

SOMMAIRE DU N° 3 - 1990



DOCTRINE

- Philippe de GUARDIA. — *L'élément intentionnel dans les infractions douanières* 507
Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC. — *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

- Gilles LUCAZEAU. — *Le temps en droit pénal — Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie* 521
Clarisse CERVELLO. — *Analyse comparée des législations pénales des pays membres du groupe Pompidou en matière de lutte contre l'usage et le trafic de stupéfiants* 538
Antoine J. BULLIER. — *Les « Treasury Counsel » Conseils ou conseillers de la Couronne ?*

CHRONIQUES

- A. — **Chronique de jurisprudence :**
I. — *Droit pénal général*, par André VITU 555
II. — *Infractions contre la chose publique*, par Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE 561
III. — *Infractions contre les personnes*, par Georges LEVASSEUR 566
IV. — *Infractions contre les biens*, par Pierre BOUZAT 575
V. — *Infractions contre l'ordre financier*, par Jacques BEAUME 580
VI. — *Infractions contre l'ordre économique*, par Jean PRADEL 581
VII. — *Infractions contre la qualité de la vie : Construction et urbanisme*, par Fernand BOULAN 584
VIII. — *Infractions relevant du droit social*, par Christine LAZERGES 589
IX. — *Procédure pénale*, par André BRAUNSCHWEIG 593
B. — **Chronique législative**, par Bernard BOULOC 598
C. — **Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines — Les procédures de révocation de sursis**, par Pierre COUVRAT 611
D. — **Chronique internationale :**
I. — *Droits de l'homme*, par Louis-Edmond PETTITI 615
II. — *Droit communautaire*, par Jean-Claude BONICHOT 621
E. — **Chronique de criminologie : Espace urbain et prévention de la délinquance — Nouvelles perspectives françaises**, par Jacques BORRICAND 622
F. — **Chronique de police : « Mais que fait la police ? »**, par Michel MARCUS 630
G. — **Chronique de défense sociale : La conciliation pénale à Valence**, par Georges APAP 633

INFORMATIONS

- I. — *Congrès, Colloques, Séminaires : Commission de réforme du droit du Canada — Conférence de la Société pour la réforme du droit pénal (Washington, 21-25 janvier 1990), p. 639. — Défis et possibilités juridiques issus de la croissance des services d'information électronique — Conférence organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Commission des Communautés européennes (Luxembourg, les 27-28 mars 1990), p. 640. — II. — Bilan d'activité d'organismes nationaux et internationaux : XVIII^e Conférence de recherches criminologiques : La privatisation du contrôle de la criminalité (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21-24 novembre 1988), p. 644. — III. — Droits étrangers : Blanchiment d'argent : les nouvelles solutions légales suisses, p. 646.*

BIBLIOGRAPHIE

- A. — **Notes bibliographiques** 651
B. — **Bibliographie des périodiques de langue française : Publications à caractère scientifique**, par Andrée MAYER-JACK 667
C. — **Ouvrages reçus** 670

Ce numéro étant déjà sous presse, nous apprenons avec tristesse la nouvelle de la disparition de Monsieur le Président Marc ANCEL, directeur de cette *Revue*, et souhaitons en informer aussitôt les lecteurs.

Un hommage tout particulier sera rendu dans un prochain numéro à celui qui fut véritablement l'âme de cette *Revue* depuis sa création, d'abord comme Secrétaire général, puis comme Rédacteur en Chef, enfin comme Directeur.

L'élément intentionnel dans les infractions douanières

Philippe de GUARDIA

Docteur en droit

L'élément moral des infractions a souvent retenu l'attention de la doctrine¹. Des auteurs s'est dégagée peu à peu l'idée, qui semble expliquer la plupart des décisions jurisprudentielles, d'une notion complexe de l'intention : l'intention ne constitue pas une donnée scientifique, issue d'analyses psychologiques précises, qu'il convient d'appliquer en vertu de règles de droit définies avec rigueur. Les tribunaux en ont essentiellement une vision pragmatique, arrêtant leur position selon les résultats pratiques qu'ils souhaitent obtenir. L'intention n'a ainsi de valeur qu'en tant qu'instrument assurant une fonction. Aussi bien n'y a-t-il pas une théorie de l'intention, mais simplement une politique jurisprudentielle de l'intention, et cette politique se résume à une question de preuve. S'agit-il surtout d'assurer la réaction sociale, l'intention est entendue comme la conscience, la connaissance de participer à l'infraction. Convient-il d'être plus rigoureux afin d'obtenir l'application stricte d'une réglementation, la loi et la jurisprudence considèrent comme suffisant que les faits soient matériellement constatés, pour être répréhensibles. L'intention est déformée jusqu'à se trouver absorbée par les notions d'imprudence et de négligence. A l'inverse, lorsque la défense sociale appelle moins de sévérité, l'intention s'identifie au but recherché, voire au mobile et au motif de la décision d'agir².

