considéré isolément, la Cour constate que la mise sous séquestre était prévue par la loi et visait à empêcher M. Vendittelli d'user de son bien, pour sauvegarder les preuves de l'infraction et éviter l'aggravation de cette dernière. Cependant, pour la Cour, le retard apporté à la mainlevée du séquestre et le maintien de scellés après l'extinction des poursuites par amnistie ont fait peser sur le requérant une charge disproportionnée. Il y a donc eu violation.

– Privation de propriété

L'affaire *Hentrich*[56] concernait la deuxième norme de l'article 1er du Protocole n° 1. La préemption, par l'administration fiscale, d'un immeuble pour insuffisance du prix payé, en application de l'article 668 du code général des impôts. En premier lieu, la Cour dit que la prévention de la fraude fiscale constitue un objectif relevant de l'utilité publique. La finalité est, comme dans l'arrêt *Vendittelli,* examinée avant la légalité qui n'a pas été respectée : la Cour a trouvé la mesure « arbitraire, sélective et guère prévisible » et manquant « des garanties procédurales élémentaires » (§ 42). Ce point sera repris au titre de la proportionnalité : le droit de préemption « qui ne semble pas avoir d'équivalent dans les systèmes fiscaux des autres Etats parties à la Convention n'entre pas systématiquement en jeu... mais rarement et de manière guère prévisible » (§ 47). Mais surtout, la Cour retient que l'Etat français dispose d'autres techniques pour décourager la fraude fiscale : il peut poursuivre judiciairement le recouvrement des taxes éludées et infliger des amendes fiscales. Pour la Cour, « un usage systématique de ces actions, conjugué avec la menace de poursuites pénales devrait constituer une arme suffisante » (§ 47). La Cour a conclu à la violation[57].

Article 2 du Protocole n° 4

L'article 2 du Protocole n° 4 s'applique aux simples restrictions à la liberté de circuler qui, ne constituant pas des privations de liberté, ne peuvent relever de l'arti-

55. *Vendittelli,* préc. n. 16.
56. *Hentrich c/ France,* préc. n. 14.
57. V. également les opinions dissidentes et éclairantes des juges Pettiti et Valticos et les éléments intéressants de droit comparé (Allemagne, Italie et Pays-Bas) qui les accompagnent.

cle 5, paragraphe 1 de la Convention. Ce principe, issu de l'arrêt *Guzzardi* [58], a été rappelé par la Cour dans l'arrêt *Raimondo* [59]. Le placement du requérant sous la surveillance spéciale de la police était nécessaire au maintien de l'ordre public ainsi qu'à la prévention des infractions pénales, compte tenu de la menace représentée par la mafia pour la « société démocratique ». Mais sa prolongation pendant environ cinq mois après sa révocation jusqu'à sa notification au requérant et à la préfecture de police n'était ni prévue par la loi, ni nécessaire. C'est ainsi le délai déraisonnable pris pour rédiger les motifs d'un acte immédiatement exécutoire et concernant un droit fondamental qui a été sanctionné par la Cour.

N'ont été envisagées ici que les affaires ayant donné lieu à un examen au fond de la conformité avec la Convention et ses protocoles.

L'**article 14** n'a pas donné lieu à examen dans les affaires *Hentrich* [60] et *Vereinigung* [61], dans lesquelles il était invoqué ; la Cour a considéré que ses constats au titre des articles avec lesquels il était combiné (1 du Protocole 1, 6 et 13 de la Convention pour *Hentrich,* 10 pour *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*) la dispensaient d'examiner les griefs.

L'affaire *Scherer* qui mettait en cause les articles 6, paragraphes 1, 8 et 10 a donné lieu à un arrêt de radiation du rôle du fait du décès du requérant [62].

Deux règlements amiables [63] sont intervenus à propos de l'**article 2** (affaire *Diaz Ruano*) et **3** (affaire *Diaz Ruano* et affaire *Hurtado*).

Enfin, la Cour s'est prononcée sur l'article 50 dans l'affaire *Barbera, Messegué et Jabardo* [64].

Racisme, terrorisme, mafia, en 1994, la Cour européenne a eu à connaître de tous les grands défis directs à la démocratie en Europe, en réaffirmant la nécessité, pour y répondre, de respecter les règles du jeu démocratique.

58. *Guzzardi,* préc. n. 12.
59. *Raimondo,* préc. n. 11.
60. *Hentrich,* préc. n. 14.
61. *Vereinigung Demokratischer...,* préc. n. 34.
62. *Scherer,* préc. n. 14.
63. *Diaz Ruano c/ Espagne,* 26 avr. 1994. *Hurtado c/ Suisse,* 28 janv. 1994.
64. *Barbera, Messegué et Jabardo c/ Espagne,* 13 juin 1994.

II. Droit pénal international

De la compassion territoriale

Claude LOMBOIS

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Recteur honoraire

Nous rêvons de justice universelle... Une justice européenne pourrait suffire, pour commencer. Mais quelle justice et quelle Europe ? Les deux questions vont de pair. L'étroitesse de l'espace européen considéré (dans les Accords de Schengen, par ex.) n'est pas pour rien dans l'étroitesse d'esprit qui confond justice et police. Quand cet espace dit judiciaire sera en état de marche – et, même pour cette ambition médiocre, il y a des ratés –, on y verra les fruits de l'égoïsme à plusieurs, plus que de la générosité solidaire.

Celle-ci se reconnaîtrait à un moindre besoin de définitions, de délimitations, de statuts : les premières frontières à abolir étant celles que nos esprits mettent entre les catégories juridiques. Vive le droit commun, en effet. (On voit à qui je fais allusion : la référence serait insolente.) Et honte à ce docteur de la loi qui, à deux mille ans d'ici, n'était pas méchant mais seulement borné, pour trouver qu'il y avait, en lui, comme un ver dans un fruit, cette question : « Qui est mon prochain ? »

Des traités nous lient à la Yougoslavie. Qu'en reste-t-il (ce n'est pas des traités que je parle) ? De toute façon, l'aspect pénal du problème yougoslave ne passe pas par les relations inter-étatiques mais conseillerait de les oublier, pour assurer aux victimes que cette seule qualité leur fait trouver, en France, une seconde patrie. Notre justice ni nos lois n'en sont là...

A. – *La justice*

Un arrêt de la quatrième chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris (24 nov. 1994, *Javor et autres,* inédit) décide que les juridictions françaises d'instruction sont incompétentes pour connaître de plaintes déposées par des rescapés (bosniaques – cela importe-t-il ? –) de camps de détention serbes, résidant en France à l'époque de leur constitution de partie civile.

Les choses sont comme elles sont : en droit pénal, la compétence des juridictions est solidaire de celle de la loi. Un livre excellent – et sur certaines questions, passionné : rien d'incompatible – (Huet et Koering-Joulin, *Droit pénal international,* Thémis, 1994) me reproche (n° 123) de professer cela comme une *doctrine.* Les plus grands torts qu'on puisse avoir sont ceux dont on n'est pas conscient. Je pensais avoir (*Droit pénal international,* Dalloz, 1979, n° 11) constaté cela comme une *règle,* ayant cours « quant à présent » (n° 12), et qu'on ne pourrait changer qu'en prenant conscience de la différence du problème qu'elle résout, par rapport à celui, analogue et non identique, dont traite le droit international privé.

Pour l'heure, les juridictions françaises, saisies par ces victimes de la purification ethnique de la région de Korazac, ne pouvaient fonder leur compétence que sur celle de la loi française. La compétence territoriale étant exclue, les auteurs ni les victimes

n'étant français, les intérêts fondamentaux et nationaux qu'on estime convenablement protégés par la seule compétence réelle n'étant pas en cause, restait la compétence universelle.

a) Les parties civiles en avaient, sans doute, exagéré la vocation. De première part, elles la déduisaient de la qualification de « crimes contre l'humanité » et « génocide », attribuée aux persécutions qu'elles avaient subies. C'était viser le tout et la partie (M. Massé, cette *Revue,* 1994, p. 377, 2e al.). Déjà, cette qualification aurait prêté à discussion, s'agissant de faits soumis au droit antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. Liée par la Convention de 1948 sur le génocide, la France n'a pas incriminé spécialement celui-ci. Le droit commun (vous voyez bien !) peut y suffire, dans l'indifférence au mobile spécial, qui n'entraîne pas de régime juridique particulier. Mais pour le crime contre l'humanité, spécialement incriminé (loi du 26 déc. 1964) en droit interne, par renvoi au statut de Nuremberg, il faut croire – si l'on n'a pas été lassé avant d'accompagner le plus récent des vagabondages de sa définition – qu'il est de ses éléments constitutifs (et non des conditions de sa soumission à une compétence juridictionnelle déterminée) d'avoir été commis pour le compte d'un pays européen de l'Axe. Il était cependant inutile de discuter d'une qualification qui était dépourvue de tout effet sur la compétence législative. Le génocide, dans la convention qui l'institue, relève de la compétence territoriale. Le crime contre l'humanité, en droit interne (le nouveau code n'y change rien), appartient au droit commun et ressortit à la compétence territoriale ou personnelle. Les parties civiles pensaient faire écarter ce droit interne par des « conventions » internationales supérieures. Seulement, l'un des instruments invoqués (résolution d'assemblée générale des Nations Unies) n'est pas une convention ; à l'autre (Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, du 26 nov. 1968), la France n'est pas partie.

b) Mais les plaignants avaient invoqué, avec plus de pertinence, la Convention de New York (10 déc. 1984) contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 (qu'on traitera, dans la suite, comme une convention unique). Le juge d'instruction les avait suivis ; l'arrêt réforme, sur ce point, l'ordonnance par laquelle il s'était déclaré compétent. Au premier comme au second degré, chaque convention a fondé une argumentation spécifique. Pourtant, un seul problème était propre aux conventions de Genève ; les autres, malgré l'apparence, étaient communs.

c) Les conventions de Genève sont écartées, parce qu'elles ne seraient pas d'application directe. Créant des obligations à la charge des Etats (ce sont des traités-contrats), ils ne fournissent pas de règle immédiatement exploitable en droit interne. L'air est connu : on l'a entendu plusieurs fois, à propos de la Convention sur les droits de l'enfant. Tout ce qui a été dit à propos de celle-ci (par les juges et contre et pour leurs décisions) ne décourage pas d'y revenir.

Ce n'est pas un problème qui relève de l'article 55 de la Constitution. Ce texte, entre deux règles *applicables* et inconciliables, fait prévaloir la règle internationale. Il n'a jamais dit que tout traité était d'application immédiate. Il faut qu'il le soit, d'abord, avant qu'on puisse le prétendre en conflit avec une norme interne (qui l'est, elle, par définition). Mais il n'y a pas, de ce point de vue, deux sortes de *traités* : les traités-contrats et les traités-lois, comme on a dit dans des temps révolus. Il y a, dans les traités, deux sortes de *dispositions* : celles qu'il est possible d'appliquer telles quelles ; celles qui ne sont pratiquables qu'au prix de la médiation de la législation nationale. Il y a, ainsi, des lois qui peuvent ou ne peuvent pas se passer de décrets d'application. Cela ne fait pas, pour l'entrée en vigueur, deux sortes de lois mais, dans chaque loi, des articles qui se suffisent à eux-mêmes et sont applicables aussitôt ; d'autres qui sont dans l'attente d'un mode d'emploi.

Les conventions de Genève sont parfaitement et nettement divisibles, quant à cela. Respectivement, les articles 49, 50, 129 et 146 sont rédigés dans les mêmes termes. Un alinéa 1er : « Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour [incriminer les infractions graves à chaque convention]. » Un alinéa 2 : « Chaque HPC aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ces infractions graves [et devra les juger ou les livrer]. » Il est clair que les incriminations *dépendent* d'une obligation de légiférer, alors que la compétence *résulte* de l'adhésion à la Convention. Et c'est, tout simplement, parce qu'une incrimination sans énonciation d'éléments constitutifs et de pénalité est impraticable. Alors que, pour être compétent, il suffit d'avoir accepté de l'être.

La Cour, ainsi, objecte en vain qu'il n'y a pas eu de loi française pour mettre en application le droit de Genève. Pour les incriminations, nous y étions tenus, certes, mais pour autant que cela n'était pas déjà fait. Et notre conception des crimes de guerre – infractions de droit commun non justifiées par la nécessité militaire – rendait punissables, déjà, les « infractions graves » dont la Convention nous demandait... d'assurer la punition. Pour la compétence, la Convention se suffisait à elle-même pour établir un cas où *nos* tribunaux répressifs devaient se dire habiles à appliquer *notre* loi pénale. On n'est pas plus convaincu par l'argument *a contrario* : le code de procédure pénale (art. 689-2 à -5, à partir de 1985, refondus dans les nouveaux art. 689-1 à -7, depuis la loi du 16 déc. 1992) énumère les conventions qui fondent la compétence universelle des juges français. Celles de Genève n'y figurent pas. C'est vrai. Mais :

1. Elles fournissaient – depuis 1951, date de leur publication en France – le seul cas de compétence universelle (d'application qu'on pouvait penser peu fréquente). Quand s'est accru le nombre des conventions (d'application plausiblement moins rare) d'où résultait cette compétence, le législateur a pensé utile d'en dresser la liste pour la bonne mémoire des juges. Mais qui a dit que cette liste serait limitative ? Qu'elle vaudrait abrogation implicite d'un cas de compétence déjà établi, par cela seul qu'il ne serait pas nommé ?

2. Et – loi d'application immédiate – une disposition de compétence, issue de la loi du 16 décembre 1992, applicable le 1er mars 1994, a été oubliée. C'est le nouvel article 689 du code de procédure pénale qui donne compétence aux juridictions pénales françaises, lorsque la loi française est compétente en vertu du code pénal et « lorsqu'*une* convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ». A mon avis, le texte n'ajoute rien à l'état antérieur du droit, car rien n'empêche que les traités sur la compétence soient *self executing*. Mais il n'était même pas nécessaire, en l'espèce, de partager cette opinion si dangereusement cosmopolite. Puisque la cour voulait un texte interne, pour assseoir la compétence à laquelle nos engagements internationaux nous tiennent, elle l'avait. L'article 689 vise *une* convention internationale [quelconque], non pas « une des conventions énoncées ci-après ».

3. Un des effets reconnus du caractère *self executing* d'un traité, c'est la possibilité, pour le justiciable, de s'en prévaloir. On dit même que, par l'exercice de cette faculté, il devient – en quelque mesure – sujet du droit international public. Chez les publicistes, cet accès progressif de l'individu aux relations internationales trouve son illustration... dans le droit humanitaire. Quelle régression, si la France prétend qu'elle est, seulement comme Etat, nullement *via* ses justiciables, liée par les conventions de Genève. Car si elles ne sont pas du droit français, pour les *victimes*, elles ne le sont pas non plus pour les agents français qui portent les armes pour le compte de la France. La Cour de cassation accréditera-t-elle cela ? Je prononce le mot avec autant de sang-froid que de déférence : refuser l'application du droit humanitaire aux individus est une énormité.

d) Conventions de Genève et Convention de New York (sur la torture) fondant également notre compétence universelle, est-ce, pour l'une et les autres, dans les mêmes conditions ? Personne ne l'a pensé : ni les plaignants, ni le juge d'instruction, ni la chambre d'accusation. On aura compris qu'ils n'étaient d'accord que... sur la nécessité de deux raisonnements distincts, non sur la conclusion à tirer de chacun. Or il me semble que le particularisme de rédaction de chacun de ces instruments est sans conséquence. Les conventions de Genève disent que les Etats-parties doivent chercher, livrer ou juger les délinquants ; la Convention de New York leur impose d'« établir leur compétence aux fins de connaître des infractions [qu'elle vise] dans le cas où leur auteur présumé se trouve sur leur territoire [et n'est pas extradé] ». La compétence est expressément liée à la présence sur le territoire dans un cas, non dans l'autre. Mais on peut tenir cela pour négligeable.

Là où cette condition n'est pas formulée (Conventions de Genève), on ne peut que la sous-entendre : comment un Etat pourrait-il rechercher un criminel sur un autre territoire que le sien ? Le livrer, s'il n'est pas présent sur son territoire ? Recherche comme livraison supposent des actes de contrainte, liés à des prérogatives de puissance publique souveraine, qui ont le territoire pour limite spatiale.

D'un autre côté, exprimée ou non, la condition de présence doit être supposée, pour les besoins de la « recherche », qui la vérifiera au cours de sa progression. Sans quoi, c'est le cercle vicieux : pour savoir si X se cache sur notre territoire, il faut l'y chercher ; mais pour le chercher, il faudrait déjà avoir découvert (par illumination ou par intuition) qu'il s'y trouve. La phase préliminaire du procès pénal (à tout prendre : tout le procès pénal) n'est jamais qu'une suite d'approximations progressivement vérifiées. La qualification définitive relève de la juridiction du jugement en dernier ressort : on aura vécu, jusque-là, sur l'hypothèse d'une qualification criminelle ou délictuelle... à vérifier. Et on instruit bien contre X. A propos, que devient cette possibilité – ce *droit* de la victime, qu'aucun texte ne lui retire quand elle invoque une compétence universelle – de mettre en mouvement l'action publique *in rem,* contre personne non dénommée ?

La chambre d'accusation a bien senti qu'on ne pouvait – textuellement imposée ou non – faire de la présence en France une condition *prouvée* de l'exercice de la compétence aux seules fins d'instruction. Elle dit, en effet, qu'il n'y a pas *d'indice* de la présence en France des... (des... quoi, au juste ? des suspects ? – vilain mot ; des prévenus ? – pas encore, par hypothèse, il faut dire) « des personnes visées par la plainte ». Mais c'est revenir à une exigence, que rien ne fonde, de les viser nommément. Tout cela pour dire qu'indice aussi bien identification de celui qui devrait être en France : ce n'est que du fait. Si ce n'est que du fait, on ne peut pas en donner de définition ni, par conséquent, en faire une condition *de droit* de la compétence, avant toute identification et toute recherche de la personne.

B. – *La loi*

C'est sur ce point, seul (il y aurait beaucoup à dire, pourtant), que je dirai quelques mots de la loi du 2 janvier 1995 (*JO,* p. 71) adaptant la législation française aux dispositions de la résolution (n° 827) du Conseil de Sécurité, instituant un tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

La France collaborera à la mission confiée à ce tribunal, en se reconnaissant compétente à l'égard d'auteurs des infractions visées, *s'ils sont trouvés en France.* Cette disposition a été vivement débattue. Poser une telle condition à la compétence, ont dit les organisations qui parlaient au nom des victimes, c'est établir une compétence purement formelle, qui n'aura jamais à s'appliquer. Eliminer cette condition, répliquait le gouvernement, c'est rendre, en principe, le juge français apte à juger d'une infraction

en raison de la seule territorialité de sa commission... sur un territoire étranger. Et lui donner, non pas une *compétence* universelle (au sens où on l'entend), mais une *vocation* universelle, ce qui est bien autre chose.

Des voix plus raisonnables ont proposé qu'il y ait, quand même, un point de contact minimum de l'infraction avec notre ordre juridictionnel. Et de proposer la résidence des victimes. Les objections, très vite, se pressent. La compétence universelle – dans l'état *actuel* du droit répressif de tous les pays, où les compétences législative et judiciaire sont liées – fait fâcheusement dépendre la loi appliquable – *rétroactivement* désignée, contre tout principe – du hasard du *locus deprehensionis*. Au moins peut-on faire semblant d'être convaincu par l'argument que le délinquant choisit sa loi, en choisissant son lieu de refuge. Mais n'est-ce pas beaucoup trop, pour le coup, de laisser à une partie *privée* le pouvoir de déterminer – sous le conseil de sa vindicte – la loi de l'infraction ? Celle-ci intéresse au premier chef la société qui la réprime ; au second l'individu qui l'a commise : ces deux acteurs principaux – non pas seulement du procès, mais bien de l'action publique elle-même, qui lui préexiste – seraient, sur l'essentiel, réduits à l'état de spectateurs, par la détermination arbitraire d'une partie intervenante, non point principale. S'il y a, en effet, des cas où le juge pénal devrait appliquer une loi pénale étrangère, c'est dans les hypothèses de compétence universelle qu'il serait le plus urgent de commencer. Et de commencer par là, avant d'innover sur ses conditions d'exercice.

Car de ces conditions, il en faut une. On ne peut suivre la démonstration, suscitée par ces difficultés : que l'universalité du droit de punir est un principe se suffisant à lui-même, faisant de tout juge répressif l'organe, non d'un Etat souverain qui lui assigne ses règles de fonctionnement, mais d'une Justice sans patrie. La justice rendue par sacerdoce, non par compétence. Il se peut qu'on lise, ici ou là, des défenses et illustrations anciennes (Grotius, par ex.) de la compétence universelle qui omettent de mentionner que le juge qui l'exerce ne peut être que le *judex deprehensionis*. Chez tous les auteurs, cette condition est sous-entendue, faute de rendre le système encore plus irréaliste qu'il ne l'est (et c'est, déjà, passablement).

L'erreur tactique fut d'en faire une question de principe. Ce n'aurait dû être qu'une question de modalités. Jusqu'au 1er mars 1994, notre compétence *réelle* supposait, pour que les poursuites exercées sur son fondement « aient une portée pratique », que le coupable fût arrêté en France ou que le gouvernement obtînt son extradition. On peut regretter que cette réserve de bon sens ait disparu... N'importe. Du temps qu'elle existait, l'article 694 du code de procédure pénale qui l'énonçait ajoutait : « Les poursuites peuvent être engagées à ces fins. »

C'eût été la bonne solution ; celle qui fait sortir du cercle vicieux. Plutôt que se battre sur des principes, mal compris, parler technique. Techniquement : la compétence universelle (celle de la loi du 2 janvier 1995, sur les infractions humanitaires commises dans l'ex-Yougoslavie, autant que les autres) ne permet pas le jugement par défaut ou par contumace. Techniquement : cet obstacle au jugement doit être judiciairement constaté, par une instruction. Techniquement : si cela n'est pas écrit en propres termes dans la loi (ni celle-ci, ni les conventions, ni les articles du c. pr. pén. – 689-1 et s. – qui se réfèrent à certaines d'entre elles), on peut l'y sous-entendre, par cette raison que le procès pénal avance à coup de suppositions qu'il a pour objet, justement, de vérifier ou de démentir.

E. CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

Pour un système pénal sérieux, intelligent et taillé sur mesure en Amérique !

André NORMANDEAU

Professeur à l'Université de Montréal

Notre justice pénale est en bien mauvais état. Elle est presque en faillite. A mon avis, il s'agit d'un vrai désastre social. A vous d'en juger !

Je soulèverai deux interrogations :

I. Quel est l'état de notre justice pénale ?

II. Y a-t-il quelques pistes intéressantes pour le renouveau de cette justice ?

I. – L'ÉTAT ACTUEL DE NOTRE JUSTICE PÉNALE... ET DE NOTRE SOCIÉTÉ

Sans jouer au bonhomme sept heures et sans dramatiser à outrance, mais il faut bien appeler un chat un chat... Voici, à grands coups de pinceaux, quelques faits qui nous indiquent clairement que la justice pénale est vraiment en faillite.

A. – *Les taux de criminalité et la victimisation*

Les statistiques officielles à ce sujet, celles de la police, sont bien connues. Depuis 1960, les taux de criminalité au Québec par 100 000 habitants ont augmenté de façon remarquable. De 1960 à 1975, le taux global a doublé à raison de 7 ou 8 % par année. De 1975 à 1995, le rythme de croissance moyenne a diminué, autour de 5 % par année, avec des périodes de stabilité, mais cela signifie tout de même une autre augmentation de 50 %, ce qui n'est pas un prix de consolation. Donc une augmentation totale de 150 % depuis 1960.

Ces statistiques officielles proviennent des déclarations des victimes à la police. Elles ne sont que la pointe de l'iceberg. En effet, depuis 1970, des criminologues réalisent des « études de victimisation » sur la base de sondages auprès d'échantillons représentatifs de la population. Or les taux de victimisation nous indiquent que près de 50 % des délits ne sont pas rapportés à la police. Par crainte ou parce qu'on ne croit pas que c'est utile. Et l'on estime également qu'un autre 25 % des délits ne seraient pas déclarés : *ni* à la police *ni* dans les sondages de victimisation. Par exemple, plusieurs délits de violence conjugale et familiale. Donc, au total, il

y aurait 75 % de plus de délits que ce qui est rapporté officiellement à chaque année par Statistique Canada sur la base des statistiques policières. *La question : avons-nous une société en santé civique ?*

B. – *Le travail de la police : les taux de solutions de la criminalité*

Le critère classique pour mesurer l'efficacité du travail policier est celui du nombre d'arrestations et de la relation entre le nombre d'arrestations et le nombre de délits officiellement rapportés, ce qu'on appelle le taux d'élucidation ou le taux de solution. Le taux de solution, qui n'était déjà que de 40 % dans les années 60 (donc quatre délits sur dix où le délinquant a été identifié), est passé à moins de 30 % dans les années 70 et 80. Pour les années 90, le taux de solution pour certains délits fort nombreux qui touchent plusieurs citoyens, tel le cambriolage des résidences privées et des petits commerçants, est même passé sous la barre du 15 %. Or il y a annuellement 40 000 cambriolages ou introductions par effraction à Montréal (CUM). Près de 35 000 ne sont donc jamais solutionnés. *La question : avons-nous un service de police efficace ?*

C. – *Le travail des tribunaux : les délais, la négociation des plaidoyers et des sentences, le taux de condamnation, le choix de la sentence*

A tout seigneur, tout honneur. Les délais judiciaires en matière pénale qui étaient de deux ans sont maintenant d'une année. Tant mieux ! Mais attendre une année entre l'accusation et la culpabilité et la sentence, est-ce une justice convenable autant pour la victime que pour l'accusé ? Les études criminologiques indiquent par ailleurs que près de 80 % des plaidoyers de culpabilité et des sentences sont négociés entre l'avocat de la défense et le procureur de la couronne : efficacité ou mascarade de la justice ? Le taux de condamnation pour sa part est relativement élevé : plus de 80 %. Mais il ne faut pas oublier que déjà, sur dix délits commis, seuls trois accusés sont traduits devant les tribunaux. Enfin, le choix des sentences : sur 100 coupables, près des deux tiers reçoivent des amendes, près du quart une sentence dite communautaire (probation, travaux communautaires...), et moins de 10 % une sentence d'emprisonnement. Toutefois, ce 10 % général pour l'ensemble des délits devient près de 90 % pour certains délits comme le vol à main armée. *La question : est-ce qu'on emprisonne trop,* malgré tout, compte tenu qu'un détenu nous coûte plus de $50 000 par année et qu'il y a des coûts sociaux additionnels pour le délinquant et ses proches ?

D. – *La prison : les taux d'emprisonnement et les taux de récidive*

Une journée typique, 6 500 Québécois sont derrière les barreaux. Pour l'ensemble du Canada, 29 000 le sont. Aux Etats-Unis, près d'un million et demi d'Américains sont en prison. Les Etats-Unis emprisonnent, par 100 000 habitants, toutes proportions gardées, quatre fois plus qu'au Canada qui lui-même emprisonne deux fois plus que certains pays européens. Le Québec dans les années 50 et 60 emprisonnait plus que la moyenne canadienne. Depuis les années 70 et 80, il emprisonne moins. Mais le taux du Québec est deux fois plus élevé, par exemple, qu'un pays comparable, les Pays-Bas. Cela dit, si la prison nous coûte cher, est-elle au moins efficace ? Les recherches criminologiques sur les taux de récidive ne sont pas encourageants. Cinq ans après la sortie de prison, du moins au Québec et au Canada, 60 % sont ré-arrêtés,

50 % sont recondamnés, 40 % sont condamnés de nouveau à la prison. Aux Etats-Unis, ces taux sont plus élevés de 10 %. En Europe, moins élevés de 10 %.

Le *taux de succès,* si ce critère de récidive est valable, est de 50 %, tout compte fait. Mais le *taux d'échec* est également de 50 %. Evidemment, pour une entreprise privée, ce serait un désastre : imaginez si une ampoule électrique neuve sur deux ne fonctionnait pas, la Compagnie générale électrique serait en faillite. Toutefois, la prison s'occupe d'êtres humains en chair et en os. C'est différent. *La question,* tout de même : c'est l'histoire du verre d'eau à demi-plein ou à demi-vide. Si je suis optimiste, 50 % est un succès, compte tenu de la clientèle difficile des prisons. Si je suis pessimiste, 50 % est un échec. *Etes-vous optimiste ou pessimiste ?*

E. – *Les solutions de rechange à l'emprisonnement : succès ou échec ?*

Les solutions de rechange ou alternatives à l'emprisonnement sont maintenant fort nombreuses :

1. L'amende et les travaux compensatoires.
2. La médiation victime-délinquant et le dédommagement à la victime.
3. La probation ordinaire ou intensive.
4. La libération conditionnelle ordinaire ou intensive.
5. Les travaux communautaires ou travaux d'intérêt général.
6. Les sentences éducatives ou thérapeutiques en milieu libre (exemples : alco-frein, psychothérapie...).
7. L'assignation en résidence.
8. La surveillance électronique.
9. Courte période d'emprisonnement, suivie d'un encadrement en milieu ouvert (exemple : PEMO au Québec ; la probation).
10. Courte période d'emprisonnement-choc, avec discipline militaire, suivie d'une période de probation (exemple : « Schock imprisonment » aux Etats-Unis).
11. Les maisons de transition pour détenus et ex-détenus.
12. Autres mesures en développement (N...).

L'estimation du nombre de délinquants qui purge ainsi leur peine dans la communauté nous permet de constater que pour chaque prisonnier il y a trois à quatre délinquants surveillés et soutenus en milieu libre, soit :

– 6 500 prisonniers *versus* 24 000 en liberté contrôlée au Québec ;

– 29 000 prisonniers *versus* 95 000 en liberté contrôlée pour l'ensemble du Canada ;

– 1 500 000 prisonniers *versus* 5 000 000 en liberté contrôlée aux Etats-Unis (c'est l'équivalent ou presque de toute la population du Québec... en prison ou en liberté contrôlée).

Toutes ces « sanctions intermédiaires », ces « punitions intermédiaires », selon l'expression désormais consacrée de nos collègues américains, ont été évaluées d'une façon ou d'une autre au cours des dernières années. Le point de rencontre des évaluations situe les taux de succès en terme de non-arrestation au cours des cinq ans qui suivent la sentence à 70 % pour l'ensemble des mesures communautaires, avec un écart de 60 à 80 % selon le type de mesures. Evidemment, il faut calibrer ces résultats en tenant compte d'une certaine pré-sélection de dossiers en général moins lourds que ceux qui aboutissent en prison. *La question : les mesures commu-*

nautaires peuvent-elles absorber encore plus des cas de prison ? Les organismes communautaires au Québec et ailleurs répondent par l'affirmative. Personnellement, je réponds par la négative, sauf si l'Etat transfère des « ressources significatives » de la prison vers le communautaire afin que les solutions de rechange à l'emprisonnement soient développées et mises en vigueur « avec sérieux et rigueur ». *La vraie question :* compte tenu de l'état des finances des gouvernements, est-ce une vision réaliste de l'avenir ?

F. – *Le sentiment de sécurité et la satisfaction de la population*

Si l'entreprise privée mène régulièrement des sondages auprès de la population et de ses clients, dans une perspective de marketing économique, n'y a-t-il pas lieu pour les gouvernements d'évaluer de temps en temps l'état de l'opinion de ses propres clients, les contribuables. Certains ministères le font dorénavant assez régulièrement. Pour la justice pénale, c'est encore relativement rare. Mais nous avons quelques points de repère et certaines mesures originales. Ainsi, si l'on fait l'hypothèse que la qualité de vie d'une société se mesure entre autres par le sentiment de sécurité physique et psychologique des citoyens, certains résultats nous laissent perplexes. Les études criminologiques par sondages, depuis 1970 aux Etats-Unis, depuis 1980 au Québec et au Canada, nous indiquent qu'un citoyen sur trois ne se sent pas en sécurité à la maison, dans son quartier, dans sa ville. Ce pourcentage est plus élevé encore aux Etats-Unis (45 %). Ce pourcentage au Québec (35 %) varie également selon l'âge, le sexe, la classe sociale : 50 % pour les personnes âgées, 45 % pour les femmes, 40 % pour les personnes à revenu modeste. Ce pourcentage augmente aussi avec le temps : 25 % en 1981-1983 ; 35 % en 1991-1993. *La question : une société est-elle en santé quand le tiers des citoyens ont peur de fréquenter leur propre ville à certains moments ?* Une autre façon de mesurer l'état de la justice pénale est celle de la satisfaction du public envers les acteurs du système pénal. Nous avons de bonnes études de ce genre au Québec depuis le rapport de la Commission d'enquête Prévost sur l'administration de la justice pénale en 1970, du moins pour les services policiers. Nous constatons que la satisfaction générale envers les policiers est encore relativement positive, mais elle est dramatiquement à la baisse : de 85 % dans les années 70 ; 70 % dans les années 80 ; 60 % dans les années 90. Une baisse d'appréciation de 25 %. *La question : cette perte de confiance est-elle de mauvais augure pour une vision de l'avenir d'une police communautaire où policiers et citoyens seraient de véritables partenaires pour améliorer la qualité de notre justice pénale... et par le fait même de la qualité de vie en général ?*

II. – QUELQUES PISTES POUR LE RENOUVEAU DE LA JUSTICE PÉNALE

Le bilan précédent est dur : notre justice pénale est presque en faillite. Sans jouer ni à l'autruche ni au drame national, la scène est désastreuse : la criminalité augmente ; l'on attrape moins souvent les voleurs et les agresseurs ; de ceux qui sont condamnés, la moitié récidive ; les prisons nous coûtent une fortune ; plusieurs citoyens ont peur et moins de citoyens qu'auparavant font confiance aux policiers et aux autres responsables de la justice pénale. Les solutions, en revanche, ne sont pas faciles, sinon on les aurait déjà trouvées. Ne soyons donc pas démagogues, tout en étant modeste ; mais entre la désespérance et l'utopie, nous nous permettons d'en offrir sommairement trois ou quatre à partir de certains projets récents.

A. – *La criminalité, cela se contrôle en partie par une prévention appropriée*

Le rapport *Ryan- Bordelau* (1993) sur la prévention de la criminalité au Québec nous rappelle à juste titre qu'il est essentiel de mettre l'accent sur les actions devant être posées avant même l'émergence d'un comportement criminel et visant les causes de la criminalité davantage que ses manifestations ou ses conséquences. En empruntant au domaine de la santé qui a le premier développé l'approche préventive, il apparaît évident qu'il faut intervenir à la fois auprès de la population en général, des populations à risque et des contrevenants actuels. L'analyse des facteurs associés à la criminalité nous indique aussi que, pour chacun de ces contextes, nous devons adopter des stratégies visant l'amélioration de certaines *conditions socio-économiques,* la réduction des occasions de délits et l'éducation (responsabilisation) des individus et de la collectivité. Il n'est pas nécessaire d'être marxiste pour afficher clairement un parti pris pour une justice sociale et socio-économique qui précède la justice pénale. Le dicton est toujours sage : « Mieux vaut prévenir que guérir. » L'on ajouterait : « Mieux vaut nourrir son monde que de le punir ! »

B. – *La police communautaire : pourquoi pas ?*

Une certaine vision de l'avenir de la police s'est développée depuis quelques années et des projets spécifiques sont actuellement en cours. Cette police « nouvelle » travaille dans le respect des *droits et libertés démocratiques.* Elle *rend compte* rigoureusement à la communauté et aux élus politiques légitimes. Elle adopte une stratégie cruciale : une *consultation systématique* de la communauté et de ses associations. Elle axe en partie ses énergies à la *solution des problèmes* liés à la criminalité. En collaboration avec les *partenaires* appropriés, elle vise à solutionner au moins partiellement certaines causes des problèmes par des activités sérieuses de *prévention* autant que de *répression.* Elle contribue à améliorer la *qualité de vie* car elle vise non seulement à contenir et *réduire la criminalité* mais également à *réduire la peur du crime* et ses conséquences. Le mode privilégié de la police communautaire est la persuasion, au moyen de la communication ; ce mode s'oppose au mode plus traditionnel de la coercition, qui s'exerce par le recours (si nécessaire) à la force légitime. Plusieurs projets actuellement en cours à Montréal, Laval, Sainte-Foy et Hull s'inscrivent dans cette perspective de police communautaire.

C. – *Une prison vraiment rééducative*

Un certain nombre de praticiens et d'administrateurs pénitentiaires ont littéralement baissé les bras depuis dix ans et ont abandonné un certain idéal favorable à la réhabilitation de la personne emprisonnée. Sous l'impact du défaitisme et d'une approche négative que « rien ne marche », selon l'expression célèbre du criminologue américain Robert Martinson, l'on se contente d'une routine quotidienne démobilisante. Il nous faut réagir avec vigueur. Certes, la prison doit être utilisée vraiment en dernier lieu, quand toutes les autres solutions de rechange ont été épuisées. Toutefois, lorsqu'elle est utilisée, la prison a besoin d'une vocation, d'une mission, d'un objectif mobilisateur. Je suis d'accord avec le criminologue québécois Guy Lemire qui, dans son livre sur l'*Anatomie de la prison* (1990), affirme de nouveau que la seule alternative sérieuse connue, c'est *la prison rééducative.* Quoiqu'elle ne soit pas facile à réaliser et ne puisse pas être appliquée à l'ensemble des établissements et des détenus, elle seule a réussi à proposer une mission valable pour la prison. Elle seule offre un modèle d'organisation basé sur la confiance et le respect d'autrui, à l'intérieur de rapports de force qui, s'ils

n'ont pas disparu, ont été considérablement réduits. Si, comme a écrit Tocqueville, la démocratie doit « chercher chaque homme en particulier au milieu de la foule », la prison rééducative est certes ce qui s'en rapproche le plus dans l'état actuel des connaissances. Au-delà de tous les objectifs, contradictoires ou non, que le système pénal et la société ont voulu donner à la prison, il ne reste finalement, quand tous les discours se sont tus, qu'une conception de l'être humain et de son devenir. On y croit ou on n'y croit pas : il ne peut y avoir d'autre issue. La rééducation, sans complaisance et sans tomber dans l'utopie, c'est parier qu'il existe un avenir pour toute personne et que, même en prison, la vie peut reprendre son sens. Où que l'on vive, peut-il en être autrement ? Question de vie... ou de mort ! (Lemire, p. 189).

D. – *Des solutions de rechange à l'emprisonnement, sérieuses et rigoureuses*

Deux criminologues américains (Morris et Tonry, 1990) nous ont rappelé il y a quelques années qu'*entre la prison et la probation* (selon le titre de leur livre) il y a une kyrielle de « punitions intermédiaires » (selon leur sous-titre) ou de « sanctions intermédiaires » *sous*-utilisées ou *mal* utilisées. Je partage ce point de vue. A l'occasion, nous sommes encore trop sévères et nous emprisonnons des personnes qui ne représentent pas un risque indu pour la société, *si* le contrôle et la relation d'aide en milieu libre étaient de plus grande qualité. A l'occasion, également, nous sommes trop indulgents envers certaines personnes condamnées à une « simple » probation, *sans* encadrement de qualité. Certes, la probation ordinaire est quelquefois suffisante, sinon nous risquons de tuer une mouche avec un marteau. Toutefois, nous avons besoin d'une *diversité* de mesures communautaires que nous avons développées en partie depuis plus de dix ans maintenant, mais sans tout le *sérieux* et la *rigueur* convenable : que ce soit la probation ou la libération conditionnelle intensive ; les maisons de transition ; les travaux compensatoires ou communautaires ; les programmes d'éducation (Alcofrein) ou de traitement psychologique et physique... Ce sérieux et cette rigueur défaillante, à l'occasion, sont la plupart du temps liés aux ressources insuffisantes. L'Etat a eu tendance à se débarrasser quelquefois d'un problème à trop bon compte. Si un détenu coûte $50 000 par année, l'Etat décide alors de le ré-orienter vers un organisme communautaire à qui l'on verse, par exemple, l'équivalent de $1 000 ou $2 000 par année : c'est le cas des travaux compensatoires et communautaires. Ce n'est pas toujours suffisant pour « faire un bon travail ». Cette sentence devient ainsi une sanction *cheap*, bon marché, qui ne donne pas tous les résultats escomptés. La crédibilité d'une telle sanction est ainsi remise en question par l'Etat, le juge et le citoyen. Le risque est d'abandonner par la suite l'usage d'une telle sanction alors qu'elle n'a même pas eu la chance de prendre son envol. Peut-on alors parler de l'échec des mesures de rechange à l'emprisonnement ? Certes pas, mais encore faut-il amener l'Etat à mieux partager les ressources correctionnelles. Même à budget égal (la crise des finances publiques l'oblige ?) : moins dans les prisons, plus pour les solutions de rechange de qualité. Il nous faudra également une bonne dose d'imagination créatrice au cours des prochaines années afin de continuer d'innover dans un contexte budgétaire fort difficile. « Faire plus avec moins », « faire mieux avec moins », c'est un cliché, mais nous sommes condamnés à relever ce défi. Le titre des livres nord-américains récents sur les « alternatives » nous y invitent : *A Rational Sentencing System, Smart Sentencing, Creative Sentencing, Innovative Sentencing*... L'étiquette la plus à la mode : *Designer Sentencing* est un plaidoyer pour des sentences intermédiaires « taillées sur mesure » ! Il ne s'agit plus de choisir entre une « sentence dure » (la prison) et une « sentence douce » (la probation ordinaire), mais de choisir une *sentence intelligente*. C'est le défi véritable de l'an 2000 !

CONCLUSION

L'Etat et la communauté, le délinquant et la victime, au-delà de ce que les expressions comportent de clichés, sont des partenaires et des « co-producteurs de réinsertion sociale » au sein du système pénal, sous l'éclairage d'une justice pénale en perpétuelle évolution. Nous ne pouvons plus nous renvoyer la balle. Il faut l'attraper au vol. Un exemple de succès (*Success Story*) récent nous indique que ce partenariat en vaut la chandelle. Il s'agit de trois villes de Californie qui ont décidé de s'occuper de leurs affaires pénales. La capacité de leurs prisons étaient de 500 cellules. Au lieu de construire de nouvelles prisons comme partout aux Etats-Unis, les acteurs du système pénal et les citoyens ont décidé de mieux sélectionner pour la prison les cas les plus « dangereux » et de développer des solutions de rechange sérieuses pour les autres délinquants. Sur une période de cinq ans, les crimes de violence ont diminué de 38 %, les vols à main armée de 41 % et les vols par effraction de 29 %, alors que la criminalité augmentait ailleurs dans des villes similaires.

Sans rêver en couleurs et toutes proportions gardées, qui dit mieux ?

Bibliographie

J.M. Byrne, A.J. Lurigio, J. Petersilia, Editors, *Smart sentencing : the emergence of intermediate sanctions,* California, Sage, 1992.

S.G. Calabresi, « Creative sentencing should be limited », *in* S.L. Tipp, Editor, *America's prisons : opposing viewpoints.* San Diego, Greenhaven Press, 1992, 206-213. *Note :* Dans cet article, l'auteur traite du *Designer Sentencing.*

G. Lemire, *Anatomie de la prison.* Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1990.

D. Lipton, R. Martinson, J. Wilks, *The effectiveness of correctional treatment : A survey of treatment evaluation studies.* New York, Praeger, 1975.

R. Martinson, « What works ? Questions and answers about prison reform », *Public interest,* 35, 2, 22-54, 1974.

B.R. McCarthy, Editor, *Intermediate punishments : intensive supervision, home confinement and electronic surveillance.* New York, Criminal Justice Press, 2e édition, 1992.

M. Mauer, « Creative sentencing is effective », *in* S.L. Tipp, Editor, *America's prisons : opposing viewpoints.* San Diego, Greenhaven Press, 1992, 199-205.

N. Morris, M. Tonry, *Between prison and probation : intermediate punishments in a rational sentencing system,* New York, Oxford University Press, 1990.

F. CHRONIQUE DE POLICE

De la policiologie

Jean SUSINI

Président honoraire de l'Association française de criminologie *

Tout a commencé en 430 avant notre ère à Athènes par la mise en scène d'une enquête royalement engagée. Œdipe-Roi y perdit sa majesté. Mais la police entra dans son historicité.

I. - DE LA RÉVOLUTION ŒDIPIENNE À LA POLICIOLOGIE

Le Roi décida de poursuivre le régicide. Il commença par lancer contre lui une irrévocable malédiction : « quelque soit le coupable, j'interdis, en tous lieux où s'étend mon autorité souveraine, que quiconque l'accueille, lui parle, l'associe aux prières, aux sacrifices, aux lustrations : vous devez tous l'écarter comme portant souillure... ».

Mobilisant ainsi tous les attributs de son absolutisme : toute-puissance et omniscience, devant le Coryphée et le Chœur, s'attendait-il à voir l'assassin s'affoler... Mais il ajoutait : « Où donc sont-ils ces meurtriers ? Où retrouver la trace d'un crime ancien ? Sans témoignage, sans indice ?... Ce mystère, je remonterai à sa source, moi je l'éclaircirai... je prends l'affaire en mains... Il va de soi que mes recherches tourneraient court si on ne me fournissait pas d'indice... ». Puis s'irritant : « le peuple tout entier doit enquêter sur le meurtre de son Roi... ». Il convoqua le plus fameux devin, envoya consulter les Oracles.

Les péripéties de l'enquête, ainsi mise en scène, firent défiler les réactions classiques observables dans toutes les recherches criminelles : suspicions, hypothèses, bandits de rencontre, complot, subornation de témoins, complicités insolites, incitation à la dénonciation par menace ou promesse de récompense, le devin opposa même le secret professionnel au monarque... Enfin, au terme d'une progression de révélations Œdipe éclata littéralement en aveux (du type « conscience jugée » évoqué par P. Ricœur [1]).

Œdipe avait mis en scène la logique pratique de toute enquête contrainte de recourir au raisonnement inquisitorial.

Sur la scène le pouvoir absolu, incarné s'était transformé en enquêteur classique. La rationalité policiologique entrait en scène. Le prince allait découvrir en elle une salutaire prothèse, surtout s'il lui fallait persister à symboliser la toute-puissance, l'omniscience, l'inffaillibilité...

* Ancien chef du bureau de la criminologie et des sciences humaines de la police nationale.

1. *Le conflit des interprétations,* Paul Ricœur.

La souveraineté perdait sa crédibilité paradivine. Le pouvoir ne pouvant avouer qu'il se peut affronter l'impossible... ! Les impératifs de l'enquête exposés en 430 avant notre ère sont toujours aussi pertinents. L'infaillibilité liée à l'image d'un pouvoir lui-même à l'image de Dieu n'était plus crédible. Ne pouvait rassurer. La mise en scène introduit la notion de technicité, et l'infaillibilité est remplacée par la notion de probabilité perfectible.

Il y eut donc une efficacité nulle (du moins par référence au type de rationalité en vigueur – mais déjà la raison en Grèce ne manquait pas d'éclat... Toutefois, l'ethnométhodologie nous invite à relativiser nos certitudes !). Puis le modèle fut atteint d'un certain scepticisme quant aux effets pratiques des manifestations symboliques, il reprit l'habitude d'aider la raison par des actes de contrainte excessive, ce fut la Question, ce fut l'Inquisition... Le pouvoir se laissait faire violence. Cela remettait toujours sur le tapis l'idée qu'il y a des inefficacités inacceptables. Et l'on se retourne alors, somme toute, vers une sorte de procédure « naturelle ». Ce qui est contraire aux valeurs que l'on défend... C'est là l'aporie la plus importante dont l'espèce humaine subit le poids... Puis la procédure signifia nettement la mise hors la loi des procédés indignes, contraires aux valeurs (Pic de la Mirandole mériterait d'être ressuscité : *De hominuis. Dignitate*[2]).

Et maintenant l'efficacité pourrait disposer d'une assistance scientifique et technique qui la ferait changer de nature et pourrait donner des idées au pouvoir.

Ainsi la police scientifique devinée par Œdipe en est-elle maintenant à engendrer des effets imprévisibles ? Mais ne va-t-elle pas trouver une alliée dans l'idée d'une politique scientifique ! La police détachée du magma politique d'antan avait fini par adopter une vitesse évolutive de croisière qui restait dans des limites raisonnables. Le droit pouvait la suivre de près. Y a-t-il en vue, dans l'ordre du possible, une candidature de la science au pouvoir ? A première vue, on dit non : mais si l'on réfléchit !...

Le problème des conséquences de l'explosion de la puissance scientifico-technique pour la société, pour l'humanité, il nous fallait bien l'évoquer dans la perspective policiologique. Toutes les institutions ont à lui faire face. Le pouvoir judiciaire aussi... La police scientifique, constituée et maîtrisée, dans le cadre du procès, ne pourrait-elle pas un jour devenir potentiellement trop efficace ! Donc, depuis Œdipe l'inquiétude s'est inversée : maintenant il y a trop d'efficacité possible...

D'autres données divinatoires peuvent s'extraire du modèle œdipien : les rapports entre le roi et le Coryphée sont ambigus. Quant au Chœur il figure une conscience publique naissante... Œdipe n'invite-t-il pas le peuple à l'aider... Ne supplie-t-il pas un mystérieux « on » ? Désormais, l'efficacité prendrait-elle une forme plus subtile ! Elle ne heurte plus grossièrement les sensibilités. Mais son exercice n'attirant plus l'immédiate attention n'en est-elle pas plus inquiétante ?

Mais là encore notre problématique rejoint toutes celles de l'actualité.

Curieusement, est-ce déchiffrable, sur la scène athénienne ce fut Œdipe-Roi qui entra le premier. Mais c'est le Coryphée qui eut le mot de la fin... Œdipe, méritait bien, sous l'angle policiologique, de survivre en mémoire. N'en disait-il pas plus qu'il ne disait !

II. – DÉVOILEMENT DU CHAMP POLICIOLOGIQUE

C'est un espace à créer. Dans l'attente de le rendre expérimental, stimulateur et « séminarisable » voici quelques orientations : la policiologie s'inscrit-elle dans l'évolution interactive de l'essence démocratique de la pratique policière ? Celle-ci ne doit

2. *De la dignité de l'homme,* Pico della Mirandolla.

pas être confondue avec les moyens dont elle a la garde et les technicités ou stratégies dont elle connaît l'exercice. Cette disposition est capitale. Elle participe à la mise en état éthique du système opérant. Entre la police et les moyens à elle confiés, il y a une séparation en quelque sorte ontologique. Son franchissement implique une mise de responsabilité consciente.

Le modèle œdipien, devant l'échec du pouvoir symbolisé, apportait quelque chose de rassurant. La police est de cet ordre. Elle ne doit jamais contribuer à des campagnes d'affolement. Il lui faut, par ses individualités fonctionnelles, symboliser la sécurité. Dans les cas où les pouvoirs politiques se désorganisent ; guerres, émeutes, grèves insurrectionnelles, changements brutaux de régime, catastrophes sociales ou dites naturelles, conflictualités de toute nature, de toute échelle (intime, familiale, collective) c'est l'individualisme policier qui doit entrer en scène et mettre en œuvre les invariants policiologiques qui sont toujours attendus, désirés, voire exigés, depuis les temps les plus lointains dans ces situations. Nous les évoquerons à propos de la police comme manifestation sociologique d'éthique...

La policiologie associe à la prise de conscience par le policier individuel (dont la structure d'individualité est une réserve d'énergie) de la complexité, voire même du paradoxe, de son action le devoir de dédramatisation aussi rapide que possible. Cela vaut même pour l'application de la loi pénale. L'intervention qui interrompt un procès vaut mieux qu'un flagrant délit. Il ne faut pas mélanger les valeurs instrumentales et les valeurs préventives.

Deux disciplines doivent faire partie intégrantes du montage psychologique et moral de l'action policiologiquement idéale : la criminalistique et la criminologie. Cela permettra de répercuter à la ligne frontale de la praxis les valeurs (cognitivo-éthiques) nées de la rencontre des ordres généraux de la science et de la pensée. Le savoir opérationnel y gagnera en sûreté, confiance, créativité, adaptabilité en temps réel, et liberté...

Nous employons tout naturellement la dénomination : le policier individuel. C'est façon d'introduire la notion d'individualisme policier qui joue un incontournable rôle dans l'articulation des missions relatives à la vitalisation des rapports entre la loi et les sujets. L'objet policiologique doit donc répondre à une pluralité de besoins et désirs. C'est pourquoi la notion d'individualisme policier nous paraît utile. Elle fait jouer à l'inter-individualité un rôle à ce jour méconnu. L'objet policiologique doit avoir une structure articulant la simultanéité des valeurs essentielles qui caractérisent l'acte authentiquement de police. Ces valeurs sont d'ordre épistémologique, éthique.

Ces deux ordres de données en se fondant dans l'unité de l'acte impliquent : connaissance technico-scientifique articulée à la situation concrète, compte tenu des pondérations ou ajustements spécifiques prévus par la loi de procédure (on ne peut pas tout faire comme en activisme naturel). On peut dire que la construction de l'objet policiologique dépend des procédures qui contribuent à son identification. Il s'agit le plus souvent du travail de police interne, une fois les faits saisis dans leur concrétion.

Ainsi épistémologie adaptée à la singularité de l'objet (parfois un signalement c'est une vision fugitive, datable, impliquant un état civil...). Ethique participant à l'obligation policiologique de faire. Comme s'il y avait d'emblée éthicité dès l'entrée en état de conscience policiologique. On voit que le droit et la morale jouent un rôle déterminant, voire consubstantiel, dans l'approche policiologique formelle. La légalité fait partie de la sensibilité policiologique. Au moment de l'impulsion à l'agir la loi morale doit infiltrer la décision.

Notre insistante évocation de l'individualisme est à la mesure de l'importance de ces valeurs au moment où les policiers ont à affronter des turbulences imprévisibles. C'est l'individualisme policiologique qui les aide à faire face. Le pouvoir tentera-t-il de placer entre lui et la police un écart lui permettant d'exiger d'agir selon une volonté

non éclairée... Toutes ces réflexions concernent bien un *lieu* de réflexion policiologique, indépendant et ouvert à l'ensemble des approches susceptibles d'un apport concret.

II. – A PROPOS DES RÉFÉRENCES POUVANT CONTRIBUER À ENSEMENCER LE CHAMP POLICIOLOGIQUE

Il s'agit de suggestions. L'ordre des sciences et des pensées qui animent nos cultures est immense.

1. *Anthropologie philosophique*

L'UNESCO a récemment publié un substantiel ouvrage décrivant les tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines [3]. Le panorama s'achève sur la philosophie. C'est Paul Ricœur qui a présenté le panorama de la pensée philosophique dans le monde. N'est-il pas symbolique que ce soit la philosophie qui ait parlé la dernière ?

Pour notre propos, on note que l'intérêt concerne les disciplines et problématiques : philosophie sociale et politique, philosophie du droit et philosophie politique. On voit s'affirmer un « discours où se détermine directement une partie essentielle de l'humain dans l'homme ». C'est par une méditation de caractère plus ontologique qu'est introduite l'anthropologie philosophique.

Pour notre actuel propos, on se contentera de noter que le développement de l'anthropologie philosophique s'attache à une meilleure connaissance de la représentation des rapports tumultueux de l'homme et de la réalité sociale plus ou moins sienne. Le référent scientiste est mort-né. Le besoin de référence à un fondement intégrable au réel quotidien est en fait l'objet prioritaire du policiologue. Comme le philosophe anthropologue il doit vérifier la solidité de l'Être (sous les sens latents et développables du verbe être) que l'imagerie (picturale, rhétorique, musicale, sophiste, politicienne, régalienne, plus libérée qu'il n'est possible...) propose aux puissances du désir, à l'éternel conflit des devoirs et des droits... Toutes ces conflictualités, refoulantes ou explosantes, réalisent sur le terrain, dans une sorte d'arène, un état (où le verbe être évoque l'image d'une boussole prisonnière d'une névrose expérimentale) qui exige la composition d'une policiologie, crédible, non soumise aux alternatives de la lutte sociale. L'anthropologue philosophe s'interroge sur la raison qui fait que les rapports de l'humain à la réalité sociale (qui ne peut être tenue pour trop sienne) se manifeste à travers les trois thématiques brûlantes d'actualité : liberté et institutions, pouvoir et violence, violence et discours. Thèmes qu'à froid, au suivi, même héroïquement, une policiologie crédible, en mesure de bâtir un *corpus* opposable, elle qui est née d'une révolution dans le palais, au travers de laquelle le très symbolique Œdipe lui a ouvert la voie, cette policiologie consciente de sa responsabilité, doit tenir en perpétuel état de vie... donc de vigilance.

2. *Anthropologie juridique*

Un thème d'intérêt policiologique actuellement mis en traitement par l'anthropologie juridique doit être évoqué [4]. Il concerne ce que l'on désigne et englobe sous le mot vengeance. Il est pour le policiologue, inévitablement criminologue, du plus haut intérêt. Cette mise en état de démystification d'une conduite aussi importante et fréquente mais réduite à une appellation stéréotypisante pleine de significations et d'ambiguïtés, répond à un désir naturel vécu par le policier individuel, dans le non-dit de

3. *Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales humaines,* UNESCO.
4. *La vengeance,* textes présentés par G. Courtois, Ed. Cujas, 1984.

son face-à-face avec des violents qui curieusement font souvent allusion, et apparemment de bonne foi – à l'injustice subie... Une telle libération de la pensée bloquée par un mot tabou, un peu comme celui de terrorisme, et délivrant la quête de concepts nouveaux pour correspondre à la complexité de l'objet policiologiquement rencontré dans une perspective précriminologique, ne peut que le réjouir.

Sur le terrain les formes subtiles, masquées, fantasmées, rationalisées, de ce désir de vengeance inscrit chez l'humain peut-être de façon aussi fondamentale que la libido, sont au menu quotidien de l'interaction policiologique.

Le policier individuel, dont l'individualité est la valeur opérationnelle essentielle, ne peut qu'être intéressé par la radioscopie radicale d'un mot bien trop lourd.

C'est la raison pour laquelle nous proposons que celui-ci reçoive un accueil prioritaire dans le champ policiologique. Il faut se libérer de l'empirisme réducteur et d'un positivisme dépassé et stérilisateur. Et sur le projet d'une recherche se réalisant à travers des termes tels que : logique vindicatoire, de l'institution de la vengeance, de son acceptation (il y eut un droit grec de vengeance), vengeance mesurée, équilibrée, le sang et ses équivalents, la vengeance et le tribunal... Du même coup, l'anthropologie policiologique pourra consolider et substantialiser sa contribution à l'anthropologie criminologique.

IV. – TRANSITION

La policiologie, organisée autour de la notion d'individualisme policiologique, se doit de composer son champ. La police instituée, découvrant ainsi sa perspective anthropologique, la visant elle-même et son objectif, aura à élaborer une recherche concernant sa nature d'institution fondamentale. D'où dérivent ses conduites pratiques.

L'individualisme policiologique a, d'autre part, vocation à devenir le lieu d'enracinement éthique de la police. Cette incontournable valeur cachée par les pouvoirs qui n'assurent plus la continuité existentielle sociétale est de plus en plus mise à contribution.

Sans doute, cela nous fera-t-il aborder l'horizon de l'anthropologie dogmatique [5]. Ce ne sera plus à l'énigmatique Œdipe, qui fut à lui-même le Sphinx, mais au mystérieux Narcisse qu'il nous faudra faire appel [6].

5. *Dieu au miroir, Etudes sur l'institution des images,* P. Legendre, Fayard, 1994.

6. V. aussi, cette *chronique,* L'odyssée de l'aveu, cette *Revue* 4.1982, Le nouveau paradigme de la police, cette *Revue* 2.1990, et Police en mouvement, cette *Revue* 2.1994.

I. - CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE DANS UNE EUROPE DES FRONTIÈRES OUVERTES *
ACADÉMIE DE DROIT EUROPÉEN DE TRÈVES
(Trèves, 1er et 2 décembre 1994)

Les affaires de la criminalité organisée fleurissent : des syndicats de gansters opérant à l'échelle internationale réalisent selon des estimations officielles un « chiffre d'affaires » de jusqu'à un billion de dollars. Rien qu'en Allemagne, la police fédérale (*Bundeskriminalamt* = BKA) chiffre les dégâts causés annuellement à presque deux milliards de marks. L'Académie de droit européen de Trèves a organisé les 1er et 2 décembre 1994 en coopération avec l'Association pour le droit pénal européen (*Vereinigung für Europäisches Strafecht* e.V.) une conférence sur le sujet explosif, « La criminalité dans une Europe des frontières ouvertes », qui a réuni à Trèves plus de 200 experts et représentants de haut niveau des médias de 18 pays.

Le professeur Dr Ulrich Sieber, expert de renommée internationale dans le domaine du droit de l'informatique et des questions de la criminalité organisée de l'Université de Würzburg et président de la conférence, était parvenu à obtenir pour cette occasion la participation des spécialistes mondialement les plus réputés dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée : notamment Hans Ludwig Zachert, président de la Police fédérale (BKA), Dr Leoluca Orlando, maire de la ville de Palerme, le professeur Ronald Goldstock, directeur du New York State Organised Crime Task Force, le général Gennady Chebotarev, ministère russe de l'Intérieur, le professeur Dr Emil Plywaczewski, président de la Fondation Giovanni Falcone, le professeur Dr Koichi Miyazawa, Université Keio de Tokyo. Il était prévu que, suite à la Conférence intergouvernementale des Nations Unies à Naples sur la lutte contre le crime, un groupe de chercheurs et de praticiens issus de toutes les régions du monde dans lesquelles sont pratiquées différentes méthodes de lutte contre la criminalité organisée, élabore une stratégie efficace contre les syndicats et les groupes de criminels impliqués au niveau international et opérant à l'échelle mondiale. Comme l'a souligné le président de la conférence, le professeur Sieber, il s'agissait avant tout de développer de nouveaux modèles alternatifs de solution permettant de détruire les marchés et les structures logistiques des bandes organisées.

Le président du Comité directeur de l'Académie de droit européen de Trèves, le ministre de la Justice de Rhénanie-Palatinat Peter Caesar, souligna dans ce cadre que la lutte contre la criminalité organisée ne pouvait plus, désormais, être comprise comme une tâche nationale, mais nécessitait de façon urgente des stratégies de lutte transfrontalières. Une imbrication de la Police et de la Justice en Europe serait un début efficace. Cela est-il en voie de réalisation ? Jusqu'à présent, non. Selon le ministre Caesar, les délits issus du domaine de la criminalité organisée et allant du trafic de

* Colloque international organisé par l'Académie de droit européen de Trèves en collaboration avec la *Vereinigung für Europaïsches Strafrechte.* V. (Association pour le droit pénal européen) et avec l'appui de la Commission des Communautés européennes, à Trèves les 1er et 2 décembre 1994.

drogues, du racket de taxes de protection, de la contrebande d'armes et du commerce humain jusqu'au meurtre seraient encore traités selon les procédures nationales. Une conception unitaire ferait défaut.

En ce qui concerne la situation actuelle en Allemagne, le professeur Dr Ulrich Sieber fit un rapport sur les résultats d'une étude récente sur « La logistique de la criminalité organisée » qu'il a effectuée sur demande de la police fédérale (BKA). Grâce à un nouveau point de départ de sciences économiques et orienté d'après le marché, cette recherche aurait mis à jour des structures de marché de la criminalité organisée : dans de nombreux secteurs du crime, la situation en Allemagne serait caractérisée par un marché illégal oligopolistique. Les parts de marché détenues par les bandes saisies seraient reprises par d'autres groupes, souvent mieux cloisonnés, plus développés et agissant avec plus de brutalité. A partir des exemples du trafic de véhicules volés, de l'exploitation de la prostitution et des jeux de chance illégaux, le professeur Sieber décrivit des possibilités juridiques, techniques et organisationnelles concrètes pour perturber les structures logistiques des bandes criminelles organisées et permettre un meilleur contrôle du crime. Toujours selon le professeur Sieber, seule une telle conception globale permettrait d'empêcher le noyautage de la politique, de l'économie et de la société.

Ceci fut ensuite confirmé pour la situation en Europe occidentale. M. Franco Lettieri, avocat, traita du pays d'origine de la mafia, où le gain tiré du crime organisé durant l'année écoulée a largement dépassé les 100 milliards de marks. Depuis récemment, la « pieuvre » italienne qui serait bien implantée au sein de la politique et de l'économie se concentrerait surtout sur les fraudes aux subventions de la Communauté européenne ; compte tenu d'un volume budgétaire de 140 milliars de marks, une source de revenus lucrative.

Une partie essentielle de la conférence a été consacrée à la situation menaçante dans les Etats d'Europe orientale. Dans les seuls Etats successeurs de l'Union soviétique 5 000 syndicats existeraient déjà qui tenteraient systématiquement de miner les institutions étatiques. Le général Gennady Chebotarev, responsable de la criminalité organisée au ministère russe de l'Intérieur, présenta les informations les plus récentes issues de ses propres missions. La Russie offrirait à la mafia, en raison de la situation générale confuse, des conditions idéales. Ses développements furent confirmés par Jörg Trauboth qui parla des expériences de son entreprise de conseil en *Control Risks*. Un pourcentage élevé de firmes étrangères se verraient exposées en Russie à des rackets de taxes de protection et à d'autres formes de chantage. Le professeur Dr Emil Plywaczewski renvoya à cet égard aux nombreux liens entre les bandes russes, polonaises et ouest-européennes, qu'il releva surtout dans les domaines du trafic illégal de véhicules volés, du commerce humain et de la prostitution.

A la suite des rapports d'expériences européennes, des contributions d'autres continents démontrèrent jusqu'où vont les ramifications internationales. Le professeur Ronald Goldstock de New York présenta les origines et l'évolution du crime organisé américain, qui s'est initialement surtout développé à partir de structures « d'immigrants » italiens préexistantes. La législation RICO serait aujourd'hui à considérer comme une tentative spécifiquement dirigée contre les organisations criminelles. Le professeur Dr Koichi Miyazawa expliqua les particularités de la *yakusa* japonaise. Le syndicat le mieux organisé du monde, qui serait organisé selon une hiérarchie stricte, disposerait de plus de 90 000 membres qui proposent de la drogue, des filles, des jeux de chance ainsi que des marchés d'armes.

Le président de la Police fédérale (BKA) Hans Ludwig Zachert relata, lors du deuxième jour de la conférence, les premières expériences avec la nouvelle loi sur le blanchiment d'argent. Malgré le nombre important de signalements de soupçons il ne serait pas encore possible de constater des succès notoires. Ceci serait dû avant tout

aux dispositions insuffisantes relatives à la nouvelle législation. L'intervention du maire de Palerme, M. Leoluca Orlando, ne montra pas seulement par des développements impressionnants quant au sujet traité mais surtout aussi par l'étendue des mesures de sécurité nécessaires – inconnue jusque-là avec cette ampleur dans l'histoire de l'Académie de droit européen de Trèves – jusqu'où va le pouvoir du crime organisé.

Dans son allocution de clôture, le professeur Sieber exprima l'espoir que l'échange international d'idées entre les chercheurs et les praticiens commencé dans le cadre de la conférence de l'Académie de droit européen de Trèves et indispensable pour l'avenir se développe en vue de devenir une institution efficace et de longue durée. Compte tenu des imbrications internationales des bandes et des syndicats internationaux, une étroite synchronisation internationale serait capitale. Les frontières ne devraient pas être ouvertes pour les criminels seulement, mais aussi pour la prévention et la lutte contre la criminalité organisée.

Ernst MERZ
Directeur de l'Académie de droit européen de Trèves
et Dr Joachim KINEL
Chef des relations publiques

DIXIÈMES ASSISES NATIONALES DES SERVICES D'AIDE AUX VICTIMES (INAVEM)
(Paris, 16 et 17 juin 1994)
« DIX ANS D'ACTIONS EN FAVEUR DES VICTIMES D'INFRACTIONS PÉNALES »

Les Dixièmes assises nationales des services d'aide aux victimes se sont déroulées à Paris sous l'égide de l'INAVEM [1], les 16 et 17 juin 1994 ; elles ont remporté un incontestable succès. Les services d'aide aux victimes et leurs partenaires étaient invités à dresser le bilan de « Dix ans d'actions en faveur des victimes d'infractions pénales ». Les participants, au nombre de quatre cents, ont aisément pris la mesure du travail de préparation de ces journées réalisé par l'association « Paris Aide aux victimes » [2]. Un imposant dossier d'accueil les attendait à leur arrivée, y figuraient notamment les résultats d'une enquête sur l'évolution des services d'aide aux victimes, de leur création à 1994. Luc Barret, président de l'INAVEM, en a repris les principales conclusions dans son allocution introductive. Enfin, l'intervention du garde des Sceaux, Pierre Méhaignerie, en ouverture de ces assises et ses échanges avec l'assistance auront donné un retentissement particulier à l'événement.

Le programme des Dixièmes assises prévoyait de laisser, dans un premier temps, libre cours aux différentes formes d'expression de l'aide aux victimes : sur la scène judiciaire et législative tout d'abord, par rapport à la politique de la ville ensuite, et enfin du point de vue de la psychologie et de la sociologie. Les associations, qui avaient été préalablement interrogées sur les thèmes de réflexion à approfondir, s'étaient arrêtées sur les cinq questions suivantes : (1) Connaître la victime et ses attentes ; (2) Les victimes et le judiciaire ; (3) Services d'aide aux victimes, victimes et corps médical ; (4) Victimes, police et gendarmerie ; (5) Assurance et victime. Des ateliers ont donc été dans un deuxième temps consacrés à chacun de ces sujets. Une table ronde était enfin organisée sur le thème « Vers une éthique commune de l'intervention auprès des victimes ». Une universitaire anglaise spécialiste de la question a fait ensuite état des perspectives de développement de l'aide aux victimes en Europe.

1. Institut national d'aide aux victimes et de médiation (4-14, rue Ferrus, 75014 Paris, tél. 45.88.19.00).

2. « Paris Aide aux victimes » (4-14, rue Ferrus, 75014 Paris, tél. 45.88.41.00) tient à la disposition des personnes intéressées son dossier « Assises 1994 ».

Introduction de Luc Barret, président de l'INAVEM

Les premières associations d'aide aux victimes sont nées en 1983 du rapport *Milliez*, a rappelé Luc Barret, président de l'INAVEM, dans son allocution d'ouverture [3]. Le mouvement d'aide aux victimes s'est construit progressivement, enrichissant de manière permanente la nature et le domaine de ses interventions [4]. En premier lieu, leur intervention est aujourd'hui plus précoce par rapport à l'agression, pour limiter notamment les phénomènes de victimisation secondaire, lorsque la victimisation liée au système l'emporte sur les conséquences directes de l'infraction. Les services d'aide aux victimes, longtemps constitués sur un mode recours, prennent de plus en plus souvent l'initiative du premier contact avec les victimes. Deuxièmement, l'évolution des services d'aide aux victimes s'est produite dans le sens d'une prise en compte globale des problèmes des victimes. Cette orientation se traduit précisément par la recherche de nouveaux partenaires. Deux axes sont prioritaires : l'accompagnement dans le processus judiciaire d'une part, et la prise en compte de la dimension psychologique des problèmes que présente la victime d'autre part. Le président de l'INAVEM a cependant indiqué que le développement des services d'aide aux victimes reste fragile : « Leur financement est souvent encore source d'inquiétudes pour nos associations qui souhaitent inscrire de façon légitime leurs actions dans une certaine pérennité. »

Allocution de Pierre Méhaignerie, garde des Sceaux

Le ministre de la Justice a précisé que l'aide aux victimes relevait avant tout de l'exercice sans faille de l'action publique, dans sa fonction de rappel des valeurs fondamentales de la société. « Le rôle des parquets concerne aussi la réparation des préjudices, l'accueil et l'information des victimes sont donc essentiels », a-t-il ajouté. Cependant, si ces considérations s'adressent évidemment aux victimes qui se manifestent par une démarche volontaire, « il faut que des initiatives soient prises pour leur proposer aide et assistance lorsqu'elles s'en abstiennent : comment ne pas voir en effet que les victimes les plus touchées, les plus traumatisées, celles qui se trouvent dans les situations de détresse les plus profondes, sont en réalité celles-là mêmes qui ne sont pas en état d'engager cette démarche... ». Les services d'aide aux victimes interviennent à ce niveau car « pour essentiel que soit le rôle des magistrats professionnels, ils ne peuvent à eux seuls apporter une réponse à la fois totalement satisfaisante et qui s'inscrive dans la durée ». Le garde des Sceaux a rappelé l'intérêt de la formule associative : un accueil global et l'expression d'une solidarité sociale, complémentaire du service public de la justice, notamment dans le cadre de la justice de proximité.

I. – LES DIFFÉRENTES EXPRESSIONS DE L'AIDE AUX VICTIMES

L'aide aux victimes aux plans judiciaire et législatif

MM. Bruno Cotte, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, Emmanuel de Givry, premier vice-président au tribunal de grande instance de Paris et le bâtonnier Jean-René Farthouat ont présenté l'évolution de la prise en

3. Ministère de la Justice, *Rapport de la commission d'étude et de propositions dans le domaine de l'aide aux victimes*, sous la présidence de M. le professeur Milliez, juin 1982, 126 pages.

4. L'INAVEM regroupe, en 1995, 150 associations et bureaux d'aide aux victimes, soutenus par les pouvoirs publics : Etat et collectivités locales. Les services d'aide aux victimes animent près de 500 permanences d'accueil et reçoivent chaque année 75 000 personnes. Sur dix ans, les services d'aide aux victimes ont diversifié leur public (accidents de la circulation, catastrophes naturelles, accidents collectifs...) et leurs activités (médiation, accès au droit, prévention de la déliquance), le personnel aussi bien salarié que bénévole s'est en outre professionnalisé et les méthodes de travail se sont perfectionnées. Enfin les lieux d'accueil se sont multipliés, pour faire de l'aide aux victimes un véritable service de proximité.

charge des victimes aux plans judiciaire et législatif. Le temps fort de cette évolution aura d'évidence été, depuis 1977, l'organisation progressive par l'Etat d'un régime de solidarité en faveur des victimes les plus gravement atteintes, par le recours aux commissions d'indemnisation des victimes d'infractions [5] et le développement de la médiation pénale qui contribue à la réparation du préjudice subi par la victime [6]. « L'impératif du maintien de l'ordre public, les multiples contraintes de gestion de l'appareil pénal, les caractéristiques socioprofessionnelles des auteurs d'infractions, sont autant de facteurs qui viennent contrarier les efforts pour une prise en charge toujours plus effective des victimes ; dans ces conditions la création d'un système d'indemnisation dissociant la réparation du processus pénal a-t-elle fini par s'imposer », a expliqué Emmanuel de Givry [7].

L'aide aux victimes et la politique de la ville

La politique de la ville est une « politique de réduction des inégalités et des tensions sociales... une politique de lutte contre les dysfonctionnements de tous ordres induits par la vie urbaine » a rappelé Marie-Pierre de Liège, déléguée adjointe à la Délégation interministérielle à la ville. Elle a ensuite souligné le rôle actif des services d'aide aux victimes dans la lutte contre l'insécurité, depuis la création des Conseils de prévention de la délinquance en 1983 [8]. Plus tard en 1988, le décret instituant la Délégation interministérielle à la ville et le Conseil national des villes a également inscrit la médiation au rang de priorité.

Les apports de la psychologie à l'aide aux victimes

Claude Barrois, professeur agrégé (Val-de-Grâce), psychanalyste et expert près la cour d'appel de Paris, a souligné qu'il était impératif que dans l'aide aux victimes chacun s'en tienne à son rôle : « les accueillants ne doivent pas s'identifier à la victime ni reproduire avec elle la relation d'agression originelle mais exprimer l'objectif de réparation, d'aide et de solidarité envers les victimes, de la collectivité nationale et de l'Etat ». Il s'est ensuite arrêté sur le problème de l'aide aux victimes comme action de solidarité : face à l'éclatement du tissu social, la création de services substitutifs tels les services d'aide aux victimes est venue pallier « les insuffisances d'une société devenue étrangère aux échecs, aux victimes et aux souffrances qu'elle secrète elle-même en partie ».

La victime : un enjeu social et politique

Sebastian Roché, chercheur au Centre national de la recherche scientifique (CERAT, Grenoble), a présenté une analyse sociologique de la victime comme enjeu social et politique, parce que l'Etat n'est plus en mesure d'assurer le « contrat social » par lequel il revendique la régulation de la sécurité. Depuis 1950, le nombre des victimes d'infractions pénales a augmenté dans tous les pays occidentaux et le fait d'être victime, d'une atteinte aux biens ou à la personne, est aujourd'hui le signe d'une vie normale. La conséquence de cette situation est l'apparition d'une logique assuran-

5. Loi du 6 juillet 1990 relative à l'indemnisation des victimes d'infractions pénales.

6. Art. 41 c. pr. pén. et circulaire Crim. 92.13, SDJC du 2 oct. 1992.

7. Sur la période récente, le montant des indemnités réglées par l'Etat sur la base des décisions des CIVI s'élevait en 1988 à 70 MF (956 requêtes acceptées). En 1993, 5 175 affaires nouvelles ont été portées devant les CIVI, le Fonds de garantie a versé aux victimes 321 MF (3 783 décisions favorables).

8. Par recoupement entre l'implantation des services d'aide aux victimes et la géographie des contrats de ville, l'INAVEM a constaté que les villes qui bénéficient de contrats avec l'Etat sont couvertes à 78 % par les services d'aide aux victimes en province et 47,5 % en région parisienne.

tielle qui prend le pas sur la logique pénale. La garantie contre l'infraction devient l'assurance d'être indemnisé, et quasiment plus la sanction de l'auteur.

II. – LES ATELIERS DE RÉFLEXIONS

1. *Connaître la victime et ses attentes*

Les associations ont confirmé le soutien nécessaire de psychologues et l'intérêt d'une formation spécifique pour les accueillants lorsqu'ils se trouvent confrontés aux victimes de violences sexuelles. Quant au suivi thérapeutique des victimes, il est extérieur au service d'aide aux victimes. L'orientation que réalise alors l'association suppose une connaissance précise des relais thérapeutiques disponibles. A la question d'une démarche dynamique des associations par rapport aux victimes les plus traumatisées, la réponse est sans équivoque : il est nécessaire de prendre contact, d'informer la victime (ou sa famille) de l'existence des services d'aide aux victimes, ensuite la victime décide ou non de répondre. Les participants ont enfin retenu que la réparation passait par la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur et éventuellement la sanction. La réparation n'est cependant jamais totale, les services d'aide aux victimes doivent donc parfois intervenir dans un rôle « pédagogique » auprès des victimes.

2. *Les victimes et le judiciaire*

La chaîne pénale, de la plainte à l'indemnisation des victimes, a servi de trame au déroulement de cet atelier. Les associations doivent être avant tout connues des victimes. L'utilité de l'inscription des coordonnées des services d'aide aux victimes sur les récépissés de dépôt de plainte est donc confirmée. Concernant l'information sur les suites données à la plainte, il a été suggéré qu'une personne soit désignée au sein de chaque parquet pour transmettre ces informations aux associations. Ensuite, au sujet de la « prise de conseil de la victime », cet atelier a permis de préciser que les actions respectives des avocats et des services d'aide aux victimes n'étaient pas concurrentes mais complémentaires. Avant l'audience, l'association intervient dans un rôle de préparation de la victime : explication du déroulement de l'audience, visite du tribunal... Enfin, les services d'aide aux victimes assistent les victimes pour l'établissement de leurs requêtes devant la commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

3. *SAV, victimes et corps médical*

Cet atelier a traité des deux thèmes de la responsabilité médicale et des certificats médicaux. La responsabilité médicale a été évoquée en distinguant l'action pénale de l'action indemnitaire. On a indiqué que 50 % des plaintes avaient pour origine un problème de communication entre le médecin et son patient. Les actions indemnitaires sont, pour leur part, fondées sur des règles de droit différentes selon que la victime a subi son dommage dans un établissement privé, à l'occasion de l'exercice libéral de la médecine ou dans un hôpital public. La responsabilité repose sur trois éléments : la faute, le dommage et le lien de causalité. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis la notion de responsabilité sans faute en milieu hospitalier, s'agissant de la réalisation du risque thérapeutique. Au sujet du certificat médical, il s'agit d'une pièce essentielle pour la victime lorsqu'elle veut intenter une action ou faire reconnaître ses droits. Or de nombreux certificats sont inutilisables, les médecins confondent fréquemment incapacité totale de travail personnel (ITT) et arrêt de travail.

4. *Victimes, police et gendarmerie*

Chaque année, 3,5 millions de plaintes sont déposées en France. L'aspect répétitif de ces plaintes n'est pas sans conséquences sur l'attention que les services de police et de gendarmerie portent aux victimes. Les perspectives de collaboration avec les services d'aide aux victimes sont nombreuses : conférences de sensibilisation et formation à l'aide aux victimes, désignation de correspondants des victimes dans les services de police et de gendarmerie, et installation d'antennes des associations dans les commissariats et gendarmeries. La condition de toute action commune est cependant que les services d'aide aux victimes confirment la disponibilité et la compétence professionnelle de leurs intervenants. De plus, l'amélioration des relations des associations avec les services de police et de gendarmerie passe par l'implication du parquet, lequel devrait définir une politique pénale locale précisant le rôle de chacun des partenaires. Enfin, l'impact des circulaires ministérielles ne peut pas être négligé dans un environnement très hiérarchisé.

5. *Assurance et victimes*

Cet atelier s'est intéressé d'une part à l'indemnisation des victimes corporelles d'accidents automobiles dans le cadre de la loi Badinter, et d'autre part à la protection juridique et la défense recours. Depuis la loi de 1985, l'assureur « responsabilité automobile » prend l'initiative d'indemniser la victime dans les délais légalement fixés. La victime reçoit de l'assureur toute information sur ses droits. Cependant, le problème se pose de la faute du conducteur : son indemnisation est refusée ou réduite, suivant que la faute est la cause exclusive ou partielle de l'accident. Quant à la protection juridique, elle est encore mal connue. En pratique, elle permet la prise en charge de certains frais relatifs à la défense des intérêts de la victime.

III. - VERS UNE ÉTHIQUE COMMUNE DE L'INTERVENTION AUPRÈS DES VICTIMES

La table ronde était animée par Paul Lefèvre, journaliste à Europe 1, qui a souhaité témoigner son estime à tous ceux qui, bénévoles ou non, contribuent à l'aide aux victimes : « Vous avez gagné contre l'indifférence, contre la négligence, contre l'égoïsme, vous avez gagné parce que vous existez, qu'il faut compter avec vous et que les raisons, les motivations, la présence de vos associations... ennoblissent notre société et nos institutions. » Des représentants des différentes professions qui interviennent auprès des victimes ont pu chacun exposer, suivant leur expérience personnelle, les principes éthiques de leur intervention. Jean-Pierre Rousseau, commissaire divisionnaire à Bobigny : « Les services d'aide aux victimes sont absolument incontournables... Les circulaires donnent une base formelle utile à toute collaboration (qui) ne peut se passer de la tutelle permanente du parquet. » Michèle Bernard-Requin, substitut du procureur près le tribunal de grande instance de Paris : « L'action publique doit s'exercer dans la sérénité... Le parquet doit concilier la prise en compte de la souffrance de la victime et la distance nécessaire (...) au moment du choix de la sanction pénale. » Olivier Rodat, professeur de médecine légale (Nantes) : « Diligence, compétence, prudence et respect de la confidence, cela me paraît être les points essentiels en matière d'expertise médico-légale. » Louis Crocq, médecin-général et professeur associé de psycho-pathologie : « Toutes les victimes sont aussi des victimes psychiques. Au nom de l'éthique, le psychiatre ou le psychologue doivent répondre à ce besoin. » Mme Isabelle Durufle et M. Michel Schegin, avocats à la cour d'appel de Paris : « Dans le débat judiciaire qui s'instaure à la suite d'une agression, il y a un déséquilibre très net au préjudice des victimes (...) la défense s'appuiera souvent sur la faute voire l'imprudence de la victime, il s'agit en conséquence de restituer sa dignité à la vic-

time. » Bernard Cerveau, président-directeur général de « L'Avenir », société de protection juridique : « L'éthique dans le cadre de l'assurance protection juridique, c'est l'indépendance d'esprit nécessaire au traitement du dossier et le respect du secret professionnel pour la protection des intérêts de la victime. » Claude Delpoux, directeur « responsabilité civile » à l'APSAD : « Dans un dossier de responsabilité, l'assureur doit d'abord faire vite, il doit ensuite faire clair, il faut que l'on joue cartes sur table. » Henriette Casimiro, directrice du SAVIM de Toulouse : « La spécificité des services d'aide aux victimes est d'aborder la victime dans sa globalité... Notre rôle, c'est de réinsérer la victime dans la société. »

IV. – LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT DE L'AIDE AUX VICTIMES EN EUROPE

Au cours des quinze dernières années, un taux d'activité remarquable a pu être constaté, tant au plan international qu'en Europe, lié aux victimes. La Société mondiale de victimologie, le Conseil de l'Europe et les Nations Unies ont souligné la nécessité de s'occuper des besoins de la victime dans le processus judiciaire. Les victimes demandent une assistance particulière à trois moments-clés de leurs parcours, a indiqué Sandra Walklate, *senior lecturer* à l'Université de Salford (Grande-Bretagne) : tout de suite après l'infraction, lorsque l'affaire est entendue par les tribunaux et lors de l'indemnisation. En termes pratiques, si l'on considère que les besoins des victimes rendent possible une offre de services, celle-ci peut s'exprimer ainsi : « Les droits des victimes doivent être pratiques, de première importance et universels. » Si ces conditions sont respectées, il existe quatre domaines dans lesquels les droits des victimes peuvent être renforcés en Europe : « Le droit de jouer un rôle actif dans le système pénal, le droit à l'information, le droit à l'aide financière, le droit au conseil et au soutien. »

Jean Favard, conseiller à la Cour de cassation, a résumé dans son allocution de clôture le sentiment de l'ensemble des participants aux Dixièmes Assises nationales des services d'aide aux victimes : « Dix ans c'est jeune, mais c'est le début de l'adolescence et l'adolescence ne se laisse pas conter n'importe quoi. »

Après Avignon – « Villes et victimes » (1991), Toulouse – « L'accès au droit » (1992), Strasbourg – « L'insécurité sociale » (1993) et Paris (1994), c'est l'association APERS d'Aix-en-Provence qui accueillera en 1995 les Onzièmes Assises nationales des services d'aide aux victimes sur le thème « Victimes, l'Epsilon irréparable ». Une réflexion sera engagée sur la réparation, pour en connaître et comprendre les limites, et ainsi mieux adapter les réponses des associations aux victimes.

Jean-Luc DOMENECH
Directeur de l'INAVEM

DEUXIÈME COLLOQUE D'ÉTHIQUE ÉCONOMIQUE CENTRE DE RECHERCHES EN ÉTHIQUE ÉCONOMIQUE ET DES AFFAIRES ET DÉONTOLOGIE PROFESSIONNELLE (Aix-en-Provence, 6 et 7 juillet 1995)

Le deuxième colloque d'éthique économique organisé par le Centre de recherches en éthique économique et des affaires et déontologie professionnelle de la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille-III aura lieu les 6 et 7 juillet 1995 à Aix-en-Provence.

Les principaux thèmes de ces deux journées seront :

– *le jeudi 6 juillet* : « Les fondements de l'éthique dans une société pluraliste » ;

– *le vendredi 7 juillet :* « Les chartes éthiques des entreprises », le matin, et « La justice dans la vie économique », l'après-midi.

Pour tous renseignements complémentaires, il faut s'adresser à M. le professeur Jean-Yves Naudet, directeur du Centre de recherches en éthique économique et des affaires et déontologie professionnelle, Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille III, 3, avenue Robert-Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex 1.

II. – DROITS ÉTRANGERS

LA COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD, ORGANE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

La Constitution intérimaire de l'Afrique du Sud prévoit qu'à côté de la division d'appel de la Cour suprême, qui siège à Bloemfontein, une autre haute juridiction sera créée : la Cour constitutionnelle qui prendra résidence à Johannesbourg, capitale économique de l'Etat. Cette nouvelle cour se voit confier le rôle d'interprète de la nouvelle Constitution. Cet organe a commencé à siéger depuis mi-février 1995.

Le travail que va devoir faire cette nouvelle institution est hors de l'ordinaire. La tâche qui attend les onze juges est colossale. Imaginons le juge en chef de la Cour suprême américaine, John Marshall en 1803, lorsqu'il commença avec ses collègues à interpréter la Constitution de 1787 avec un nombre d'affaires comportant les problèmes principaux qui ont intéressé la haute juridiction depuis environ deux siècles. Voici le travail qui attend la Cour constitutionnelle. Une entreprise extraordinaire mais périlleuse afin de créer une tradition, une pratique qui n'existe pas en Afrique du Sud. Le contrôle de constitutionnalité n'était cependant pas étranger aux républiques indépendantes afrikaans du XIXe siècle. L'Etat libre d'Orange comme le Transvaal avaient produit des Constitutions républicaines avec législatures sans pleine souveraineté. Certains droits se trouvaient garantis comme ceux d'assemblée, de pétition, d'égalité devant la loi, de propriété. Le *Volksraad* ne pouvait empiéter sur de tels droits en votant des lois contraires à ces principes. La magistrature supérieure de l'Etat libre possédait le droit d'interpréter la Constitution. Dans l'arrêt *Cassim & Solomon* v. *The State* la Haute Cour déclara que la loi de 1890, qui interdisait aux Asiatiques de s'établir dans l'Etat, n'était pas contraire à l'article 20 de la Constitution. Le Transvaal (République sud-africaine) arriva au même résultat mais après une crise grave entre exécutif et judiciaire. Dans l'arrêt *Brown* v. *Leyds,* le juge en chef Kotze déclara que la Constitution établissait les procédures pour le vote et la promulgation des lois ; si elles n'étaient pas respectées, les cours avaient compétence pour invalider la législation. Paul Kruger, mécontent d'une telle décision, fit voter une loi interdisant aux juges le droit de contrôler la constitutionnalité des lois. Après un conflit très grave, Kotze fut destitué par Kruger. Ces deux petites républiques boers indépendantes ont eu des juges qui prirent sur eux le principe de contrôle de constitutionnalité. Cela aurait pu faire partie intégrante de la tradition judiciaire sud-africaine. Ces développements n'eurent aucune suite et ne s'intégrèrent pas au système juridique sud-africain. Cette technique de protection ne s'imposa pas et fut oubliée après la guerre des Boers (1899-1902). Ces tentatives infructueuses auraient pu devenir le fondement d'une tradition qui ne se développa pas.

En s'inspirant des grands textes fondateurs de la Constitution britannique, de la Constitution américaine, de celle de la République fédérale d'Allemagne et de la Convention européenne des droits de l'homme, les constituants sud-africains ont voulu protéger les droits de l'homme et ont décidé qu'une cour spéciale interpréterait le nouveau texte fondamental. Ce nouvel organe garantit que la Constitution intérimaire ainsi que toutes celles à venir seront conformes à certains principes immuables. La nouvelle juridiction comprend un président et dix juges. C'est la nouvelle commission des services judiciaires, elle aussi prévue par la Constitution, qui a procédé aux auditions des candidats devant siéger à la Cour. Le président de la Cour est nommé par le Président de l'Etat après consultation du juge en chef de la Cour suprême. Tous les membres de la Cour doivent être citoyens sud-africains, avoir été membres de la Cour suprême, ou avoir été avocats ou avoués pendant au moins dix ans, ou avoir été enseignants en droit à l'université. Une personne peut aussi être nommée à cause de son expérience en droit constitutionnel ou en droit sud-africain. Les auditions auxquelles la commission a procédé ont suscité de grandes controverses rappelant un peu celles qui ont lieu devant le Sénat américain avant de confirmer un nouveau juge à la Cour suprême. La presse a considéré que les juges étaient partisans de l'*African National Congress* ou avaient fait montre de neutralité. On a même parlé d'*affirmative action* et de *political correctness*. Il n'y a aucun partisan déclaré du parti nationaliste, de l'*Inkatha Freedom Party* du *Pan African Congress* ou du mouvement pour l'unité. L'un des candidats, le professeur Albie Sachs s'est vu reprocher son silence devant les détentions sans procès par l'ANC en exil ; il a reconnu qu'il n'avait fait montre ni d'intégrité ni d'indépendance en refusant de condamner les pratiques de l'ANC. Il fut cependant retenu et nommé.

Tous les candidats ont fait des études de droit avancées et ont exercé comme avocat, avoué ou représentant l'accusation dans les procès pénaux. Ce sont donc tous d'anciens praticiens dans la grande tradition anglo-saxonne. Le prédident de la Cour est nommé par le Président de la République après consultation du juge en chef de la Cour suprême. Le président Arthur Chaskalson est l'un des plus célèbres avocats du barreau sud-africain et s'est fait connaître par ses prises de position en faveur des droits de l'homme.

Quatre juges venant de la Cour suprême sont nommés par le Président de l'Etat après consultation du juge en chef de la Cour suprême et du gouvernement. Ce sont Laurence Ackerman, Richard Goldstone, Tholakele Madala, Ismail Mohamed.

Six autres juges doivent être nommés par le président après consultation du président de la Cour et du gouvernement. Ce sont le juge John Didcott de la Cour suprême du Natal, le juge Johann Kriegler de la division d'appel de la Cour suprême, le professeur Albie Sachs de l'université du Cap occidental, Pius Langa, avocat à Durban, Yvonne Mokgoro, avocat et chercheur au *Human Science Research Council* et professeur de droit, et Catherine O'Regan, professeur à l'université du Cap. Les membres de la Cour son nommés pour sept ans non renouvelables.

La Cour a pour compétence d'entendre toutes les affaires ayant trait en dernière instance à l'interprétation, à la protection ou à l'application de la Constitution. Toute violation d'un droit fondamental enchâssé dans le chapitre 3 peut lui être soumis. Il en va de même de tout contentieux sur la constitutionnalité d'un acte de l'exécutif ou d'une administration. La Cour peut statuer sur la constitutionnalité de toute loi, même si celle-ci a été votée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. La Cour est aussi compétente pour tout contentieux constitutionnel sur un projet de loi devant le Parlement, une législature provinciale, tout contentieux constitutionnel entre différents organes de l'Etat. Les décisions de la Cour constitutionnelle s'imposent à toute personne ainsi qu'aux organes législatifs, exécutifs et judicaires de l'Etat. La Cour peut déclarer toute loi ou disposition anticonstitutionelles et les invalider, sauf à accepter

qu'elles restent en vigueur pendant une période donnée afin qu'il n'y ait pas de perturbations dans la bonne administration de la justice.

La Cour a donc une tâche écrasante devant elle. Elle doit veiller à ce que désormais l'Afrique du Sud soit une démocratie constitutionnelle, c'est-à-dire un Etat de droit, véritable révolution pour cet ancien *Dominion*. Sa jurisprudence devrait s'inspirer des grands arrêts de la Cour suprême américaine, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Chambre des lords. On attend les premières décisions au second semestre 1995.

Antoine J. BULLIER

LE TRIBUNAL SUPRÊME ESPAGNOL ANNULE LA NOMINATION DU PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÉTAT

Décision du 28 juin 1994

1. Le 28 juin 1994, aux termes d'une instruction de deux ans riche en polémiques, la Chambre du contentieux administratif (*Sala III*) du Tribunal suprême espagnol, réunie en assemblée plénière [1], a annulé de manière audacieuse le décret royal de nomination du Procureur général de l'Etat (*Fiscal General del Estado*). En s'estimant compétent pour contrôler la légalité de ce décret, le Tribunal suprême a considérablement limité la portée du seul élément de dépendance – l'acte de nomination – du ministère public espagnol au pouvoir exécutif, en renforçant ainsi l'Etat démocratique de Droit (article 1 de la Constitution espagnole).

I. - LES FAITS

2. D. Eligio Hernandez Guttierez – magistrat en services spéciaux depuis 1982 – ayant eu la charge de délégué du gouvernement dans la communauté autonome des Canaries, celle de gouverneur civil de Las Palmas et celle de membre du Conseil général du pouvoir judiciaire [2] – a été nommé le 10 avril 1992, par décret royal, sur proposition du gouvernement après consultation du Conseil général du pouvoir judiciaire, à la fonction de Procureur général de l'Etat.

Trois associations – deux regroupant des magistrats et une regroupant des procureurs – ont aussitôt requis devant le Tribunal suprême l'annulation de cette nomination.

3. Dans un premier temps, par son *Auto* du 18 janvier 1994, le Tribunal suprême s'est prononcé sur la recevabilité des recours puisque le gouvernement avait soulevé l'exception d'irrecevabilité en prétextant que l'acte de nomination à la fonction de Procureur général de l'Etat relevait d'une option politique – un acte de gouvernement – non sujette à un contrôle juridictionnel [3].

Le Tribunal suprême a considéré que la nomination du Procureur général de l'Etat, loin de constituer un acte de gouvernement, appartient à la catégorie des actes administratifs. A cet effet, le Tribunal s'est fondé sur deux principes constitutionnels – les articles 24-1 de la Constitution relatif au droit à une protection effective des juges et

1. En Espagne, la fonction juridictionnelle est réservée au pouvoir judiciaire. Par conséquent, le contentieux administratif est intégré au pouvoir judiciaire. C'est pourquoi, le Tribunal suprême espagnol est compétent pour se prononcer sur la légalité des actes administratifs tels que les actes de nomination à une fonction publique.

2. A rapprocher du Conseil supérieur de la magistrature français.

3. A rapprocher de la notion française d'actes de gouvernement.

des tribunaux, et 9 de la Constitution relatif au principe de légalité – qui exigent *un contrôle juridictionnel effectif dès lors que le législateur a défini par des concepts juridiquement accessibles les limites ou les conditions préalables nécessaires à l'édiction des actes de direction politique.*

En l'espèce, le contrôle juridictionnel a été jugé possible par le Tribunal suprême sur la base de l'article 29-1 du statut organique du ministère public aux termes duquel le choix du Procureur général de l'Etat doit s'effectuer *entre des juristes espagnols dont le prestige est reconnu et ayant plus de quinze années d'exercice effectif de leur profession.* On peut d'ailleurs penser qu'en l'absence de telles précisions – ce qui est le cas dans le régime classique des nominations au sein de la fonction publique – le choix politique de la nomination aurait eu plus de difficultés à être remis en cause. De son côté, le juge administratif français s'est aussi déclaré compétent pour contrôler la légalité des nominations des magistrats du parquet – notamment par le contrôle *a*) de la procédure de décision, *b*) de l'existence d'un poste vacant, *c*) de la volonté de servir l'Etat et enfin *d*) de l'erreur manifeste d'appréciation – [4].

Par conséquent, la nomination du Procureur général de l'Etat par le pouvoir exécutif doit s'effectuer dans le respect des principes constitutionnels de *légalité* et de *protection effective des tribunaux,* éléments caractéristiques de l'Etat de droit.

4. Dans un second temps, le gouvernement a opposé l'absence d'intérêt à agir des associations requérantes en soutenant qu'elles n'avaient fait valoir aucun bénéfice juridique lié à la révocation du Procureur ni aucun préjudice lié à sa nomination, alors qu'un tel bénéfice ou préjudice est nécessaire à la détermination d'un intérêt direct à agir selon l'article 28-1 a) de la loi sur la juridiction.

Cependant, le Tribunal suprême a rappelé que l'article 28-1 a) invoqué doit s'interpréter dans le sens de l'article 24-1 précité de la Constitution ; autrement dit, dans le sens de la *substitution de la notion légale d'intérêt direct à celle constitutionnelle d'intérêt légitime* [5].

Dès lors, l'intérêt collectif, qu'avaient fait valoir les associations de juges et de procureurs, respectivement celui de l'indépendance des tribunaux dont la bienveillance appartient au ministère public avec à sa tête le Procureur général de l'Etat (art. 124-1 de la Constitution), et celui de principe d'unité d'action et de dépendance hiérarchique du ministère public (art. 124-2 de la Constitution), a été jugé légitime par le Tribunal suprême.

Bien plus, les associations requérantes, soutenues par certains commentateurs [6], ont fait remarquer que l'indépendance des tribunaux concerne tous les Espagnols, et qu'à ce titre une action populaire aurait pu être admise [7].

5. Après avoir reconnu la recevabilité des recours et des requérants, le Tribunal suprême s'est prononcé sur la légalité de la nomination.

En premier lieu, il a rejeté l'argument du vice de procédure avancé par les requérants aux termes duquel les votes négatifs à l'issue de la délibération du Conseil général du pouvoir judiciaire (CGPJ) n'avaient pas été communiqués au gouvernement. Seulement, pour le Tribunal suprême, d'une part, la consultation de CGPJ n'avait pas été omise ; d'autre part, les votes – en tant que simple avis consultatif – ne lient pas

4. Pour les postes hors hiérarchie tels que ceux de procureur général près la Cour de cassation ou des cours d'appel, V. Cons. d'Et., Section, Monnet, 19 avr. 1991, p. 150 ; V. aussi Cons. d'Et., Hubac, 11 oct. 1989. Précisons, par ailleurs, à ce stade que, si les membres du ministère public français sont des magistrats, il n'en est pas de même pour le ministère public espagnol.

5. TS, 31 mai 1990.

6. V. par ex. Victor Fairen Guillen, La nulidad del nombramiento del Fiscal General del Estado impuesta por sentencia del Tribunal Supremo, *in Revista de derecho procesal,* n° 3, 1994, p. 779.

7. Sur la spécificité de l'action populaire, voir l'article de Vicente Gimeno Sendra, L'accusation publique en Espagne, *in* cette *Revue,* 1994, p. 739.

l'autorité de nomination ; enfin, le Conseil des ministres avaient eu connaissance des votes négatifs.

En second lieu, le Tribunal a fait droit à l'argument invoqué selon lequel D. Eligio Hernandez Guttierez ne remplissait pas les conditions légales nécessaires pour être nommé à la fonction de Procureur général de l'Etat. En d'autres termes, il ne correspondait pas aux qualités de « juriste espagnol dont le prestige est reconnu, avec plus de quinze années d'exercice effectif de sa profession ». Le Tribunal suprême a considéré en effet que les fonctions de gouverneur et de délégué du gouvernement constituent plus des fonctions politiques de confiance que des professions juridiques, d'autant qu'elles ne nécessitent pas une *licenciatura* en droit.

Par conséquent la nomination de D. Eligio Hernandez Guttierez avait été entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

II. – ANALYSES

6. La décision assez remarquable du Tribunal suprême espagnol nous conduit à nous interroger d'une part, sur les effets immédiats de l'annulation, et d'autre part, sur la place du ministère public espagnol à l'égard du pouvoir exécutif.

7. En premier lieu, la décision du Tribunal suprême doit être analysée au regard des graves conséquences de l'annulation prononcée puisque aussi bien – du fait de l'effet rétroactif de cette annulation – l'ensemble des décisions prises par D. Eligio Hernandez Guttierez depuis le 10 avril 1992 pourrait être contesté motif pris de l'incompétence de leur auteur. Une telle situation ne manquerait pas de désorganiser la justice espagnole compte tenu de la place tout à fait fondamentale du Procureur de l'Etat au sein de l'appareil judiciaire.

Aussi, deux analyses peuvent être menées :

– soit, afin de ne pas désorganiser la justice, on considère, en se fondant sur la théorie de l'apparence, que tous les actes de D. Eligio Hernandez Guttierez ne sont pas attaquables. Mais, comme le souligne Victor Fairen Guillen [8], cela serait insupportable pour les personnes victimes, par exemple, d'une décision de mise en détention provisoire ;

– soit, au contraire, compte tenu de son incompétence réputée existante au premier jour de sa nomination, on considère que tous les actes sont susceptibles d'un recours en annulation (après avoir réglé le problème du délai de recours contentieux).

D'ores et déjà le gouvernement espagnol – anticipant probablement sur la décision du Tribunal suprême et ses conséquences – a révoqué certaines décisions prises par D. Eligio Hernandez Guttierez comme des nominations de procureurs. Pour le surplus, on peut noter la position adoptée par Victor Fairen Guillen [9] qui, au nom du respect de l'Etat de Droit, propose que les décisions prises directement à l'initiative de D. Eligio Hernandez Guittierez et celles portant atteinte aux droits fondamentaux soient susceptibles de recours en annulation.

En tout état de cause, il est à noter que de telles conséquences ne sont pas envisageables de la même façon en France. En effet, d'une part, la fonction de Procureur général de l'Etat, chef hiérarchique du ministère public, n'a pas d'équivalent. D'autre part, les Procureurs généraux près la Cour de cassation et les cours d'appel sont nommés parmi les magistrats en dehors de tout critère légal subjectif [10]. Enfin, le juge

8. Victor Fairen Guillen, La nulidad del nombramiento del Fiscal General del Estado impuesta por sentencia del Tribunal Supremo, *in Revista de derecho procesal*, n° 3, 1994, p. 815 et s.

9. Voir *supra*.

10. Voir ordonnance du 22 décembre 1958 sur le statut de la magistrature, art. 38 et décret n° 93-21 du 7 janvier 1993.

français pourrait vraisemblablement appliquer la théorie des « fonctionnaires de fait », aux termes de laquelle les actes accomplis par un agent public dont la nomination a été jugée irrégulière sont réputés émaner d'un agent compétent [11].

8. En second lieu, le ministère public espagnol – comme les ministères publics portugais, italien et dans une moindre mesure allemand – se caractérise par son indépendance par rapport au pouvoir exécutif. Certes, il appartient au pouvoir judiciaire (Titre VI de la Constitution), même si ses membres ne sont pas des magistrats (alors qu'ils le sont en Italie, en Allemagne et en France). Mais, surtout, il constitue une unité structurelle, avec des organes propres. A cet égard, il est soumis au principe d'unité d'action et de dépendance hiérarchique sous la direction du Procureur général de l'Etat (art. 124-2 de la Constitution) dont la nomination – nous fait remarquer le Tribunal suprême – doit s'effectuer dans le respect des principes de l'Etat de Droit.

En outre, il faut remarquer que la Constitution confie au ministère public espagnol le soin de *veiller à l'indépendance des tribunaux,* en plus de la promotion de l'action de la justice en défense de la légalité, des droits des citoyens, de l'intérêt public protégé par la loi et de la satisfaction de l'intérêt social (art. 124-1 de la Constitution). Alors qu'en France la Constitution confie cela au pouvoir exécutif, et en particulier, pour ce qui est de l'indépendance des tribunaux, au Président de la République (art. 64 de la Constitution) en tant qu'arbitre dans le jeu des institutions (art. 5 de la Constitution) et titulaire de la légitimité démocratique et, pour ce qui est de la satisfaction de l'intérêt social, au ministre de la Justice (art. 5 du statut de la magistrature ; art. 36 du code de procédure pénale sur le principe de l'opportunité des poursuites).

Par ailleurs, cette décision nous rappelle le mouvement actuel de limitation des liens qu'entretient le ministère public avec le pouvoir exécutif. Ainsi, les Constitutions portugaise et espagnole – on l'a vu – ont choisi d'établir un ministère public autonome et indépendant sous la direction d'un Procureur général. L'Italie a instauré un système dans lequel chaque procureur est indépendant et bénéficie des garanties inhérentes au statut de magistrat. La Grande-Bretagne, de son côté, met en place un *Crown prosecution service.*

Quant à la France, elle réagit timidement à cette tendance [12]. Quasiment seule à conserver le principe d'opportunité des poursuites, elle a tout de même introduit, lors de la réforme de la procédure pénale du 4 janvier 1993, l'obligation de motiver par écrit les instructions du ministre et de les verser au dossier. En outre, si la réforme du 27 juillet 1993 du Conseil supérieur de la magistrature a modifié les conditions de nomination des magistrats du parquet en introduisant *la consultation du Conseil supérieur de la magistrature,* l'avis de ce dernier n'est toujours pas requis pour les emplois pourvus en Conseil des ministres (c'est-à-dire ceux de procureurs généraux près la Cour de cassation et les cours d'appel).

En tout état de cause, le problème lié à la place du ministère public au sein des institutions retient toute notre attention aujourd'hui, tant il est vrai que les affaires politico-financières qui secouent l'Italie, l'Espagne ou la France rendent le pouvoir exécutif bien suspect aux yeux de la justice et du peuple.

Valentine BUCK

11. Cours de M. Odent, *Contentieux administratif,* t. 2, p. 1412 et s.

12. Pour une plus grande autonomie du ministère public français, voir, par exemple, le *Rapport sur la mise en état des affaires pénales* de la Commission Justice pénale et droits de l'homme ; H. Maynier et F. Casorla, Du Procureur près la Cour de cassation au Procureur de la République, *in Gazette du Palais,* 4 mai 1993, p. 2.

A. – NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. – POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

L'anarchiste et son juge. A propos de l'assassinat de Sadi Carnot, par Pierre Truche, Paris, Fayard, 1994, 190 pages.

Voici un livre qui n'est pas ce qu'il paraît être à première vue. En apparence, il traite d'un fait marquant de l'histoire de la IIIe République, l'assassinat du Président de la République Sadi Carnot à Lyon le 24 juin 1894 par un anarchiste italien Santo Caserio. Toute la première partie du livre est une description du contexte politique et idélogique qui permet de situer cet acte dans son époque. On y trouve un portrait des protagonistes – le criminel et sa victime – et le rappel du refus de Carnot d'accorder la grâce de Vaillant anarchiste guillotiné en février 1894, soit quatre mois avant les faits. Tout un chapitre est consacré à Caserio, son idéologie, son histoire personnelle. Un autre décrit précisément les faits et les réactions politiques, médiatiques et législatives qui ont suivi. Au milieu du livre on peut consulter plusieurs portraits de Caserio enrichi d'une lettre manuscrite, une photographie officielle de Sadi Carnot, un dessin de la calèche présidentielle tiré du dossier d'instruction et une photographie du poignard dont s'est servi le criminel.

Bref, en lisant ces pages, on peut légitimement se demander si nous ne sommes pas en face d'une chronique historico-judiciaire enrichie de gravures d'époques. Mais cette première impression ne dure pas. Un nouveau portrait apparaît : celui du juge Benoist qui va instruire l'affaire. Un bref rappel de la carrière de ce magistrat nous fait souvenir qu'à l'époque, après avoir été stagiaire au barreau et chef de cabinet d'une préfecture, un magistrat doit être parrainé par un chef de cour pour entrer en fonction. Une fois saisi de l'affaire, c'est la rapidité exceptionnelle de son instruction qui nous déconcerte : quatre mois pour un crime, soit neuf interrogatoires et cinq confrontations du 24 juin au 16 juillet ! L'instruction est bouclée en trois semaines ! Il est vrai que l'avocat n'est pas encore présent à cette phase du procès pénal – il faudra attendre la loi du 8 décembre 1897 – et qu'il n'y aura ni appels, ni expertises. Il est vrai aussi que Caserio, selon la formule consacrée, reconnaît les faits, réserve ses explications pour les jurés lors de son procès d'assises et que toute la France sans exception attend un châtiment prompt et terrible.

A cet instant on croit mieux saisir le but du livre. Il ne s'agit pas d'un livre d'histoire, mais de l'histoire d'une relation entre le juge et l'assassin. Pour nous en persuader, Pierre Truche nous donne l'intégralité des neuf interrogatoires où Benoist, à l'écoute des déclarations de Caserio, va chercher à comprendre pourquoi et comment est née cette « action extraordinaire ». Ce qui passe au premier plan ce n'est plus l'acte de Caserio mais sa personnalité, son histoire, ses convictions. Longuement, patiemment, Benoist va l'interroger : d'abord le déroulement des faits ; ensuite ses déplacements dans le moindre détail, ses rencontres les plus futiles, ses amitiés avec le monde anar-

chiste. Manifestement, le juge cherche à savoir s'il y avait des complicités ce que dément formellement Caserio. La fin du neuvième interrogatoire où l'engagement du juge est le plus fort est d'une formidable intensité :

« C. – Mon action n'est qu'une protestation contre la société bourgeoise. Partout où je trouverai des pauvres et des riches, je me révolterai contre les riches.

– Mais M. Carnot n'était pas un riche. Il dépensait dans l'intérêt de la France et le soulagement des misères tout le traitement qui lui était alloué par sa fonction.

C. – Je ne sais si M. Carnot était riche ou non. Ce que je sais c'est qu'il représentait toute la justice bourgeoise...

– Avez-vous pensé, en frappant cet homme au milieu de l'acclamation de la foule, qu'il avait une épouse et des enfants dont il était tendrement aimé ?

C. – Je n'ai pas pensé à la femme et aux enfants de M. Carnot puisque lui non plus n'a pas pensé aux femmes et aux enfants des milliers d'anarchistes qui ont été arrêtés et qu'il n'a pas non plus pensé à la fille de Vaillant. Malgré la mort de M. Carnot ni sa femme, ni ses enfants ne seront obligés de demander l'aumône pour manger.

– Déclarez-vous à l'heure où je vous parle, trois semaines exactement après celle où vous avez frappé, être dans les mêmes sentiments qui ont alors dirigé votre bras ?

C. – Il n'y a rien de changé en moi et je referais encore s'il était à refaire l'acte pour lequel je vais être jugé » (p. 158-159).

Au terme de l'instruction, nous sommes en présence d'un homme qui a tué un autre homme sans culpabilité. Toute le démontre : l'itinéraire méticuleusement reconstitué de Vienne à Lyon (près de trente kilomètres à pied) par Caserio ; la détermination à agir depuis la grâce refusée à Vaillant et Ravachol ; les réfutations du complot au nom d'un acte conçu par un héros qui se veut solitaire. La déclaration-profession de foi au jury ne fera que le confirmer : Caserio vit son acte comme l'épisode mythique d'un martyr de la cause anarchiste. En quittant l'univers familial, cadet à la recherche d'un travail hypothétique, en gagnant l'internationale des révoltés errants, il part à la recherche d'une autre famille. Au cours de son errance, l'idéologie anarchiste lui propose une appartenance sans faille. Caserio peut sans crainte tuer le Président de la République parce qu'il sait qu'il doit le faire au nom de l'utopie millénariste annonciatrice d'un monde meilleur qu'il incarne. Plus rien ne le touche, ni le remords de son acte que tente de lui arracher Benoist, ni la mort de sa mère et d'un frère peu après son crime. Il suffit de lire la lettre à un ami publié dans le *Figaro* en 1894 où l'on trouve ce fragment de monologue intérieur : « ce n'est pas toi qui est la cause des chagrins de ta mère ; c'est la société actuelle tout entière ; il faut donc lutter contre la société sans penser aux larmes de ta mère et de tes frères ». Autant qu'il ignore le rapport de responsabilité à autrui à travers sa victime, il dénie le chaos familial provoqué par son acte. Hors de la responsabilité, Caserio est hors de l'humanité.

Tout est prêt pour une grande cérémonie sacrificielle ouverte par une déclaration du Président de la cour d'assises invitant le jury, au mépris de la règle d'impartialité, à « punir le forfait d'hier et d'écarter le péril de demain ».

L'essentiel du livre semble là. Un juge dialogue avec un assassin sans pouvoir cerner pourquoi un jour cet homme a décidé d'en tuer un autre et respecte au bout du compte cette part de mystère. Mais la justice qui a le pouvoir de punir a donné à cet homme l'occasion d'élaborer par la parole ce qui n'a pu que jaillir dans un acte. Avant de le sanctionner, elle permet du moins de mettre sur la voie de l'humanité celui qui a choisi d'en sortir. En lui permettant de faire le récit de son acte, elle brise l'engrenage qui le possède. Récit et crime sont indissociables d'une démarche judiciaire ce qui n'est pas sans faire songer à Pierre Rivière dont Foucault avait exhumé le fameux mémoire rédigé à la demande d'un magistrat instructeur. Plus près de nous Pierre

Legendre, à propos du procès Lortie, a montré à quel point « le juge vient séparer l'assassin de son crime » lors de l'échange procédural. Aujourd'hui encore l'interrogatoire de *curriculum vitae* a cette fonction de mise en récit lors des instructions criminelles. Ce qui passionne Pierre Truche est cette fonction cachée de la justice pénale qui avant de sanctionner ouvre des espaces d'élaboration visant à dénouer l'énigme du passage à l'acte. Que cela reste une tentative infructueuse dans le cas de Caserio comme tant d'autres cas importe peu. Ce qui compte est cette « restitution de l'acte à la personne », ce « rattachement existentiel du fait à son auteur » où Marc Ancel voyait la finalité de l'œuvre de justice.

Pourtant le message ultime du livre n'est pas encore épuisé. Son épilogue (*Requérir hier et aujourd'hui*) nous ramène à son titre : *A propos de l'assassinat de Sadi Carnot.* L'épisode judiciaro-historique se révèle en définitive être un détour pour permettre à Pierre Truche de mieux cerner l'éthique du juge et tout particulièrement celle du ministère public. Ce qui apparaît comme exemplaire dans le cas de Caserio c'est l'obligation pour la justice de prouver les faits, de personnaliser le débat, de mesurer les atteintes à l'ordre public. Les pages de conclusion sur le « bien de la justice » et sur la fonction du ministère public sont de ce point de vue essentielles. Au-delà, on trouve ici une réflexion sous forme de maximes sur l'éthique du juge qui dénotent une haute exigence intérieure. Nous ne pouvons qu'y renvoyer le lecteur. Citons seulement, en ces temps d'ivresse du juge, deux aphorismes à méditer :

« Etre responsable puisque l'irresponsabilité est la règle et que les propos tenus ne peuvent être censurés.

Convaincre, convaincre, convaincre. »

Denis SALAS

II. - HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

Juger sous Vichy. Textes présentés au colloque *Juger sous Vichy,* organisé par l'École nationale de la magistrature à Bordeaux, le 29 novembre 1993, in *Le Genre humain,* n° 28, novembre 1994, Paris, Éditions du Seuil, 160 pages.

Ce volume est constitué par la publication des interventions présentées au colloque *Juger sous Vichy* organisé par l'Ecole nationale de la magistrature le 29 novembre 1993.

La grande majorité des études est centrée sur l'application par le juge (qui n'est plus inamovible depuis juillet 1940) des « lois » portant statut des juifs dans une optique de critique juridique interne distincte de l'analyse historique. L'interrogation sur l'application des lois iniques est malheureusement vieille comme le monde et il semble douteux qu'on puisse y trouver une autre solution que celle d'Antigone : la révolte. Or la révolte ne faisait pas précisément partie de l'univers des juges de Vichy. De ce point de vue, il est regrettable que le parti pris juridique des auteurs ait conduit à ne pas, tout simplement, présenter ces magistrats, leur origine sociale et idéologique. En effet l'absence de réaction des juges de Vichy ne s'explique pas seulement par un manque d'outils juridiques – les lois constitutionnelles de 1875 ne faisant référence à aucune Déclaration des droits (mais depuis 1917 le droit public connaissait la théorie des principes généraux du droit rappelle Dominique Gros) – mais aussi, comme le souligne Danièle Lochak (p. 35), à une absence d'hostilité, pour ne pas parler de complaisance, à l'égard des textes anti-juifs. Le cas ambigu du juge sortant d'une attitude positiviste pour imposer ce qu'il croit être le droit naturel ne concerne pas Vichy comme le rappelle sobrement cet auteur qui est tout naturellement conduit à clore son étude sur l'actualité de cet immense problème. De ce point de vue, l'opti-

misme discret de certaines contributions est peut-être un peu injustifié. Croire qu'une infamie juridique se heurtera à l'avenir immanquablement aux normes constitutionnelles, aux normes supra-constitutionnelles, et à défaut à la conscience des magistrats réunis en syndicats et associations rappelle certaines théories médicales présentant, devant les progrès de la science, les grandes épidémies comme terminées. Si le juriste est confiant l'historien demeure sceptique.

Les textes anti-juifs, comme le démontrent Benoît Descoubes et Emmanuelle Triol, furent appliqués, mais aussi commentés, « positivement » comme n'importe quelle autre loi et par conséquent combinés aux textes « traditionnels » (par exemple : avec la législation sur les loyers, p. 71). Ce fut l'occasion de « chicanes jurisprudentielles » de « recherche de concepts juridiques intéressants » sans autres préoccupations apparentes que le bon fonctionnement technique d'une législation dont la particularité, l'immoralité et le danger semblent échapper complètement au monde judiciaire.

La contribution de Christian Guéry apporte un éclairage particulièrement intéressant sur le problème de la confiance du régime en ses juges. La période marque en effet, en dehors même de toute matière « politique », l'éloignement extrême entre la législation et le principe de la légalité. L'exemple du recel de malfaiteur (loi du 25 oct. 1941) qui n'implique plus que l'auteur ait eu connaissance d'un délit mais simplement d'un soupçon et qui peut être assimilé dans certains cas à une complicité (après les faits !) est édifiant. Le juge de Vichy jouit d'une autonomie inconnue depuis l'Ancien Régime. Il l'utilisera généralement pour imposer une répression d'une sévérité accrue appliquant au délinquant « ordinaire » des aggravations en principe destinées à couvrir des circonstances propres à l'état de guerre (cas du vol pendant le temps d'obscurcissement de l'éclairage de la loi du 24 novembre 1941). Ce pouvoir nouveau accordé au juge, cet affranchissement du strict principe de la légalité furent-ils cadeaux cyniques appelant la soumission politique en retour ? « Le juge s'est-il senti redevable de cette confiance en allant au-devant même des désirs du pouvoir ? » (p. 81), les questions sont judicieuses.

Cet ouvrage, qui comporte en outre une étude classique sur la légalité du régime de Vichy (Dominique Rousseau) et une analyse du concept de crime contre l'humanité à propos de l'affaire *Touvier,* est muet sur deux questions, l'une concernant la juridiction d'exception, l'autre le droit commun. Le fonctionnement des sections spéciales de la cour d'appel de Paris du 24 août 1941 est bien connu, même du grand public, et n'appelle peut-être pas autre chose que la désolation. L'absence de développement sur la réforme de la cour d'assises opérée sous Vichy qui amorce ce que certains ont estimé être la mise au pas des jurés et qui de toute façon opère la rupture définitive d'avec le concept anglo-saxon de jury est peut-être plus regrettable. Cette révision va d'ailleurs dans le sens des remarques de Christian Guéry sur la confiance de Vichy envers ses juges.

L'Ecole nationale de la magistrature à propos de cet intéressant colloque nous conduit, en tout cas, à espérer une étude définitive de l'histoire juridique et judiciaire de Vichy.

Jean-François CHASSAING

III. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Le droit pénal, par Jean Larguier, 12e éd. refondue, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1994, 128 pages.

Voici un excellent petit ouvrage dans une excellente collection. Le lecteur pénaliste et sans doute aussi non pénaliste connaissait déjà le Que sais-je ? du professeur J. Lar-

guier. Mais la nouveauté de cette édition – la douzième... – réside dans l'actualisation de la matière, compte tenu du nouveau code pénal qui s'applique en France depuis le 1er mars 1994.

Le plan de l'ouvrage n'avait pas à être changé. On retrouve les deux parties traditionnelles, la première sur l'infraction et la deuxième sur la peine. La première partie se subdivise en trois chapitres consacrés respectivement à l'analyse de l'infraction (en fait ses éléments constitutifs et la responsabilité), aux classifications des infractions et aux personnages de celle-ci. La seconde partie traite tour à tour des différentes mesures pénales (peine et liberté, peine et patrimoine, peine et capacité juridique, peines morales, mesures de sûreté et rééducation), de l'aggravation légale (récidive et concours d'infractions) et de l'indulgence (de la loi, du juge et du pouvoir exécutif).

Le lecteur sera frappé par le souci d'exhaustivité de l'auteur qui a dû se plier à la règle sacrosainte des 125 pages dans cette collection. Il notera aussi la défense d'un certain classicisme, le professeur Larguier marquant d'évidentes réserves à l'égard des atteintes au principe de la personnalité des peines et redoutant les excès de la responsabilité pénale des personnes morales (à l'égard des tiers innocents) ou le danger d'une assimilation du traitement pénal et du traitement médical trop souvent professée il n'y a pas si longtemps.

Ce livre original et bien écrit rendra service à tous les pénalistes, y compris à ceux qui se croient les plus chevronnés.

Jean PRADEL

IV. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

Droit pénal spécial. Les infractions contenues dans le nouveau code pénal du 1er mars 1994, par Michel Véron, 4e éd. entièrement refondue, Paris, Milan, Barcelone, Masson, 1994, 314 pages.

Tout comme son auteur, doyen honoraire de la Faculté de Villetaneuse, ce précis, depuis longtemps un « classique », est bien connu des pénalistes. Rappeler tout le bien que nous en disions en 1989 serait superflu et la place manque pour résumer les pages élogieuses par lesquelles le professeur Georges Levasseur avait, lui, salué la sortie de l'ouvrage (cette *Revue*, 1980, p. 299-301). En toute justice il reviendrait d'ailleurs à ce dernier de commenter une édition coïncidant avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, c'est-à-dire signifiant une *refonte*, sinon une nouvelle naissance. L'infatigable criminaliste dont nous admirions tous la forme intellectuelle intacte a trop tôt, dès lors, décidé de s'effacer : très simplement de laisser « retomber le rideau ». Déplorons... et saluons.

On l'a écrit, le nouveau code pénal ne constitue pas une révolution (que le législateur en soit remercié !) ; il réalise seulement une évolution. Les changements apportés à la codification de 1810 (revue !) n'en sont pas moins fort nombreux. Quiconque doit présentement modifier (ou finir de modifier) un cours de droit pénal spécial qui auparavant le satisfaisait sensiblement, comptabilisera aisément les nombreuses heures de lectures et relectures, d'hésitations, d'interrogations, d'audaces parfois que la nouvelle édition du « *Véron* » a nécessitée. Il fallait revoir la présentation (et en premier lieu la terminologie...) mais beaucoup plus encore amender très sensiblement le fond : éléments de l'infraction mais surtout répression. Et cela sans illusion de durée : notre code tout neuf n'est déjà plus immaculé, s'il est vrai qu'à son côté le code de procédure pénale, si souvent rapiécé, se trouve encore davantage maltraité...

Très concrètement, indiquons que l'auteur traite désormais, et fort clairement, du trafic de stupéfiants (disparaît ainsi l'une des critiques mineures de notre compte rendu de 1989 (cette *Revue,* 1989, p. 423), sans que cette adjonction ne l'ait conduit à négliger, pour les différentes infractions retenues, une rapide mais fort utile comparaison avec le droit antérieur, législatif ou jurisprudentiel.

Dix-huit années se sont écoulées depuis la première édition (1976). « Armé » à nouveau et pas seulement repeint comme la tentation en venait tout naturellement en présence d'une « évolution », le navire a repris la mer. Reprenant l'une des phrases de M. Levasseur, l'on peut affirmer qu'aujourd'hui, comme à ses débuts, l'ouvrage « présente toute la clarté désirable... simple sans être sommaire, complet sans être exhaustif, à jour ».

Une cinquième édition s'imposera rapidement, non seulement pour tenir compte des réformes grâce auxquelles chaque gouvernement croit pouvoir attacher durablement son nom, mais aussi afin d'inclure les arrêts de la Chambre criminelle que l'on attend sur divers points. Aurons-nous le plaisir de la saluer ? Du moins, à la veille de devoir quitter l'enseignement sinon la plume – et même la chaire –, souhaitons au manuel et à son rédacteur ce qu'aurait sans doute plus joliment présenté notre vieux « patron » : bon vent au *nouveau Véron* !

Michel GENDREL

V. – JUSTICE MILITAIRE

Onzième Congrès international de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre, Edimbourg, 19-23 septembre 1988, vol. I, *La mise en œuvre du droit international humanitaire au niveau national, spécialement eu égard au développement de la guerre moderne. Implementation of International Humanitarian Law at the National Level with Special Reference to Developments of Modern Warfare,* vol. II, *Opérations de maintien de la paix. Peacekeeping Operations,* Bruxelles, Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre, 1989, 382 et 570 pages.

Ces deux volumes d'*Actes* du Congrès d'Edimbourg de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre sont particulièrement importants, du fait même de l'actualité malheureusement toujours grande des problèmes traités.

Le premier volume a pour objet la diffusion et la mise en œuvre par les Etats du droit international humanitaire, spécialement eu égard au développement de la guerre moderne. Seize pays seulement (moins de la moitié des pays représentés au congrès) ont fourni des réponses au questionnaire qui avait été adressé. La France, entre autres, n'a pas répondu.

Si la plupart des pays ont bien ratifié les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels, devenus ainsi généralement intégrés au droit interne du pays considéré, la mise en œuvre de ces dispositions, tant au niveau de la diffusion que de la mise en œuvre proprement dite (existence de conseillers juridiques dans les forces armées, procédures mises en place pour tenir compte du droit international humanitaire par exemple) reste souvent très limitée. Le rapporteur général, le Général Major Fugard (Royaume-Uni), a souligné, malgré l'importance des cours internationaux organisés à San Remo, Genève, Bad Kissingen et Charlottesville, la nécessité de multiplier les séminaires de formation, les rencontres internationales, les centres de recueil et de coordination de l'information.

Dans les nouvelles formes de conflits armés, souvent intraétatiques, les réponses portant sur l'existence de dispositions juridiques ou administratives relatives au droit humanitaire ont été souvent négatives, et ont reflété, estime le rapporteur, « l'hypersensibilité des Etats en la matière ». Le représentant du Comité international de la Croix-Rouge, B. Zimmermann, a insisté sur la nécessité de sensibiliser les Etats.

Il existe cependant des éléments réconfortants : l'importance de la participation des juristes de la République fédérale d'Allemagne, les réalisations déjà effectives de certains pays. Ainsi, le Général Major R. Bats a décrit la création, dès février 1987, par le gouvernement belge, d'une Commission interdépartementale de droit humanitaire, présidée par le Président de la Commission pour les problèmes nationaux de défense et dont le secrétariat est assuré par la Croix-Rouge. Se réunissant une fois par mois, elle a déjà permis d'aboutir à la création d'une cellule de droit humanitaire à l'Etat-Major général, chargée de la mise en place de conseillers juridiques auprès des forces armées et de leur formation ainsi que de la diffusion du droit international humanitaire dans les Armées, les écoles, les services publics, le personnel médical et para-médical, les médias, le grand public. Elle a aussi rédigé un avant-projet de loi pour la répression pénale des infractions graves au droit humanitaire, prévoyant par ailleurs l'intégration de la répression des infractions non graves dans le Règlement de discipline des forces armées.

Le second volume est relatif aux opérations de maintien de la paix. Dans un rapport de synthèse très détaillé, le Général Major A.J.T. Dörenberg (Pays-Bas) retrace d'abord l'historique du problème, depuis l'établissement de la Charte des Nations Unies, qui prévoit (art. 24) que c'est le Conseil de Sécurité qui porte « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationale ». Dans un cas pourtant, c'est l'Assemblée générale des Nations Unies qui a décidé, en 1956, de la création de la Force d'Urgence des Nations Unies (FUNU I), à l'occasion de l'intervention dans la zone du canal de Suez de la France, du Royaume-Uni et d'Israël. Dans ce cas, « les forces armées internationales n'exercent pas de contrainte sous forme de violence armée mais elles fonctionnent, ce qui est essentiel, du consentement des parties au conflit comme zone de protection neutre entre elles, et contrôlent l'observation des accords intervenus ».

Par la suite, les décisions d'opérations de maintien de la paix ont pratiquement toutes été prises par le Conseil de sécurité. Le rapporteur indique à ce propos les définitions souvent imprécises de ces opérations, malgré les efforts de clarification du Secrétaire général U Thant en 1967, ainsi que les nombreuses variantes. Ces opérations s'accompagnent souvent d'une assistance à la population civile, victime des conflits.

Dans une deuxième partie, le Général Major Dörenberg analyse les différents aspects juridiques de ces opérations, tels qu'ils ont été envisagés dans les réponses des dix-sept pays au questionnaire qui leur a été adressé : cadre juridique des opérations et des forces, fourniture du personnel, compétence du commandement, aspects de la juridiction pénale, de droit civil, de droit fiscal, ainsi que quelques autres questions. Parmi celles-ci, on relèvera le problème de l'applicabilité du droit des conflits armés à ces situations.

Bien que non belligérants, le rapporteur estime que « l'effort entrepris par les Nations Unies pour l'application analogue des Conventions de Genève par les membres des forces d'urgence, doit être approuvé ». Une bibliographie très importante (20 pages) figure à la suite de ce rapport.

On ne saurait donc trop insister sur l'intérêt et l'actualité de ces deux volumes.

Pierre MOUTIN

VI. - PROCÉDURE PÉNALE

The Criminal Process An Evaluative Study, par Andrew Ashworth, Oxford, Clarendon Press, 1994, 315 pages.

Voici un livre qui restera parmi les meilleures études sur le droit pénal anglais. Depuis l'ouvrage de Herbert Packer publié en 1968, *The Limits of the Criminal Sanction* peu d'ouvrages avaient traité de la procédure pénale avec une optique aussi critique dans un souci de recherche évaluative. L'idée de Ashworth est avant tout de présenter le déroulement de la procédure pénale outre-Manche avec l'idée de tirer des leçons des différentes affaires qui ont fait scandale mais aussi par rapport au document publié par la *Royal Commission on Criminal Justice* et à la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est donc toujours avec comme points de référence la Convention et le rapport de la Commission que Ashworth va nous faire un exposé du fonctionnement de la machine judiciaire. C'est la phase avant-procès qui va retenir toute l'attention de l'auteur. Comme Ashworth nous le rappelle c'est au cours de ces interrogatoires que la police ne respecta pas certaines règles : les quatre de Guilford, les sept de Maguire, les six de Birmingham, l'affaire *Judith Ward,* les trois de Tottenham et les trois de Cardiff : toutes ces affaires ont en commun le fait que la police au cours du pré-procès falsifia les preuves quand elle ne refusa pas de communiquer à la défense des résultats scientifiques favorables à celle-ci. Dans plusieurs cas il y eut même contrainte et parfois même violence.

De telles affaires ont profondément choqué l'Angleterre et ont d'ailleurs provoqué la constitution de la Commission. Il y a certes le système des appels et le contrôle de légalité *judicial review.*

Afin de juger un système judiciaire il y a deux modèles théoriques : l'approche sécuritaire et l'approche des droits de l'homme : *Crime Control* et *Due Process.* Evidemment Ashworth préfère le modèle favorisant les droits et refuse de mettre en balance protection des droits et procédure sécuritaire. Pour l'auteur la philosophie de la procédure pénale doit être fondée sur le principe d'intégrité qu'on trouve dans la Convention européenne qui insiste sur le principe d'équité afin que personne ne soit convaincu d'un délit pénal alors qu'il est innocent et à cause de l'inégalité entre l'Etat responsable de l'investigation-poursuite et le prévenu. Pour l'auteur les étapes de la procédure doivent respecter les normes de la Convention européenne. Pour Ashworth, il faut se rapprocher du système américain avec déclaration des droits incluse dans la Constitution ou Convention européenne qui serait incorporée au droit anglais interne. Les cours anglaises pourraient ainsi contrôler les décisions de poursuivre, la loi du for, les négociations sur la culpabilité ; aussi les individus ne seraient-ils pas privés de leurs droits. Ashworth ne dissocie pas procédure pénale et respect des droits. Pour cet auteur, la norme à respecter c'est la Convention européenne. D'autres textes existent comme le *Police and Criminal Evidence Act 1984* et les *Codes of Practice,* le *Code for Crown Prosecutors.* Ashworth considère que la Convention établit des normes minimales pour l'administration de la justice pénale. Pour l'auteur, la Convention doit être considérée comme une loi supérieure, un ensemble de sources et de principes pour le législateur comme pour le juge.

Le lien entre présomption d'innocence et droit de rester silencieux est reconnu par la Commission royale comme par la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit de ne pas répondre aux questions au commissariat comme à la cour n'est pas un droit constitutionnel en droit anglais alors qu'il l'est aux Etats-Unis (Ve Amendement). Cependant en droit anglais c'est un des principes fondamentaux du droit anglais car cela relève du privilège contre l'auto-incrimination. Dans le livre excellent qu'ils ont

dirigé *Suspicion and Silence* 1994, David Morgan et Geoffrey Stephenson montrent l'importance du principe. Dans le dernier chapitre, Michael Zander considère que ce droit est constitutionnel, ce qui a d'ailleurs été reconnu par le *Home Secretary* qui a déclaré aux Communes qu'il acceptait que la matière avait une signification constitutionnelle considérable. Michael Howard n'en a pas moins fait voter la loi abolissant ce principe reconnu de *common law*. Comme le conclut Zander, à l'heure où le droit au silence est aboli, la Cour européenne vient de réaffirmer ce droit qui peut-être sera alors réintroduit de cette manière en Angleterre et peut-être même en Irlande du Nord.

Ashworth considère qu'il faut revoir la répartition des sujets entre législation primaire et codes qui en découlent comme les *PACE Codes*. L'article 78 du *Police and Criminal Evidence Act* autorise la cour à exclure une preuve dont l'obtention s'est faite dans des circonstances propres à affecter l'équité de la procédure. Pour Ashworth ce qui importe c'est le principe de protection de l'accusé qui doit voir exclure toute preuve obtenue en contravention à la procédure régulière.

A lire l'ouvrage de Ashworth on voit combien l'auteur est partisan d'une protection des droits qui fonderait la procédure pénale. On peut voir l'influence américaine et celle de la Convention européenne. La Cour européenne a reconnu dans sa jurisprudence un certain nombre de droits qui doivent être respectés dans le déroulement de la procédure. Pour l'auteur, la Commission Royale a failli à sa mission car elle n'a pas fait référence à la Convention dans sa volonté de réforme. Pour Ashworth ce qui importe c'est une approche fondée sur des principes (droits). Il y a un ensemble de droits individuels qui doivent être respectés sauf dérogations minimales et exceptionnelles. L'auteur de ces lignes n'a jamais lu un plaidoyer aussi vibrant de la part d'un Britannique pour l'incorporation de la Convention au droit anglais interne. La critique pertinente de la procédure pénale par rapport à la Convention et à la Commission fait de cet ouvrage un élément indispensable de réflexion sur le fonctionnement de la procédure outre-Manche. On ajoutera qu'un tel ouvrage fait irrésistiblement penser à la procédure pénale américaine où la théorie et la protection des droits s'infiltrent via le droit constitutionnel. Il est d'ailleurs révélateur que les arrêts les plus cités après les arrêts britanniques sont ceux de la Cour européenne et de la Cour suprême américaine. Le droit anglais serait-il prêt à accueillir la Convention européenne ou un *Bill of Rights* ? Le Royaume-Uni serait-il en passe de recevoir une théorie des droits à l'américaine ou un véritable contrôle de constitutionnalité ? Un travail magistral de la part d'un maître du droit pénal anglais.

Antoine J. BULLIER

La procédure pénale, par Jean Larguier, 8e édition mise à jour, Paris, Presses universitaires de France, Collection Que sais-je ?, 1994, 127 pages.

On lit toujours avec plaisir « La procédure pénale » du professeur J. Larguier, d'autant plus que cet ouvrage en est aujourd'hui à sa huitième édition, de sorte que le lecteur fidèle est constamment tenu au courant de l'évolution incessante de la matière.

Sans doute le plan n'est-il pas modifié par rapport aux éditions antérieures. L'auteur distingue entre l'organisation de la justice pénale (première partie) et la marche du procès pénal (deuxième partie). Dans la première, sont abordés tour à tour les organes de décision et les moyens de décision, c'est-à-dire la police et les preuves. On aura noté l'originalité de la démarche qui consiste à intégrer les preuves dans l'organisation, tout en les plaçant tout près de la marche du procès. Celle-ci, objet de la seconde partie, est divisée de façon très classique, c'est-à-dire de manière chronologique, en

quatre développements : prélude au procès (les enquêtes de police), déclenchement du procès (l'action publique et l'action civile), préparation du procès (l'instruction), solution du procès (le jugement).

Les nouveautés, depuis 1993, sont si nombreuses qu'il est difficile de les mentionner toutes. Le professeur Larguier évoque néanmoins les principales, comme la création de la Cour de justice de la République pour juger les ministres (la Haute Cour ne conservant de compétence qu'à l'égard du chef de l'Etat) et la montée du rôle de l'avocat avec les lois du 4 janvier et du 24 août 1993. On sait en effet que l'avocat peut désormais avoir un entretien de trente minutes avec son client au cours de la garde à vue et que, durant l'instruction, il peut consulter le dossier à tout moement et même soulever une nullité. Il est incontestable que notre procédure, surtout depuis 1993, traduit de plus en plus l'idée d'un équilibre des parties, de la partie publique et des parties privées.

Mais quand on sait que le monument législatif n'est pas achevé (le sera-t-il un jour ?), on se plaît à rêver à la sortie d'une neuvième édition. Où l'on trouverait par exemple une loi, actuellement soumise au conseil constitutionnel, étendant le juge unique en matière correctionnelle et créant l'injonction pénale (ex-transaction pénale) qui consiste dans le versement, sous certaines conditions, d'une somme d'argent au Trésor public par le délinquant, ce versement entraînant l'extinction de l'action publique. Encore une façon de tenir compte de plus en plus du délinquant, mais cette fois en vue d'éviter la tenue d'un procès.

Jean PRADEL

VII. – DROIT COMMUNAUTAIRE

La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires, par John A.E. Vervaele, traduit de l'anglais par Christiane Janssen, Paris, Presses universitaires de France, 1994, 436 pages.

Un ouvrage très complet et fort intéressant vient de paraître sur les problèmes légaux liés à la lutte contre la fraude communautaire. Le livre de John A.E. Vervaele aborde, pour la première fois, d'une manière approfondie et détaillée la problématique de la fraude au budget communautaire. Le sujet traité est passionnant et d'une grande actualité puisque la maîtrise de la fraude est perçue, actuellement, comme une condition essentielle à l'approfondissement et à l'élargissement de l'intégration économique et politique européenne.

Il peut, parfois, apparaître complexe au lecteur. Deux aspects seront évoqués.

Premièrement, les infractions de fraudes communautaires peuvent revêtir de multiples facettes. C'est pourquoi, l'auteur se sert d'une définition de travail, utile, selon laquelle le concept de fraude communautaire doit être entendu comme l'ensemble des infractions, nécessairement économiques, qui peuvent avoir une répercussion sur le budget de l'Union européenne, c'est-à-dire que la fraude communautaire ne peut être ramenée à la notion de violation de la loi communautaire mais doit être circonscrite selon ce critère décisif de répercussion financière sur le budget CEE. Trois secteurs de fraudes ont, selon l'auteur, le plus de conséquences sur le budget de l'Union européenne : la fraude en matière d'importation et d'exportation de marchandises, la fraude nationale à l'encontre de la TVA et la fraude nationale sur le Produit national brut, la fraude nationale relative aux subsides communautaires.

Deuxièmement, dans sa politique anti-fraude, la Communauté européenne dépend, en grande partie, des systèmes de droit nationaux permettant la sanction des infrac-

tions de fraudes au budget communautaire. En effet, à l'exception de l'article 87 (2) a du Traité CEE, relatif à la concurrence déloyale, le Traité CEE ne prévoit aucune compétence, qu'elle soit administrative ou pénale, de surveillance, de contrôle ou de sanctions au niveau de la Communauté européenne. Le droit national est, toutefois, soumis à des exigences juridiques à l'égard de la Communauté européenne, en matière de sauvegarde du droit communautaire, issues principalement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, celle-ci a eu l'occasion de préciser les obligations juridiques des Etats membres à partir d'une analyse de l'article 5 du Traité CEE, relatif au principe de la loyauté communautaire. Selon la jurisprudence de la Cour, les droits nationaux sont tenus de prévoir des sanctions à caractère effectives, proportionnées et dissuasives (affaire 68/88, *Commission européenne c/ Grèce,* juin 1989 (2965)). Ils doivent, aussi, assurer une protection juridique analogue des intérêts budgétaires communautaires et nationaux. Le principe d'assimilation formulé par la Cour de Justice a, par ailleurs, été prévu par le Traité sur l'Union européenne, en particulier dans son article 209 A.

Deux parties permettent au lecteur d'appréhender la totalité de ces problèmes.

La première se centre sur une analyse de la politique anti-fraude de la Communauté européenne sur la base des travaux de trois institutions européennes : la Cour des Comptes, la Commission et le Parlement. La deuxième se tourne vers une étude de droit comparé en Allemagne, en France, en Belgique et aux Pays-Bas. Dans quelle mesure, le droit national s'adapte ou peut s'adapter à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté européenne ? La lecture de cette excellente étude de droit comparé permet de mieux comprendre le fait que les systèmes de sanctions nationales (pénales ou administratives) sont, à l'exception de l'Allemagne, peu ou mal adaptés à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté européenne principalement en raison du caractère territorial de la loi pénale nationale et de l'absence de référence à une infraction commune de fraudes aux intérêts financiers de la Communauté européenne.

La réflexion de John A.E. Vervaele s'incorpore, dès lors, dans une réflexion plus large sur la sauvegarde du droit communautaire par le droit national. Le phénomène d'approfondissement et d'élargissement de l'Union européenne entraîne un effet d'interaction croissant entre les ordres juridiques, économiques et politiques européens et nationaux. Le renforcement de la collaboration européenne devra mener à terme à une harmonisation d'un droit pénal européen des affaires. Ce point de vue d'un juriste et d'un praticien du droit communautaire ne peut que susciter la réflexion des pénalistes et des comparatistes d'Europe.

L'intérêt certain que l'on peut, en outre, porter à la lecture de ce livre est que l'auteur, professeur ordinaire en application du droit dans une perspective nationale et européenne à l'Université d'Utrecht (Pays-Bas), fondateur du Centre pour l'Application du Droit et de l'Intégration européenne et également conseiller auprès de la DGXX de la Commission européenne, a une vue très complète des aspects de droit communautaire et de droit pénal de la question. Il nous brosse un tableau synthétique de la situation en partant d'une analyse des développements européens et nationaux, en cette matière.

Enfin, l'ouvrage s'accompagne d'une annexe d'une extraordinaire richesse et susceptible de constituer un précieux outil de travail pour les juristes confrontés à ce thème d'étude, sur l'ensemble des documents émanant des institutions communautaires relatifs à la problématique de la fraude communautaire.

Anne ROUILLY

VIII. - CRIMINOLOGIE

La criminalità organizzata. Moderne metodologie di riceca e nuove ipotesi esplicative, sous la direction de Tullio Bandini, Marco Lagazzi, Maria Ida Marugo, Milan, Dott. A. Giuffré Editore, 1993, 187 pages.

Ce livre comprend les *Actes* du VIIe Séminaire national des professeurs italiens de criminologie, qui s'est déroulé à Syracuse du 12 au 14 octobre 1989.

Le dénominateur commun de toutes les contributions est le domaine de la criminalité organisée. L'ouvrage se met aux côtés d'autres études qui, de points de vue différents et avec une intensité croissante, ont abordé ce problème, devenu de plus en plus inquiétant.

Ce nouvel effort ne peut donc qu'être bien accueilli pour mieux comprendre ce complexe phénomène socioculturel.

En effet, un des messages issu de ce colloque est qu'une connaissance approfondie de la structure de la criminalité organisée peut permettre l'élaboration d'efficaces stratégies pour la combattre.

L'ouvrage comprend neuf contributions disposées en huit chapitres. Le premier aborde l'aspect de la définition de ce type de délinquance et les questions d'ordre méthodologique que pose la recherche en ce domaine. Un aperçu est en outre tiré des différents modèles d'investigations qui jusqu'à aujourd'hui ont été proposés. Le chapitre suivant analyse plus en particulier le rapport entre la criminologie et le crime organisé, en soulignant la nécessité d'apporter, même dans une perspective pluridisciplinaire, de nouvelles méthodes d'interprétation afin de donner des réponses toutes prêtes aux nouveaux points d'interrogation. L'aide que le criminologiste peut fournir à l'Etat pour sa lutte contre la *mafia* est l'objet du troisième chapitre. La quatrième contribution met l'accent sur les limites des politiques répressives et sur l'opportunité de renforcer les mesures de prévention. Le cinquième chapitre présente les résultats de recherches empiriques relatives en général aux rapports entre la *mafia* et la société civile et plus spécifiquement à la signification et au rôle joué par les meurtres dans cette organisation. Le chapitre suivant est consacré à l'analyse des deux différents modèles – généralement proposés – de l'organisation de la *mafia* en Sicile : d'un côté celui d'une organisation unique fort hiérarchisée, de l'autre côté celui d'une pluralité d'organisations disséminées dans toute la région. Dans la septième contribution est mis en lumière le rapport qui existe entre marginalité sociale et le développement du « racket ».

Ce volume se termine avec une dénonciation de la gêne du criminologiste à aborder, avec ses instruments traditionnels, le thème de la criminalité organisée : la disette d'études de criminologie en ce domaine serait un significatif témoignage dans ce sens. Sur la base de cette réflexion, les difficultés d'intelligence du problème en question seraient surtout représentées par les liens toujours plus stricts avec les pouvoirs légitimes, aussi bien économiques que politiques. En outre, on peut ajouter que la transformation sans cesse des rapports de pouvoir à l'intérieur de l'organisation et de la modification des stratégies de contrôle du territoire et des trafics illégaux obligent les spécialistes à réviser sans arrêt les hypothèses explicatives chaque fois formulées. En effet, dans la période qui a suivi ce Séminaire de Syracuse, beaucoup d'événements – parfois tragiques – ont déjà posé en Italie de nouvelles questions et demandent différents paradigmes d'analyse.

Massimo VOGLIOTTI

Criminologie, vol. I, par Rodica Mihaela Stănoiu, Bucarest, Editions Oscar Print, Série Criminologie, 1995, 223 pages.

Ce premier volume d'un traité complet de criminologie (l'auteur – page 222 – nous révèle quelques-uns des problèmes qui feront l'objet du deuxième volume) est la continuation des préoccupations de l'auteur dans un domaine longtemps négligé en Roumanie, préoccupations cristallisées en divers écrits et aussi dans les participations aux enquêtes et aux tests.

Dans les conditions d'un vrai hiatus dans la criminologie en Roumanie (il faut noter que l'auteur n'omet pas de citer la bibliographie roumaine sur la criminologie d'avant la guerre), il était naturellement logique qu'une grande partie du livre soit dédiée à l'information bibliographique et dans ce sens les notes en bas de pages sont illustratives (elles contiennent de riches informations bibliographiques concernant toutes les tendances exprimées dans la littérature criminologique étrangère, la littérature française occupant une place centrale).

En essence on peut conclure que les principaux sujets analysés regardent le domaine spécifique de la criminologie, la relation de la criminologie avec les autres disciplines (pénales, médicales ou sociologiques), les principales écoles de la criminologie (dans leur évolution historique).

Sans prendre parti inconditionnellement pour aucune des théories examinées, les opinions de l'auteur se caractérisent par une prudence justifiée en face du fait que dans aucune autre matière les « vérités » de quelques thèses (soutenues en force autrefois) n'ont pas été plus vivement contestées plus tard (comme par exemple, avec la théorie de Lombroso) ; il faut aussi mentionner que par de nouveaux tests et de nouvelles méthodes scientifiques chacune des généralisations faites à un moment donné a été plus tard prouvée d'être fragile (et à tout cela il faut ajouter la partialité des points de vue qui mettent l'accent exclusivement sur l'auteur de l'infraction, ou sur le milieu social, ou sur la psychologie, ou sur l'infériorité culturelle). Alors on peut aisément expliquer la neutralité de l'auteur en face des diverses théories sur l'origine de la criminalité.

Ce livre nous informe sur une réalité qu'aucun juriste – même s'il est préoccupé surtout par les commentaires et l'application des textes du code pénal et de la procédure pénale – ne doit ignorer.

Il y a peu d'erreurs d'imprimerie, le livre n'a pas d'index et le sommaire se trouve seulement en roumain. La bibliographie est contenue exclusivement dans le texte ou dans les notes en bas de page, il n'y a pas une liste séparée concernant la bibliographie consultée.

La structure du volume : première partie, intitulée « Qu'est-ce que la criminologie ? » (avec les chapitres : La criminologie et son domaine de recherche, La méthode, La criminologie dans le système des sciences), deuxième partie intitulée « De la criminologie classique à la criminologie postmoderne » (avec les chapitres : Confrontations d'idées en criminologie, L'orientation biologique, L'orientation psychiatrique-psychologique, L'orientation sociologique, Théories criminelles intégratives), sommaire.

Nous voulons mentionner quelques-unes des idées et des conceptions de l'auteur : a) Le rejet global du droit pénal par la criminologie a été une erreur ; b) La criminalité est caractérisée comme « phénomène social global » (p. 22) ; la distinction entre criminalité réelle, criminalité légale et criminalité apparente, est utilisée par l'auteur ; c) L'auteur considère que les fonctions de la criminologie sont : la fonction descriptive, celle explicative, celle prédictive et celle prophylactique ; d) L'auteur considère que la criminologie est une science autonome et n'a pas un caractère auxiliaire (ni en face des sciences pénales et ni en face d'autres sciences sociales) ; e) Les sciences pénales sont caractérisées comme « disciplines normatives », ce qui n'est pas le cas de la criminologie ; f) La criminologie est ainsi définie : « La science qui étudie les facteurs et

la dynamique de l'acte criminel et la réaction sociale en face de cet acte, dans le but de prévenir la criminalité, d'humaniser le système de répression et de la réintégration sociale des délinquants » (p. 136).

Dans l'effort d'éveiller l'intérêt pour une science longtemps négligée en Roumanie, l'auteur nous a offert une remarquable synthèse des problèmes de la criminologie.

Betinio DIAMANT

La psychiatrie légale, par Michel Godfryd, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1989, 126 pages.

Dans ce petit ouvrage, très clairement présenté et écrit, l'auteur, psychiatre des hôpitaux, présente « l'ensemble des dispositions juridiques qui s'appliquent de façon particulière à la psychiatrie ».

Cependant, une partie du premier chapitre, relatif à la loi du 30 juin 1838 et l'hospitalisation des malades mentaux, pâtit de la date de la rédaction. La prochaine édition devra prendre en compte les nouvelles dispositions de la loi 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

De même, dans le dernier chapitre relatif aux expertises pénales, l'auteur ne peut, évidemment, envisager les modifications du nouveau code pénal français, entré en vigueur le 1er mars 1994, spécialement à propos de l'ancien article 64.

S'agissant de ce délicat problème des expertises psychiatriques pénales, les conclusions de l'auteur, nuancées, restent toutefois valables : « bien que décriées par certains pour leur manque de rigueur scientifique, les expertises psychiatriques n'en demeurent pas moins des mesures indispensables. Mais elles ne prennent toute leur valeur que si elles s'intègrent dans un ensemble beaucoup plus vaste de données, en particulier policières, sociales et contextuelles. C'est en éclairant les processus sous un angle spécifique que, loin d'apporter la vérité, elles concourent activement à l'établissement de sa manifestation. Considéré à partir de ces prémisses, le psychiatre n'apparaît alors ni comme un phraséologue, ni comme un thaumaturge ; il devient seulement un technicien qui, malgré sa subjectivité inévitable, apporte, en dépit de tout, un avis irremplaçable à la compréhension de complexités que nul ne peut mettre en équation : les phénomènes humains. »

Les autres chapitres comportent l'énoncé des principales dispositions en vigueur, utiles à connaître pour les praticiens de la criminologie et de la justice, concernant : les alcooliques dangereux, les toxicomanes, les régimes des majeurs protégés, les personnes handicapées (mineurs et adultes), l'enfance en danger, le mariage et le divorce des malades mentaux, la filiation adoptive, la responsabilité en psychiatrie.

On peut néanmoins estimer qu'en raison de l'importance des nouvelles dispositions légales intervenues depuis la parution de cet ouvrage, une édition revue et mise à jour serait bienvenue.

Pierre MOUTIN

Malades mentaux : patients ou sujets de droit ?, sous la direction de Jean Gillardin, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1985, 356 pages.

Ce très intéressant ouvrage se propose, à propos de projets de modification de la loi belge du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés, qui, en 1985, n'avaient pas abouti

à une solution législative, d'envisager le problème plus général des difficultés du dialogue entre juristes et psychiatres. A ce titre, cette discussion peut intéresser un vaste public : du côté juridique, spécialistes du droit civil mais aussi du droit pénal ; du côté des psychiatres, les nombreux intervenants qui travaillent avec eux.

Ce sont surtout les quatre premières interventions, exposées lors d'une journée d'étude organisée par la Faculté de droit des Facultés universitaires Saint-Louis le 11 mai 1984 à Bruxelles, qui essaient de poser le problème et d'esquisser des solutions.

L. Cassiers, psychiatre et enseignant à l'Université catholique de Louvain, rappelle, à propos des bases psychiatriques de la collocation (internement forcé), le statut scientifique fragile de la psychiatrie : « il nous faut accepter l'incertitude et nous tenir dans son champ sans nous crisper pour autant. Il devient alors mieux possible de décrire ce qui est assez sûr et ce qui l'est moins ». L'auteur illustre cette idée à partir des symptômes et diagnostics psychiatriques, de la dangerosité, de l'hospitalisation psychiatrique et de la privation de liberté qu'elle entraîne, de la guérison. Il conclut en estimant que le problème de la collocation n'est pas évitable dans notre société et que, compte tenu des incertitudes structurelles de la psychiatrie, « il faut bien, dès lors, que juristes et psychiatres acceptent de la porter ensemble et d'en prendre la responsabilité ».

Le juriste Michel van de Kerchove insiste, à travers une analyse historique, sur la déjuridicisation et la médicalisation progressive de l'hospitalisation psychiatrique forcée. Il pense qu'il doit exister une « interrelation critique » entre le technicien et le décideur avec débat contradictoire à l'issue duquel la décision ultime de l'hospitalisation forcée devrait revenir au pouvoir judiciaire. Par ailleurs, les intérêts du malade ne se résument pas à celui d'être soigné ; il est nécessaire de lui reconnaître, pendant son hospitalisation, un certain nombre de droits fondamentaux (information, recours, consultation d'un avocat et du médecin traitant, expression, visite, communication).

L. Verhagen, sociologue, se situant dans le prolongement des analyses de M. Foucault et R. Castel, rappelle que « le statut juridique confié aux fous et à la folie par une société dépend de la définition de la maladie mentale et de la culture spécifique de cette société » et pose les difficultés provoquées par la multiplicité actuelle des interventions psychiatriques, particulièrement dans le domaine social, sans qu'il y ait toujours demande de soins.

Enfin, dans un difficile essai de synthèse, R. Franck, professeur de philosophie, considère qu'il faut prendre acte des contradictions existant au sein de la pensée psychiatrique et aussi de la pensée juridique pour réussir à « reprendre indéfiniment l'impossible dialogue entre juristes et psychiatres pourtant nécessaire et indispensable en vue d'assumer l'effectivité de leur pratique » (J. Gillardin).

Les quatre dernières études, qui occupent la plus grande partie du volume, exposent avec clarté les dispositions légales et réglementaires du droit belge en vigueur en 1984 relatives aux malades et déficients mentaux et leurs soignants, à la collocation et la séquestration à domicile, à l'intervention du ministère public dans la défense des droits des colloqués et enfin à la capacité juridique des malades et déficients mentaux. Les auteurs montrent les difficultés importantes liées à ces dispositions et concluent à l'utilité de réformes.

Pierre MOUTIN

Le psychiatre et le criminel. L'approche de l'expert, par Pierre Scherrer, Lyon, Éditions Alexandre Lacassagne, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson Editeur, 1990, 228 pages.

Dans cet ouvrage, le regretté Pierre Scherrer expose, essentiellement par des exemples détaillés tirés de sa longue pratique dans l'Yonne, les difficultés, les limites et les pièges de l'expertise psychiatrique.

Malgré les modifications de l'ancien article 64 du code pénal, cet ouvrage garde toute sa valeur. Les exemples concernent des cas de meurtre, de viol, de hold-up ou de crimes commis en relation avec des problèmes de voisinage. Il nous montre la nécessité d'examens soigneux, souvent répétés, parfois assortis d'une hospitalisation de courte durée pour des examens complémentaires, l'utilité des tests projectifs (Rorschach et TAT) passés et interprétés par un psychologue expérimenté.

Nombreux sont les cas difficiles : il s'agit, en effet, de dépister la maladie mentale mais aussi « de ne pas la voir là où elle n'est pas ». Encore plus litigieuses sont les observations où les anomalies constatées sont de moindre importance et, dans ce cas, il n'est pas toujours facile de déterminer ce qui a pu conduire l'expert à reconnaître tantôt une atténuation de responsabilité, tantôt son absence.

Comme l'indique l'auteur qui a beaucoup fréquenté les cours d'assises, « il faut que le psychiatre accepte la lourde responsabilité d'être celui qui aidera la défense ou celui qui laissera le champ libre à l'accusation... C'est aussi l'honneur du psychiatre de savoir prendre la responsabilité de ce qu'il avance et qu'il croit en son âme et conscience être la vérité ». Il rejoint ainsi le professeur Marin qui, dans sa préface, redoutait « le danger de trop demander à l'expert » et ajoutait : « l'expert doit conserver un sentiment d'humilité, reconnaître ses limites et se rappeler sans cesse qu'il n'est qu'un auxiliaire de la justice ».

Pierre MOUTIN

IX. - POLICE

The Challenge of Community Policing. Testing the Promises, publié par Dennis P. Rosenbaum, Thousand Oaks (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, 1994, 320 pages.

Les Français l'appellent « police de proximité », les Britanniques et les Nord-Américains « police communautaire » (*Community Policing*). Au Québec, plus récemment : une « police professionnelle de type communautaire » (PPC). La PPC est une « philosophie d'action » et une « stratégie organisationnelle » comportant deux grands volets, le volet professionnel et le volet communautaire. Une « police professionnelle » est essentiellement une police qui vise à « solutionner » vraiment les problèmes liés à la sécurité publique. C'est une police d'expertise (POP ou *Problem-Oriented Policing,* selon l'expression américaine). Une « police communautaire » (COP ou *Community-Oriented Policing,* selon l'expression américaine) est une police qui solutionne certains de ces problèmes en « partenariat avec les citoyens », au sens large. Les « ingrédients pratiques » de cette police « Pop-Cop » couvrent, en particulier, les réalités suivantes :

- Une multitude de projets de prévention communautaire du crime, sous le leadership de la police et des organismes communautaires, en partenariat souvent avec d'autres services publics et privés.

- Une multiplication de la présence policière par l'ouverture de mini-postes de police communautaire aux quatre coins de la ville ou même d'un quartier selon les dimensions démographique et géographique.

• Une visibilité policière additionnelle est également renforcée par le retour dans le paysage du quartier des patrouilles de policiers à pied, à vélo ou à cheval, rattachées de préférence aux mini-postes.

• La mise sur pied de comités consultatifs de citoyens auprès du service de police, au niveau de la ville et des quartiers, est un élément important.

• La participation active des élus politiques au sein d'un conseil local de sécurité publique.

• Un fonctionnement adéquat d'un comité de déontologie policière pour répondre aux plaintes de certains citoyens envers certains policiers.

• Un recrutement qui reflète davantage l'éventail démographique de la ville (communautés culturelles, femmes) ; une formation de base et continue axée sur une police professionnelle de type communautaire ; des méthodes de travail plus fines et plus rigoureuses (« better and smarter »).

C'est dans cette perspective pragmatique « Pop-Cop » que Dennis Rosenbaum, professeur de criminologie à l'Université de Chicago et l'un des chercheurs importants en matière de police et de prévention, a publié ce collectif d'articles originaux qui tracent le bilan de l'état des recherches évaluatives sur les projets américains de police communautaire depuis une décennie. Tous les grands noms de ce domaine de recherche y ont participé, dont John Eck, Mary Ann Wycoff, Wesley Skogan, Robert Trojanowicz, David Bayley et Mark Moore. Deux articles traitent par ailleurs de la situation « communautaire » en Grande-Bretagne (Trevor Bennett) et au Canada anglais (Barry Leighton). Les projets de police communautaire des principales villes américaines sont scrutés à la loupe, dont New York, Philadelphie, Chicago, San Francisco, Los Angeles, Dallas, Houston et Miami. Les recherches utilisent toute la panoplie des méthodes de recherche classique en sciences sociales :

a) l'analyse des statistiques de la criminalité, y compris des sondages sur la victimisation et le sentiment d'insécurité ;

b) l'analyse des documents de toutes sortes au niveau des districts de police et des quartiers ;

c) l'entrevue qualitative individuelle et de groupe (de type « Focus-Group ») auprès des policiers, des élus politiques et des citoyens, y compris les associations et les groupes de pression ;

d) l'observation qualitative systématique des événements et des personnes impliqués ;

e) le questionnaire et le sondage d'opinion auprès des policiers (satisfaction au travail, par exemple) et d'échantillons de la population (satisfaction vis-à-vis des services policiers, par exemple).

Les conclusions sont évidemment fort complexes. Certains résultats sont typiquement contradictoires : le modèle de la police communautaire fonctionne de façon significative à certains endroits (*It Works !*), ailleurs, c'est le contraire (*Nothing Works !*). Toutefois, quand on regarde de près l'ensemble des évaluations, la conclusion générale la plus importante est la suivante : quand le projet PPC ou Cop-Pop est « vraiment » fait avec « sérieux » et « rigueur », avec un « personnel qualifié » et des citoyens profondément impliqués, avec un budget approprié, alors « ça marche » (*It Really Works !*).

Pour l'instant, ce livre est unique. Si le lecteur intéressé à la vision nord-américaine contemporaine de la police n'avait le temps de ne lire qu'un seul livre, c'est ce collectif original que nous lui recommanderions.

André NORMANDEAU

Chief Constables, par Robert Reiner, Oxford, Oxford University Press, 1992, 383 pages.

Towards Justice ? Crime and State Control in South Africa, par Desiree Hansson et Dirk van Zyl Smit, Cape Town, Oxford University Press, 1990, 278 pages.

Imperial Policing : The Emergence and Role of the Police in Colonial Nigeria 1860-1960, par Philip Terdoore Ahire, Milton Keynes, Open University Press, 1991, 165 pages.

Au Royayme-Uni comme dans les Etats issus du Commonwealth, la police jouit d'un prestige qu'elle n'a jamais connu en France et dans les Etats influencés par le droit romain. Il en va de même des recherches sur cette institution qui sont fort rares en France à part les études de sociologie de Dominique Monjardet.

Le livre de Robert Reiner est tout à fait remarquable et restera comme une étude très importante de sociologie de la police.

Le *Chief Constable* d'une force de police anglaise n'a aucun équivalent en France. Il y avait encore cent quatre-vingts *chief constables* dans les années 40 et plus de cent vingt il y a vingt-cinq ans. Les réformes des années 1960 et 1970 ont réduit leur nombre à quarante-trois.

Depuis 1919, le terme de *chief constable* est utilisé systématiquement pour tous les chefs de police (*Police Act*). Le mot *commissioner* est employé pour les chefs de la *Metropolitan Police* et celui de la *City*. Ces deux chefs de police ont une position légèrement différente par rapport à leurs collègues des quarante et une autres forces d'Angleterre et du Pays de Galles. La fonction de *chief constable* est régie par le *Police Act* de 1964. Cette loi a institué un système tripartite entre le *chief,* le *Home Office* et la *Police Authority.* Celle-ci est constituée d'un tiers de *Justices of the Peace* et deux tiers de conseillers élus. L'autorité est responsable de l'entretien d'une force avec moyens adéquats pour pouvoir opérer. Elle est aussi responsable de la mise à disposition de la force des bâtiments, véhicules et équipements adéquats pour l'aire de compétence en question.

L'autorité est responsable de la nomination du *chief* après approbation du *Home Office.* Elle peut aussi nommer les adjoints et assistants du *chief.* L'autorité est l'organe de tutelle de la force, c'est elle qui contrôle les ressources et les dépenses permettant la mise en application des directives du *Home Office.* Le *chief* se doit de rédiger un rapport annuel pour l'autorité mais peut refuser, alors c'est le ministre de l'Intérieur qui arbitre. La police a le devoir de faire appliquer et respecter la loi mais le Royaume-Uni est très attaché à la notion d'indépendance des forces de police ; ainsi la cour d'appel par la voix de Lord Denning a réaffirmé avec force que le chef de police se doit de faire appliquer la loi mais qu'il n'est au service de personne sauf de la loi. L'autonomie des chefs de police est une constante du droit anglais. L'idée d'une police nationale n'est pas acceptable outre-Manche. Le ministre de l'Intérieur selon l'*Act* de 1964 doit exercer ses pouvoirs afin de promouvoir l'efficacité de la police. Pour ce faire, il a de nombreux moyens à sa disposition. Il peut demander à une autorité de police de mettre à la retraite un chef pour manque d'efficacité. Il peut exiger d'un chef un rapport circonstancié sur un problème particulier et un rapport annuel. Il a pouvoir d'allouer des fonds et de nommer les inspecteurs généraux de la police. Il a aussi pouvoir de publier des circulaires et d'imposer certains standards pour les équipements. Les problèmes inhérents à l'aide mutuelle et à la collaboration entre les forces font que le ministre est dans une position non seulement d'arbitrage mais aussi de décision. Pendant les événements de 1984-1985 lors de la grève des mineurs, la coopération entre les forces fut concrétisée par le *National Reporting Centre* création de l'*Association of Chief Police Officers* (*ACPO*). Le ministre a d'ailleurs le pouvoir de procurer à une force de police des équipements sans l'autorisation de l'autorité de police dont

la force dépend. Si les décisions opérationnelles sont du strict ressort du chef, la dotation en équipement relève de la prérogative royale c'est-à-dire en droit administratif britannique du gouvernement central.

Dans ce livre tout à fait passionnant, Reiner nous montre le point de vue des chefs. Il en a interrogé quarante, ce qui est tout à fait remarquable sur quarante-trois. Ces officiers supérieurs de police considèrent qu'aujourd'hui, si la police anglaise est encore autonome et non nationale, le ministre de l'Intérieur a des pouvoirs énormes et avec l'*ACPO* et l'Inspection générale constituent l'interlocuteur priviligié avant l'autorité de police (locale). A cause de sa modernisation, la police anglaise est de plus en plus centralisée et c'est Londres qui évidemment concentre les pouvoirs.

Voici un ouvrage agréable à lire de la part d'un des grands spécialistes britanniques du sujet. C'est une photographie fascinante d'un corps de policiers supérieurs souvent issus du rang et qui forment une méritocratie tout à fait hors de l'ordinaire. Un volume à méditer surtout pour nous qui avons un corps fondé sur des traditions fort différentes.

Dans les pays de l'outre-mer britannique, la police n'a jamais joui de l'estime dont elle bénéficiait au Royaume-Uni. En Afrique du Sud, la *South African Police* (*SAP*), corps centralisé sous les ordres d'un ministre de la Police, a toujours eu des traditions paramilitaires à cause de la tradition de la frontière, de la vie coloniale et de la guerre des Boers. Afin de renforcer les effectifs de la *SAP*, une réserve fut instituée en 1961. Bien évidemment pendant quarante ans cette police eut pour mission de faire appliquer la politique d'*apartheid*. Cette institution redoutablement efficace est complètement dominée par les Afrikaners. Certains des officiers supérieurs de la *SAP* font montre d'une extrême réticence face aux changements engagés par le Président De Klerk. Ce n'est pas un hasard si celui-ci a dû limoger vingt-trois généraux de police. Le livre édité par Hansson et van Zyl Smit est très instructif à cet égard.

Le livre de Ahire est une bonne histoire de la police nigériane. Celle-ci comme celle des autres colonies britanniques s'est inspirée des méthodes de la *Royal Irish Constabulary* aujourd'hui *Royal Ulster Constabulary*. Ce corps paramilitaire avait été constitué pour pouvoir résister aux mouvements nationalistes. De nombreux officiers de la police nigériane furent effectivement formés aux méthodes irlandaises. La police coloniale nigériane comme la police sud-africaine a dû affronter des mouvements nationalistes souvent fondés sur des bases ethniques, ce qui est très difficile à gérer.

A lire ces trois ouvrages, on peut voir que la police britannique a su exporter son efficacité mais pas ses traditions démocratiques dans l'outre-mer britannique.

Antoine J. BULLIER

Polices et sociétés en Europe, par Jean-Claude Monet, Paris, La Documentation française, Coll. Vivre en Europe, 1993, 337 pages.

Coup sur coup, alors qu'auparavant c'était le désert ou presque en la matière, voici que trois livres fort intéressants sont publiés sur l'organisation de la police dans les pays de l'Union européenne :

– Le collectif de Jean-Marc Erbès (dix collaborateurs), *Polices d'Europe*, Paris, L'Harmattan, Institut des hautes études sur la sécurité intérieure (IHESI), 1992, 226 pages.

– Le livre de Jean-Claude Monet (1993), dont nous parlerons.

– Le livre de Patrice Meyzonnier, *Les forces de police dans l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, Institut des hautes études sur la sécurité intérieure (IHESI), 1994, 366 pages.

Le livre de Monet est le seul des trois qui intègre la description systématique et la réflexion critique transnationales et comparatives grâce à un fil conducteur de nature thématique sur l'histoire de la police d'hier et d'aujourd'hui, les modèles de police en Europe, le crime organisé, le terrorisme, la démocratie...

Les deux autres livres livrent plutôt une vision strictement nationale et locale de la police puisque chaque chapitre traite de la police de tel ou tel pays, ce qui par ailleurs est fort utile également pour le lecteur qui n'est pas familier avec l'organisation policière de telle ou telle nation.

Le livre de Monet (à la fois un policier et un sociologue !) parle des différences et des ressemblances. Formées ici d'un seul corps policier, là de plusieurs milliers ; marquées par le « modèle français » ou proches du « modèle anglais » ; plus ou moins élitistes, cloisonnées, opaques et monolithiques ; inégalement politisées ; peu ou presque pas féminisées ; syndicalisées à cent pour cent ou interdites de syndicat : les polices des douze (à l'époque d'avant les quinze !), à première vue, ne se ressemblent pas. Leurs affinités, pourtant, l'emportent sur leurs différences. Ne serait-ce que parce qu'elles assument partout les mêmes missions et, partout, se heurtent aux mêmes défis : la montée des insécurités, les progrès du crime organisé, les nouvelles formes de violences urbaines, la menace terroriste. L'intensification de leur coopération à l'échelle européenne et internationale rendra-t-elle aux polices débordées par ces phénomènes de société une efficacité conforme aux vœux des citoyens sans compromettre les libertés ? Les organisations policières sauront-elles aussi adapter leurs modes de fonctionnement aux nouvelles attentes du public et sortir ainsi de la crise de légitimité qui les affecte depuis quelques années ?

Deux thèmes particuliers sont fort bien développés. Le premier porte sur la professionnalisation, la spécialisation et la politisation de la police. Le second trace les paramètres du débat sur la police et la démocratie en Europe autour d'une réflexion sur les racines économiques et sociales de la criminalité, des troubles à l'ordre public et de la délinquance.

Nous sommes d'accord avec le préfacier de ce livre, le Britannique John Benyon, de l'Université de Leicester, lorsqu'il affirme que ce livre est écrit « avec brio » et qu'elle est une « œuvre de pionnier » : une analyse approfondie, subtile et percutante des problèmes et des dilemmes que soulève l'action policière dans l'espace européen.

Seul, peut-être, un policier-praticien transformé en sociologue-théoricien, comme Jean-Claude Monet, pouvait-il intégrer d'aussi belle manière la pratique et la théorie de ce monde encore largement mystérieux de la police ?

André NORMANDEAU

Police, ordre et sécurité. Etudes réunies et présentées par Dominique Monjardet et Jean-Claude Thoenig, in *Revue française de sociologie,* vol. XXXV-3, juill.-sept. 1994, Paris, Editions du CNRS, pp. 351-485.

C'est seulement depuis une vingtaine d'années que la police est étudiée des chercheurs, en particulier des sociologues, et la *Revue française de sociologie,* dans son numéro de juillet à septembre 1994, nous présente, réunies par D. Monjardet et J.-C. Thoenig, cinq études qui démontent les mécanismes de l'institution, observent son fonctionnement, scrutent les motivations de ses fonctionnaires, abordent les problèmes fondamentaux qui touchent à l'ordre public, à la sécurité et aux rapports entre police et politique. Et devant cette radiographie, le policier, surnommé parfois le « Monsieur Jourdain des sciences sociales », s'étonne de se retrouver si ressemblant.

Observant que depuis les années 70 les priorités de la sécurité publique ont évolué, J.-C. Thoenig (La gestion systématique de la sécurité publique) étudie la manière dont *les enjeux mobilisent au quotidien l'action des intervenants : le traitement de la sécurité* publique requiert en France l'intervention de multiples personnels appartenant à des administrations diverses, notamment police, gendarmerie, parquet, préfecture. Ces organismes, quoique centralisés, tolèrent une forte autonomie dans le traitement des tâches : sur le terrain, l'urgence et les circonstances rendent nécessaire la capacité d'initiative.

Si les relations entre services, encadrées par des procédures formelles, sont jugées généralement peu utiles, si les rivalités entre « maisons » favorisent l'évitement, le cloisonnement et la méfiance, l'existence d'une coopération informelle, basée sur l'affinité de personnes de rangs équivalents, joue dans les faits un rôle tel que « performances d'une circonscription, unité territoriale ou parquet dépendent de l'insertion relationnelle locale de son ou de ses responsables directs ».

Ainsi, en fonction de règles implicites gouvernant le nécessaire travail commun, des incertitudes communes intégratrices, aléas de l'instant, gestion de l'erreur, nécessités de l'événement, se constituent des systèmes d'action territoriaux qui aboutissent à la production locale de politiques d'Etat.

Est ainsi mise en lumière la complémentarité entre l'action centralisatrice des administrations et l'application souple de politiques locales par les praticiens en contact direct de la vie.

Peut-on dire qu'un policier pense toujours comme un flic ? Dominique Monjardet (La culture professionnelle des policiers) aborde la délicate question de la mentalité collective des fonctionnaires de police. A l'encontre des Anglo-Saxons, pour lesquels la culture professionnelle est engendrée par les propriétés spécifiques du travail policier, l'auteur au terme d'une étude menée sur une promotion de gardiens de la Paix nous fait assister à la naissance et à l'évolution d'un noyau de stéréotypes au cours de leur formation. La « culture policière », qui se détermine autour de deux grands axes, le rapport du policier à la loi et le rapport du policier à l'autre, supporte en réalité un grand pluralisme d'attitudes.

A travers l'étude des polices urbaines dans les années 20 (polices municipales et polices étatisées), Marie Vogel (Politiques policières et systèmes locaux) examine les modes de gestion des services et l'élaboration des politiques policières. Elle peut ainsi constater que, quel que soit le statut de la police urbaine considérée, l'adminisration des services se négociait localement et que les politiques policières pouvaient se définir comme une hiérarchisation négociée des priorités. Ce n'est que lorsque le maintien de l'ordre était en jeu que la différence entre polices municipales et polices d'Etat se manifestait le plus directement en raison des responsabilités exclusives du préfet en cette matière. Dès lors, il n'existait que peu de conflits entre autorités préfectorales et municipales, sauf si l'on se situe dans une logique purement politique. Peut-être cette étude historique est-elle toujours d'actualité.

Patrice Mann (Pouvoir politique et maintien de l'ordre) analyse les relations entre la police et le pouvoir politique, lorsqu'il s'agit de maintenir l'ordre public.

L'étude fait apparaître la pratique du maintien de l'ordre comme le produit d'un ensemble d'interactions entre deux tendances non contradictoires : l'emprise du politique (centralisation de l'appareil policier, formation et contrôle du personnel) et la tendance à l'autonomie (professionnalisation, corporatisme et autonomie fonctionnelle). Sans négliger l'influence des médias et des témoins oculaires sur le déroulement de la violence coercitive.

Enfin Jean-Paul Brodeur (Police et coercition) se livre à une étude critique de la théorie de Bittner, selon laquelle la police est un mécanisme de distribution d'une

force coercitive non négociable. Il est ainsi amené à une réflexion fondamentale sur la nature de la police : la force est-elle la raison d'être essentielle de son action ? La réponse ne peut être que nuancée, en raison de la généralité des tâches qui incombent à la police : « ce qui distingue l'homme à tout faire est précisément qu'il est le seul à tout faire ».

En somme, ce que nous présente la *Revue française de sociologie* dans son numéro XXXV-3, c'est la police dans tous ses états. Sa lecture est non seulement intéressante mais utile. Les résultats des études qui y sont rapportés devraient être médités par tous ceux qui réfléchissent à l'avenir et au progrès de l'institution. Il faudrait pour cela que pour reprendre l'expression utilisée par P. Mann en conclusion de son article : « les lignes de démarcation entre les scientifiques et les acteurs ordinaires s'estompent ». Espérons...

André BOSSARD

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. – BEDAU (H.A), American Populism and the Death Penalty : Witnesses at an Execution, *Howard* 1994.289.
2. – KADISH (S.H.), The Criminal Law and the Luck of the Draw, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1994.679.
3. – MARINUCCI (G.) et DOLCINI (E.), Costituzione e politica dei beni giuridici, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994.333.
4. – MULCAHY (A.), The Justifications of Justice : Legal Practitioners' Accounts of Negociated Case Settlements in Magistrates' Courts, *The British Journal of Criminology* 1994.411.
5. – STINCHCOMBE (A.J.), The Acceptibility of Executing the Innocent, *Howard* 1994.304.

II. – DROITS DE L'HOMME

6. – AUVRET (P.), Le droit au respect de la présomption d'innocence, *JCP* 1994.I.3802.
7. – CHAMBON (P.), Les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme n'ont aucune incidence directe sur celles des juridictions nationales (note sous Crim. 4 mai 1994), *JCP* 1994.II.22349.

* Périodiques reçus au cours du second semestre 1994.

8. – McCORMACK (T.L.H.) et SIMPSON (G.J.), The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind : An Appraisal of the Substantive Provisions, *Criminal Law Forum* 1994.1.

III. – HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

IV. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

9. – BAMFORTH (N.), Sado-Masochism and Consent, *The Criminal Law Review* 1994.661.

10. – BOURDEAUX (G.), La suspicion de fraude, *JCP* 1994.I.3782.

11. – LAVIALLE (C.), Légalité d'un arrêté municipal appliquant un forfait mensuel pour les résidents d'une zone de stationnement payant (note sous Crim. 16 juin 1993), *JCP* 1994.II.22303.

12. – LENG (R.), Consent and Offences against the Person, *The Criminal Law Review* 1994.480.

13. – McKAY (R.D.) et KEARNS (G.), The Continued Underuse of Unfitness to Plead and the Insanity Defence, *The Criminal Law Review* 1994.576.

14. – PRADEL (J.), Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale, *L'indice penale* 1994.5.

15. – RASSAT (M.L.), Affaire du sang contaminé : crime ou délit ? (note sous Crim. 22 juin 1994), *JCP* 1994.II.22310.

16. – STONE (N.), The Suspended Sentence since the Criminal Justice Act 1991, *The Criminal Law Review* 1994.397.

17. – WASIK (M.) et von HIRSH (A.), Section 29 Revised : Previous Convictions in Sentencing, *The Criminal Law Review* 1994.409.

V. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

18. – COUVRAT (P.) et MASSÉ (M.), Droit de la circulation routière (infractions et accidents), *D.*1994, somm. 259.

19. – GARDINER (S.), The Law and the Sports Field, *The Criminal Law Review* 1994.513.

20. – GESTERMANN (B.), L'annulation du permis de conduire survit à la période fixée par le tribunal, *D.*1994.459.

21. – MAUGLIANI, La 'ndrangheta, *Riv. Guardia di finanza* 1994.1477.

22. – MAYER (D.), La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement, *D.*1994, chron. 325.

23. – MOREILLON (L.), Omission de porter secours, *Rev. pén. suisse* 1994.233.

24. – PARENT (C.), De la honte aux revendications : la problématique de la vente des services sexuels, *RD pén. crim.* 1994.975.

25. – VERSCHAVE (J.P.), A propos de l'article 404-1 de l'ancien code pénal (art. 314-7 du nouveau code) : la notion d'organisation, par le débiteur, de son insolvabilité et le rôle de la condamnation protégée (note sous Crim. 22 janv. 1992), *D.*1994.551.

VI. - DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

26. - FERRARI (P.), La constatation fausse - le mensonge écrit, *Rev. pén. suisse* 1994.153.

27. - GOBERT (J.), Corporate Criminality : New Crimes for the Times, *The Criminal Law Review* 1994.722.

28. - KNECHT (T.), Gewalttäter unter den Heroinkonsumenten, *Rev. pén. suisse* 1994.57.

29. - MAJEROWICZ (S.), La rémunération des élus, dirigeants de sociétés d'économie mixte : prise illégale d'intérêts ou non-soumission à l'article 432-12 du code pénal ?, *JCP* 1994.I.3808.

30. - McCOLGAN (A.), The Law Commission Consultation Document on Involuntary Manslaughter - Heralding Corporate Liability ?, *The Criminal Law Review* 1994.547

31. - PYLE (D.J.) et DEADMAN (D.F.) Crime and the Business Cycle in Post War Britain, *The British Journal of Criminology* 1994.339.

32. - VEST (H.), Organisierte Kriminalität, *Rev. pén. suisse* 1994.121.

VII. - JUSTICE MILITAIRE

33. - WAILLIEZ (G.), Règles et principes de base relatifs à l'application extra-territoriale du droit pénal aux militaires belges et aux civils à la suite des troupes, *RD pén. crim.* 1994.840.

VIII. - DROIT MÉDICAL ET BIOÉTHIQUE

34. - BYK (C.), Aperçu rapide sur la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JCP* 1994, *Actualités,* n° 32-36.

35. - BYK (C.), La loi relative au respect du corps humain, *JCP* 1994.I.3788.

36. - RAYMOND (G.), Aperçu rapide sur la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal, *JCP* 1994, *Actualités,* n° 37.

IX. - PROCÉDURE PÉNALE

37. - BALDING (D.J.) et DONNELLY (P.), The Prosecutor's Fallacy and DNA Evidence, *The Criminal Law Review* 1994.711.

38. - CHAMPOD (C.) et TARONI (F.), Probabilités au procès pénal - risques et solutions, *Rev. pén. suisse* 1994, 194.

39. - CODT (J. DE), Le juge du fond peut-il, sans dépasser les limites de sa compétence, disqualifier en meurtre provoqué un crime régulièrement correctionnalisé ?, *RD pén. crim.* 1994.857.

40. - DUFF (R.A.) et GRUBIN (D.), Fitness to Plead and Fair Trials, *The Criminal Law Review* 1994.419.

41. - EVANS (R.), Cautioning : Counting the Cost of Retrenchment, *The Criminal Law Review* 1994.566.

42. – HENHAM (R.), Attorney-General's References and Sentencing Policy, *The Criminal Law Review* 1994.499

43. – HUNTER (M.), Judicial Discretion : section 78 in Pratice, *The Criminal Law Review* 1994.558.

44. – JEOL (M.), Une procédure anachronique : le retrait d'habilitation d'un officier de police judiciaire (concl. sous ass. plén. 1er juillet 1994), *D.*1994.445.

45. – MASCALA (C.), La recevabilité de la preuve illicite par le juge pénal (note sous Crim. 15 juin 1993), *D.*1994.613.

46. – ROBERTSON (B.), VIGNAUX (G.A.) et EGERTON (I.), Stylometric Evidence, *The Criminal Law Review* 1994.645.

47. – SPENCER (J.R.), Orality and the Evidence of Absent Witness, *The Criminal Law Review* 1994.628.

48. – SULLIVAN (G.R.) et WARBRICK (C.), Territoriality, Theft and Atakpu, *The Criminal Law Review* 1994.650.

49. – VIRIOT-BARRIAL (D.), La présence de l'avocat au cours de la garde à vue : nature et régime de la formalité (note sous TGI Aix-en-Provence 22 décembre 1993), *D.*1994.566.

X. – DROIT PÉNAL COMPARÉ

50. – GASPARINI (A.), D'all « Indeterminate sentence » alle « Sentencing guidelines » : una riforma rivoluzionaria negli USA, *L'indice penale* 1994.37.

51. – ODOKI (B.J.), Reducing Delay in the Administration of Justice : the Case of Uganda, *Criminal Law Forum* 1994.57.

52. – RUGGIERO (V.), Corruption in Italy : An Attempt to Identify the Victims, Howard 1994.319.

53. – TROUILLE (H.), A Look at French Criminal Procedure, *The Criminal Law Review* 1994.735.

XI. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET DROIT COMMUNAUTAIRE

54. – GOUTTES (R. de), L'espace judiciaire pénal européen en 1994, *RI crim. et pol. techn.* 1994.322.

55. – ROTH (H.), Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, *Rev. pén. suisse* 1994.1

56. – VERVAELE (J.), Compétences en matière de sanctions administratives de et dans l'Union européenne. Vers un système de sanctions administratives européennes ?, *RD pén. crim.* 1994.933.

XII. – PROBLÈMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

57. – BERNIGAUD (S.), Compétence du juge des enfants pour modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale et pour ordonner toute mesure en cas de danger (note Cass. 1er 12 janvier et 23 février 1994), *JCP* 1994.II.22341.

59. – BRAITHWAITE (J.) et MUGFORD (S.), Conditions of Successful Reintegration Ceremonies : dealing with Juvenile Offenders, *The British Journal of Criminology* 1994.139.

60. – CHALLINE (J.P.), Des effets de l'assistance éducative (Présentation d'un modèle d'évaluation des conséquences de la règle de droit), *JCP* 1994.I.3784.

61. – DIGNEFFE (F.), Les jeunes et la loi pénale : les significations de la sanction pénale à l'adolescence, *RD pén. crim.* 1994.825.

62. – OTERO-LOPEZ (J.M.), LUENGO-MARTIN (A.), MIRON-REDONDO (L.), DE LA PENA (M.T.) et ROMERO-TRINANES (E.), An Empirical Study of the Relations between Drug Abuse and Delinquency among Adolescents, *The British Journal of Criminology* 1994.459.

XIII. – EXÉCUTION DES PEINES

63. – BENGUIGUI (G.), CHAUVENET (A.), ORLIC (F.), Les surveillants de prison et la règle, *Déviance et société* 1994.275.

64. – GODEFROID (G.) et KUMPS-MERCKX (L.), Statistiques pénitentiaires de la Belgique : année 1992, *RD pén. crim.* 1994.847.

65. – KUHN (A.), Le nombre carcéral, *RI crim. et pol. techn.* 1994.310.

66. – MADEN (A.), SWINTON (M.) et GUNN (J.), A Criminological and Psychiatrical Survey of Women Serving a Prison Sentence, *The British Journal of Criminology* 1994.172.

67. – MARTIN (C.) et GODFREY (D.), Prisoner's View of Boards of Visitors : A Question of Credibility, *The British Journal of Criminology* 1994.358.

XIV. – SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

68. – CAVADINO (M.) et WILES (P.), Seriousness of Offences : The Perceptions of Practitioners, *The Criminal Law Review* 1994.489.

69. – CLARKE (R.V.), CODY (R.P.) et NATARAJAN (M.), Tracking Displacement on the London Underground, *The British Journal of Criminology* 1994.122.

70. – COHN (E.G.) et FARRINGTON (D.P.), Who Are the Most Influential Criminologists in the English-speaking World ?, *The British Journal of Criminology* 1994.204.

71. – GREEN (P.), MILLS (C.) et READ (T.), The Characteristics and Sentencing of Illegal Drug Importers, *The British Journal of Criminology* 1994.479.

72. – JEFFERSON (T.) et SHAPLAND (J.), Criminal Justice and the Production of Order and Control : Criminological Research in the UK in the 1980s, *The British Journal of Criminology* 1994.265.

73. – MONACO (L.) et PALIERO (C.E.), Variazioni in tema di « crisi della sanzione » : la diaspora del sistema commisurativo, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994.421.

74. – NORMANDEAU (A) et WALLER (I.), Un pays sans peur et sans crime... ou presque, *RI crim. et pol. techn.* 1994.298.

75. – PAWSON (R.) et TILLEY (N.), What works in Evaluation Research ?, *The British Journal of Criminology* 1994.291.

76. – PONTI (G.), Il reato d'impeto : una prospettiva criminologica e psichiatrico-forense, *L'indice penale* 1994.27.

77. – RADZINOWICZ (Sir L.), Reflections on the State of Criminology, *The British Journal of Criminology* 1994.99.

78. – TREMBLAY (P.), CLERMONT (Y.) et CUSSON (M.), Jockeys and Joyriders : Changing Patterns in Car Theft Opportunity Structures, *The British Journal of Criminology* 1994.307.

79. – VAN DIJK (J.J.M.), Understanding Crime Rates On the Interactions between the Rational Choices of Victims and Offenders, *The British Journal of Criminology* 1994.105.

80. – WALKER (M.A.), Measuring Concern about Crime : Some Inter-racial Comparisons, *The British Journal of Criminology* 1994.366.

81. – Numéro spécial de la revue *Social Justice* sur le thème Women and Welfare Reform, vol. 21, n° 1, Spring 1994.

XV. – POLICE

82. – BURKE (M.), Homosexuality as a Deviance : The Case of the Gay Police Officier, *The British Journal of Criminology* 1994.192.

83. – CARRER (F.), La formation des policiers en Espagne, en France et en Italie, *RI crim. et pol. techn.* 1994.355.

84. – CHALOM (M.), L'organisation policière de proximité, *RI crim. et pol. techn.* 1994.339.

85. – FAIRWEATHER (F.) et LEVY (S.), Assaults on the Police : A case of Mistaken Identity, *The Criminal Law Review* 1994.817.

86. – GORGEON (C.), Police et public : représentation, recours et attentes : le cas français, *Déviance et société* 1994.245.

87. – NORMANDEAU (A.), Police de proximité, police communautaire, police d'assurance pour l'an 2000, *RD pén. crim.* 1994.707.

88. – WALL (D.S.), The Ideology of Internal Recrutment : the Selection of Chief Constables and Changes within the Tripartite Arrangement, *The British Journal of Criminology* 1994.322.

XVI. – VARIA

C. – OUVRAGES REÇUS *

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

Politique criminelle et théorie générale du droit

BOURCIER (Danièle), *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain,* Paris, Presses universitaires de France, Coll. Les voies du droit, 1995, 237 pages.

* Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

Normes et déviances en Europe. Un débat Est-Ouest. Norms and Deviances in Europe. An East-West Debate, sous la direction de Philippe ROBERT et Fritz SACK, Paris, Editions L'Harmattan, Publications du GERN, 1994, 422 pages.

CABESTAN (Jean-Pierre), *Le système politique de la Chine populaire,* Paris, Presses universitaires de France, Coll. Thémis/Science politique, 1994, 505 pages.

Le nouveau Code pénal : droit et société. Dossier constitué par Josée GRYNBAUM et Didier SAFAR, Paris, n° 741, Problèmes politiques et sociaux, 16 décembre 1994, La Documentation française, 63 pages.

PRADEL (Jean), VARINARD (André), *Les grands arrêts du droit criminel,* 4e éd., tome 1, *Les sources du droit pénal. L'infraction,* tome 2, *Le procès. La sanction,* Paris, Editions Dalloz, 1995, 538 et 378 pages.

VERIN (Jacques), *Pour une nouvelle politique pénale. Chroniques 1965-1985.* Avant-propos de Robert BADINTER, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Coll. Droit et Société n° 9, 1994, 438 pages.

VIJVER (C.D. van der), *De burger en de zin van strafrecht,* Lelystad, Koninklijke vermande, 1993, 226 pages.

Entwicklungsperspektiven von Kriminalität und Strafrecht. Festschrift für John Lekschas, publié par Uwe EWALD et Kersten WOWERIES, Bonn, Forum Verlag Godesberg GmbH, 1992, 350 pages.

Droits de l'homme

LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme,* Paris, Armand Colin Editeur, Coll. U/Droit, 1995, 462 pages.

SALAS (Denis), *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme,* Paris, Presses universitaires de France, Coll. Les voies du droit, 1994, 156 pages.

Histoire du droit pénal

Justice et aide sociale. 100 ans d'évolution. Justitie en sociale hulpverlening. 100 jaar evolutie. Reflets et perspectives de politiques criminelle, pénitentiaire et sociale (1894-1994)... een tweed eeuw gaat in, Bruxelles, Commission royale des patronages, Etablissements Emile Bruylant S.A., 1994, 646 pages.

KARASEK (Horst), *Die Vierteilung. Wie dem Königsmörder Damiens 1757 in Paris der Prozess gemacht wurde,* Berlin, Verlag Klaus Wagenbach, 1994, 126 pages.

BERLIERE (Jean-Marc), *Le Préfet Lépine. Vers la naissance de la police moderne,* Paris, Editions Denoël, 1993, 279 pages.

FAIREN GUILLEN (Victor), SOBERANES FERNANDEZ (José Luis), *La administracion de justicia en México en el siglo XIX,* Mexico, Tribunal superior de justicia del Distrito federal, 1993, 556 pages.

NEUBERGER (Joan), *Hooliganism. Crime, Culture, and Power in St. Petersburg 1900-1914,* Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press, 1993, 324 pages.

Droit pénal général

Code pénal. Nouveau code pénal. Ancien code pénal, 92e éd., 1994, 1995, Annotations de jurisprudence et bibliographie par Yves MAYAUD, Paris, Editions Dalloz, 1994, 2441 + 29 pages.

PRADEL (Jean), *Le nouveau Code pénal (Partie générale). Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992,* Paris, Editions Dalloz, Coll. Dalloz Service, 1994, 244 pages.

STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Droit pénal général,* 15e éd., Paris, Editions Dalloz, 1994, 628 pages.

LEVASSEUR (Georges), CHAVANNE (Albert), MONTREUIL (Jean), *Droit pénal général et procédure pénale,* 11e éd., Cours élémentaire Droit-Economie, Paris, Editions Sirey, 1994, 371 pages.

Droit pénal spécial

Programme Protection juridique du citoyen (1992-1994). Traquer le droit pénal occulte. Inventaire des interdictions et déchéances légales découlant automatiquement d'une condamnation pénale, par G. KELLENS, A. LEMAITRE, F. BAYARD, F. COSTER, Liège, Université de Liège, Service de criminologie, Bruxelles, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et cultures (SSTC), 1994, 249 pages.

Liberté de la presse et droit pénal. XIIe Journées de l'Association française de droit pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan (Aix-en-Provence, 17-18 mars 1994), Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, 336 pages.

Sang et droit pénal. A propos du sang contaminé..., sous la direction de Jean PRADEL, Paris, Editions Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIV, 1995, 191 pages.

RUIMSCHOTEL (D.), *Corruptie en fraude in Nederland. Suggesties voor management en beleid,* Arnhem, Gouda Quint bv, 1993, 79 pages.

STRATENWERTH (Günter), *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen,* 5e éd. partiellement refondue, *Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen,* 4e éd. remaniée et complétée, Berne, Verlag Stämpfli + Cie AG, 1995, 473 et 401 pages.

La tutela penale delle opere d'arte. The penal protection of works of art. Atti del Convegno, Siracusa 22-26 marzo 1992, Siracuse, Università di Catania, Facoltà di lettere e filosofia, Istituto superiore internazionale di scienze criminali, 1994, 430 pages.

Droit pénal des affaires

KISTLER (Marlène), *La vigilance requise en matière d'opérations financières. Etude de l'article 305ter du Code pénal suisse,* Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, 335 pages.

Droit médical et bio-éthique

AKIDA (M.), *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence,* préface d'Albert CHAVANNE, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, tome 29, 1994, 456 pages.

Procédure pénale

BERTEL (Christian), *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts,* 4e éd. renouvelée, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1994, 293 pages.

FAIREN GUILLEN (Victor), *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoria y Ley procesal generales,* Barcelone, Libreria Bosch, 1990, 604 pages.

Code de procédure pénale, 36e éd., 1994-1995, réalisée avec le concours de Jean PRADEL et Francis CASORLA, Code de justice militaire, Paris, Editions Dalloz, 1994, 1342 pages.

Suspicion and Silence : The Right to Silence in Criminal Investigations, Londres, Blackstone Press Limited, 1994, 155 pages.

SIRACUSANO (D.), GALATI (A.), TRANCHINA (G.), ZAPPALA (E.), *Diritto processuale penale.* Volume 2, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, 739 pages.

Ombudsman in Europa – Institutioneller Vergleich – Ombudsman in Europe – The Institution – Ombudsman en Europe – Analyse comparative de l'institution, publié par Franz MATSCHER, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel Verlag, 1994, 239 pages.

Droit pénal international et droit communautaire

SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme,* 2e éd. revue et augmentée, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Droit fondamental, 1995, 392 pages.

HUET (André), KOERING-JOULIN (Renée), *Droit pénal international,* Paris, Presses universitaires de France, Coll. Thémis/Droit privé, 1994, 439 pages.

Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article, sous la direction de Vlad CONSTANTINESCO, Robert KOVAR et Denys SIMON, Paris, Economica, 1995, 1000 pages.

BONNEFOI (Serge A.), *Europe et sécurité intérieure. Trevi – Union européenne – Schengen, à jour au 9 décembre 1994,* Paris, Coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1995, 180 pages.

MEZZETTI (Enrico), *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri,* Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 267 pages.

SANTOSCOY (Bertha), *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles,* Paris, Presses universitaires de France, Genève, Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, 1995, 209 pages.

Enfance et adolescence

Protéger l'enfant en danger. Une pratique des conflits, sous la direction de Serge LESOURD et Françoise PETITOT, Ramonville Saint-Agne, Editions Erès, 1994, 224 pages.

Pénologie et exécution des peines

CASILE-HUGUES (Geneviève), *La grève de la faim en milieu carcéral (à travers le cas de la maison d'arrêt des Baumettes de 1975 à 1983),* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, Institut de sciences pénales et de criminologie, 1994, 499 pages.

WALTER (Michael), *Strafvollzug. Lehrbuch,* Stuttgart, Munich, Hanovre, Richard Boorberg Verlag, 1991, 339 pages.

La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands. Avec les contributions de Noëlle LANGUIN, Miranda LINIGER, Brigitte MONTI, Robert ROTH, Massimo SARDI, François Roger STRASSER, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Université de Genève, Faculté de droit de Genève, Département de droit pénal, Centre d'étude, de technique et d'évalution législatives (CETEL), 1994, 243 pages.

Criminologie

GASSIN (Raymond), *Criminologie,* 3e éd., Paris, Editions Dalloz, 1994, 649 pages.

STANOIU (Rodica Mihaela), *Criminologie,* vol. I, Bucarest, Editura Oscar Print, 1995, 223 pages.

SZABO (Denis), *De l'anthropologie à la criminologie comparée. Quatre leçons au Collège de France (14, 21, 28 novembre-5 décembre 1990),* Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1993, 127 pages.

A Reader on Punishment, publié par Antony DUFF et David GARLAND, Oxford, Oxford University Press, 1994, 351 pages.

LOO (Pierre), *L'homme égaré. Responsabilité des criminels, délinquants, pervers sexuels,* Paris, Doin Editeurs, 1994, 155 pages.

Organized Crimes, publié par Nikos PASSAS, Aldershot, Brookfield, Singapour, Sydney, Dartmouth, 1995, 579 pages.

TOCORA (Fernando), *La Droga : entre la narcocracia y la legalizacion,* Santa Fé de Bogota, Ediciones Forum Pacis, 1993, 140 pages.

La mort difficile, Hesiode, Cahiers d'ethnologie méditerranéenne, n° 2, 1994, Carcassonne, Garae-Hésiode, 311 pages.

MELLON (Christian), SEMELIN (Jacques), *La non-violence,* Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 1994, 128 pages.

ROBERT (Philippe), AUBUSSON de CAVARLAY (Bruno), POTTIER (Marie-Lys), TOURNIER (Pierre), *Les comptes du crime. Les délinquances en France et leurs mesures,* 2e éd. refondue, Paris, Editions L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1994, 329 pages.

GODEFROY (Thierry), LAFFARGUE (Bernard), *Les coûts du crime en France. Estimation monétaire des criminalités données pour 1988 à 1991,* Paris, Ministère de la Justice, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP), Etudes et données pénales n° 71, 1995, 97 pages.

MERLE (Roger), *Les grandes affaires criminelles de Toulouse,* Toulouse, Editions Privat, 1995, 254 pages.

O'MAHONY (Paul), *Crime and Punishment in Ireland,* Dublin, The Round Hall Press, 1993, 252 pages.

Criminaliteitspreventie door burgers. Achtergronden en effecten van preventie op basis van een nadere analyse van de Politiemonitor Bevolking 1993, La Haye, Ministerie van Justitie, Directie criminaliteitspreventie, Stafafdeling Informatievoorziening, 1995, 64 pages.

Police

FINDLAY (Mark), SVEKIC (Ugljesa), *Alternative Policing Styles. Cross-Cultural Perspectives,* Rome, UNICRI, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 288 pages.

RICHER (Daniel), *Le maire et la police municipale,* Paris, Editions Litec, 1994, 294 pages.

Varia

Visa 1994. *Le guide des formations internationales. Management, droit international, sciences, langues,* Paris, Editions Formation Carrières, 1994, 391 pages.

ROUZET (Gilles), *Précis de déontologie notariale,* 2e éd. revue et augmentée, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1994, 490 pages.

C.P.P.A.P. N° 58.320 *Le directeur de la publication* : Ch. VALLÉE

Composé et achevé d'imprimer par Normandie Roto Impression s.a.
61250 Lonrai
Dépôt légal juin 1995

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Président de Chambre à la Cour d'appel de Bordeaux. – **J.-M. AUSSEL**, Professeur honoraire de 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 émérite à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon III), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président honoraire 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. – **A. DECOCQ**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **J.-P. DINTILHAC**, Avocat général, délégué à la Cour de cassation. – **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles. – **J. FRANCILLON**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris XI-Sceaux. – **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **G. GIUDICELLI-DELAGE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Secrétaire général de l'Association française de criminologie. – **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. MARIN**, 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. – **Yves MAYAUD**, Professeur à l'Université Lyon III. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MONZEIN**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. – **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Vice-Président 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, Président de l'Association française de droit pénal. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur de l'Institut de criminologie. – **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 émérite 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. – **P.-J. DA COSTA,** Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.

C. DEBUYST, Professeur émérite à l'Université de Louvain. – **S. DONMEZER,** Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. – **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 à 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. Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire.

K.-H. GÖSSEL, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.

J.-M. HÄUSSLING, ancien Recteur de l'Université de Wuppertal. – **L.H.C. HULSMAN,** Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. – **J. HURTADO POZO,** Conseiller à la Cour suprême de Lima.

H.-H. JESCHECK, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. – **H. JUNG,** Professeur à l'Université de Sarrebruck.

G. KELLENS, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. – **H.-J. KERNER,** Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Tübingen.

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.

K. MADLENER, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **T. MORISHITA,** Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. – **Norval MORRIS,** Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice.

A. NELSON, Professeur honoraire à l'Université d'Uppsala. – **André NORMANDEAU,** Professeur titulaire à l'Université de Montréal. – **Eduardo NOVOA MONREAL,** Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili.

A. Edmundo OLIVEIRA, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazonie.

F. C. PALAZZO, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. – **O. PERIC,** Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. – **G. D. PISAPIA,** Professeur émérite à l'Université de Milan. – **K. POKLEWSKI-KOZIELL,** Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo,* Institut des sciences juridiques, Varsovie.

C. RACZ, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. – **Sir Leon RADZINOWICZ,** L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. – **L. RIBEIRO,** Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. – **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 émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK,** Président de la 4e chambre criminelle de la Cour de cassation de Turquie. – **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'Etablissement de Herstedvester (Danemark). – **D. SZABO,** Professeur honoraire à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.

K. TIEDEMANN, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brisgau. – **Luis Fernando TOCORA,** Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga. – **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, ancien Ministre de la Justice d'Italie, Juge à la Cour constitutionnelle. – **J. VERHAEGEN,** Professeur émérite à l'Université de Louvain. – **C. N. VOUYOUCAS,** Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotélienne de Thessalonique.

K. WAABEN, Professeur à l'Université de Copenhague.

E. ZIELINSKA, Professeur à l'Université de Varsovie, Directeur de l'Institut de droit pénal.

LES GRANDS ARRÊTS DU DROIT CRIMINEL

Les grands arrêts du droit criminel

TOME 1

Les sources du droit pénal
L'infraction

Jean Pradel
André Varinard

DALLOZ

Les grands arrêts du droit criminel

TOME 2

Le procès
La sanction

Jean Pradel
André Varinard

DALLOZ

En dépit du principe de la légalité, tout le droit pénal n'est pas contenu dans la loi. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation et même du Conseil constitutionnel, voire du Conseil d'État. La loi, en effet, ne fournit et ne peut fournir que des règles générales et abstraites dans des domaines circonscrits.

Il était donc indispensable que soit publiée une anthologie des grandes décisions rendues en matière criminelle dont l'ensemble constitue un véritable droit pénal jurisprudentiel.

C'est l'objectif des deux auteurs de l'ouvrage *Les grands arrêts du droit criminel*. Leur méthode consiste à choisir et à commenter l'arrêt ou les arrêts relatifs à une question. C'est ainsi que 86 questions sont retenues et 160 arrêts sélectionnés. Cet ensemble se répartit en deux tomes selon une méthode chronologique : le premier traitant des sources du droit pénal et de l'infraction, le second s'attachant au procès et à la sanction.

Ces volumes prennent la suite des ouvrages des mêmes auteurs parus chez Sirey (3e éd. 1992).

Jean Pradel est agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Poitiers et ancien juge d'instruction.

André Varinard est professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon III) et recteur de l'Académie de Lille.

1995 – 2 volumes – Tome 1, 548 p., 240 F.
– Tome 2, 390 p., 192 F. Grands arrêts.

DALLOZ

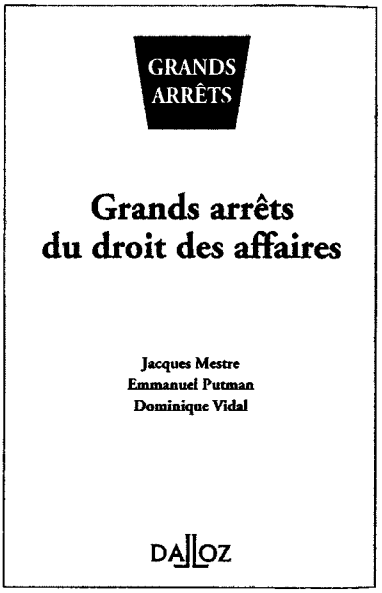
35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48

Grands arrêts du droit des affaires

Prenant la suite de l'ouvrage dirigé par Dominique Vidal, paru sous le même titre aux Éditions Sirey en 1992, ce livre brosse un tableau significatif des sources jurisprudentielles du droit des affaires contemporain.

Rédigé par une équipe d'universitaires, il traite de dizaines de sujets classés par thèmes, sous la forme de grands arrêts commentés chacun par un auteur.

Selon les cas, les contributions représentent la mise au point d'une question classique ou l'exploration d'une question d'actualité.



C'est dire tout l'intérêt, à la fois pédagogique et pratique, d'une telle approche. Dans ces synthèses aussi denses que brèves, toutes assorties du texte même des principaux arrêts, l'étudiant trouvera matière à consolider les connaissances acquises à travers l'enseignement oral ou par la lecture des manuels ; quant à lui, le praticien identifiera rapidement des sources, disposera d'un point commode sur des questions précises et d'un ensemble de références lui permettant d'approfondir sa recherche.

Une table analytique, un index alphabétique de matières et une table chronologique des décisions commentées constituent les compléments indispensables d'une consultation ponctuelle régulière.

Sous la direction de **Jacques Mestre**, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, directeur de l'Institut de droit des affaires.

Emmanuel Putman, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.

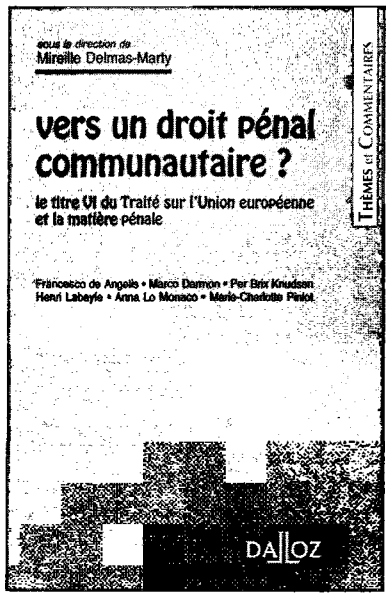
Dominique Vidal, professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis, directeur du Centre de droit des sociétés.

1995, 810 p., 230 F. Grands arrêts.

DALLOZ

35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48

vers un droit pénal communautaire?



La fraude aux intérêts financiers de la Communauté européenne ne cesse d'augmenter depuis quelques années, c'est pourquoi la Direction générale du contrôle financier de la Commission européenne avait organisé en novembre 1989 un séminaire sur la lutte contre ce type de fraude. Ce fut l'occasion pour M. Francesco de Angelis de susciter la création d'associations de recherche et de donner l'impulsion à tout un ensemble de travaux dans ce domaine.

La rencontre organisée le 28 novembre 1994 entre l'Association de recherches pénales européennes et les autres associations créées dans les pays de l'Union européenne s'inscrit dans cet ensemble pour tenter d'évaluer la place du Titre VI (dit troisième pilier) du Traité de Maastricht dans l'édification d'un droit pénal de la Communauté.

Pour marquer l'importance de cette rencontre, nous avons réuni dans cet ouvrage, outre l'avant-propos et l'allocution d'ouverture, les contributions suivantes : Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures, par Anna Lo Monaco ; La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes, par Marco Darmon ; L'application du Titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale, par Henri Labayle ; La fraude au détriment du budget de la Communauté, par Per Brix Knudsen ; enfin, le compte rendu des débats par Marie-Charlotte Piniot.

Cet ensemble d'études est également publié dans la série ordinaire de la Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (n° 1-1995).

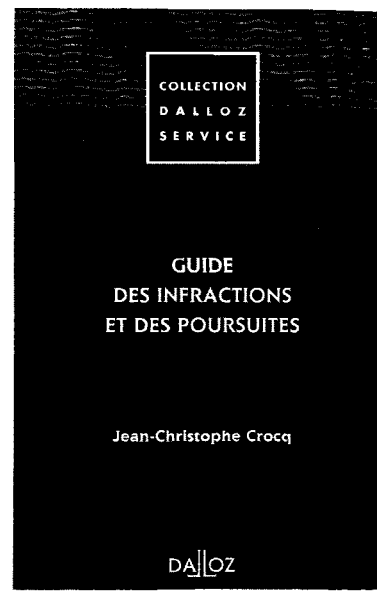
Sous la direction de **Mireille Delmas-Marty – Francesco de Angelis, Marco Darmon, Per Brix Knudsen, Henri Labayle, Anna Lo Monaco, Marie-Charlotte Piniot**.

1995, 100 p., 130 F. Thèmes et Commentaires.

DALLOZ

35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48

GUIDE DES INFRACTIONS ET DES POURSUITES



Pour les praticiens du droit pénal, policiers, gendarmes, magistrats, greffiers et avocats, le traitement des procédures pénales suppose une connaissance diversifiée et toujours actualisée des textes d'incrimination et de répression. Le nouveau code pénal et le développement des politiques dites de traitement direct ou en temps réel des procédures ont rendu plus pressant encore le besoin d'un accès simple, rapide et fiable aux textes.

Cet ouvrage rassemble à cet effet plus de 850 formules d'infractions et couvre ainsi la plus large partie du contentieux pénal, aussi bien courant que spécialisé. Il dégage les éléments constitutifs des infractions, les peines applicables, vise les articles et textes les concernant, ainsi que leur codification informatique dans la table nationale dite « natinf ».

Toujours sous un angle pratique et dans une perspective de rationalisation de l'action judiciaire y figure aussi un aide-mémoire des techniques courantes de mise en œuvre des poursuites : convocation par officier ou par agent de police judiciaire, citation directe par le parquet ou la partie civile, règlement des dossiers d'instruction, etc. Ne sont pas non plus oubliées les décisions alternatives aux poursuites comme le classement sous condition ou la médiation pénale.

Maniable et accessible, ce livre se veut, dans l'esprit de la collection, une référence commune et quotidienne des acteurs de l'action publique et, plus généralement, un instrument d'aide à la décision pénale.

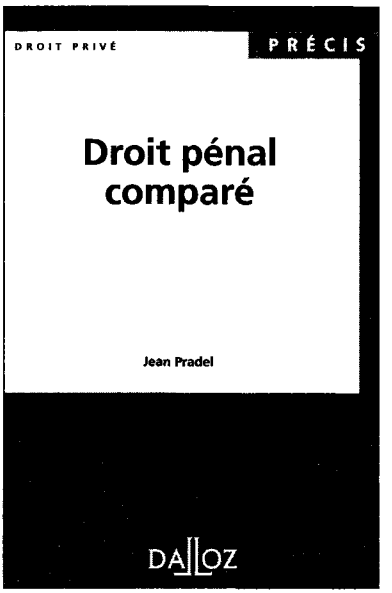
Jean-Christophe Crocq est magistrat.

1995, 260 p., 98 F. Collection Dalloz Service.

DALLOZ

35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48

Droit pénal comparé



Tenter de brosser un tableau général des principaux systèmes et droits pénaux, en droit de fond et en procédure, est l'objectif de ce Précis. Les législations sont cependant si hétérogènes et si changeantes que, conformément à une démarche habituelle en droit comparé, seules les grandes idées ont été ici décrites, quitte à ce qu'elles soient très souvent illustrées par des exemples précis. Et pourtant, cette diversité ne doit pas dissimuler une certaine unité entre droits et systèmes puisque les besoins sociaux sont souvent les mêmes.

Sur la base de ces observations, l'ouvrage est divisé en deux parties. La première traite du droit pénal comparé général, c'est-à-dire des concepts communs à toutes les branches du droit pénal, qu'il s'agisse de ses sources formelles ou de ses principes directeurs. La seconde partie est consacrée au droit pénal comparé spécial. Plus technique et par conséquent plus approfondi, ce deuxième développement porte tour à tour sur l'infraction, sur le procès et sur la sanction.

La nécessité d'études d'ensemble sur le droit pénal comparé a toujours été ressentie. Déjà Ortolan, en 1839-1841, avait écrit un *Cours de législation pénale comparée*. Mais, depuis lors, la doctrine, et pas seulement celle des pays francophones, s'était tue. Aujourd'hui, avec la montée de la criminalité, notamment de la criminalité sans frontières, un tableau du droit pénal comparé s'avère plus indispensable que jamais aux praticiens comme aux théoriciens.

Jean Pradel est professeur à l'Université de Poitiers. Président de l'Association française de droit pénal et vice-président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, il a dirigé divers séminaires internationaux et participé à de nombreuses missions à l'étranger.

Première éd., 1995, 736 p., 210 F. Précis.

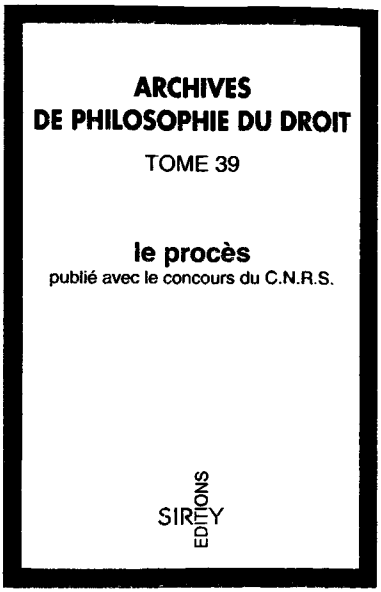
DALLOZ

35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48

LE PROCÈS

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Les manifestations du droit dans la vie sociale ne se traduisent pas, le plus souvent, en termes de contestations devant les juges. L'application contentieuse des règles n'en est pas moins fort répandue. Notre époque est même marquée par une croissance très importante des litiges soumis aux tribunaux. Liée à une immémoriale méditation sur la justice, mais axée sur la réalisation méthodique du droit, une réflexion sur le procès et le jugement n'avait jamais fait l'objet d'un volume des Archives.



Le voici. Il impliquait une remontée aux sources ; aux procès athéniens, à celui de Socrate, et par là même, à tout ce que la raison doit au procès. Rome n'est pas absente. Ni tout ce qui émane de la religion : justice divine, justice humaine, cité de Dieu, cité des hommes. Le procès canonique n'est pas le procès laïc. Ni le procès civil le procès pénal, au cœur de tant d'écrits, spécialement au siècle des Lumières.

Dans l'espace aussi, la moisson est riche. L'originalité anglaise est décrite avec pénétration et humour. La pensée de Perelman est là. La logique, l'informatique, la sociologie contribuent à l'œuvre commune. On y voit se répondre la controverse et le jugement : dans la jurisprudence que celui-ci nourrit, dans ce qui le sépare du jugement moral, dans cette vérité avec laquelle il entretient des relations si particulières, mais si fondamentales.

Sous la direction de **François Terré**.

Tome 39, 1995, 544 p., 480 F. Archives de Philosophie du droit.

SIREY EDITIONS

35, rue Tournefort, 75240 Paris Cedex 05 - Tél : (1) 40 51 54 54 - Télex : 206 446 F - Fax : (1) 45 87 37 48