De cette idée que l'intention est avant tout un procédé commode pour assurer la répression en fonction d'impératifs sociaux, le droit douanier constitue une illustration que le seul désintéret des auteurs inciterait déjà à étudier. L'abrogation par la loi du 8 juillet 1987 de l'article 369-2 du code des

1. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, n° 542 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, n° 211 ; J.-M. Aussel, *Le concept de la responsabilité pénale*, colloque de Toulouse ; J.-C. Berreville, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », cette *Revue*, 1973.865 ; F. Chabas, « La notion de contravention », cette *Revue*, 1969.1 et 281 ; A. Legal, « La responsabilité sans faute », *Mélanges Patin*, p. 129 ; Legros, *L'élément moral dans les infractions*, thèse Bruxelles, 1951 ; J.-P. Marty, « Les délits matériels », cette *Revue*, 1982.41 ; B. Mercadal, « Recherches sur l'intention en droit pénal », cette *Revue*, 1967.1 ; A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, thèse Nice, 1964.

2. B. Mercadal, *op. cit.*

douanes selon lequel les tribunaux ne pouvaient relaxer les prévenus en raison de l'intention, en modifiant considérablement les perspectives antérieures, a en outre rendu opportun l'effort d'analyse³.

Couramment présentée comme instituant un système de répression exorbitant du droit commun, la matière douanière s'est longtemps distinguée par la structure matérielle de ses infractions. Que la qualification dépende du comportement (action ou omission), des circonstances ou de la marchandise en cause (prohibée ou licite), on relève toujours la prépondérance accordée à l'élément matériel.

Le motif en est à la fois historique et pratique : historique d'abord, car les rédacteurs du code des douanes de 1791, nourris des règles de la Ferme générale, ont été plus soucieux de prévoir les modes de perception des droits et taxes, et les sanctions, que de se référer aux principes généraux du droit commun. L'administration des douanes n'a jamais réellement accepté de renoncer à ces privilèges.

Pratique ensuite, en ce qu'il s'agit surtout d'être rapide et d'assurer la protection de l'économie nationale en faisant cesser le trouble social.

Concrètement, si la rédaction des articles qualifiant les délits douaniers diffère profondément de celle du code pénal pour les infractions de droit commun, c'est qu'alors « que le code pénal considère les agissements de personnes, le code des douanes s'attache à des situations matérielles. C'est l'irrégularité formelle qui détermine l'infraction ; en quelque sorte ce droit répressif particulier s'adresse moins aux personnes qu'aux choses : il est réel et non personnel »⁴.

La première obligation de l'importateur consiste ainsi dans la conduite des marchandises en douane. Selon l'article 417 du code des douanes, tout acte qui a pour effet d'éluder matériellement cette conduite en douane constitue un acte de contrebande. La Cour de cassation considère que « l'acte de contrebande est caractérisé par le seul franchissement de la frontière avec une marchandise en dehors de tout contrôle douanier »⁵.

On sait également que la marchandise conduite aux bureaux des douanes doit être l'objet d'une déclaration en détail. Aux termes de l'article 423 du code des douanes, toute importation ou exportation effectuée sans cette formalité constitue une importation ou une exportation sans déclaration. La Haute juridiction estime que toute inexactitude ou omission suffit à caractériser l'infraction.

Dans certaines hypothèses, l'acte incriminé apparaît même comme le facteur exclusif de détermination des responsables, qui peuvent fort bien n'avoir commis aucun acte positif frauduleux. L'administration n'a plus alors à prouver ni le délit (la contrebande ou l'absence de déclaration), ni la participation matérielle du prévenu à ce délit⁶.

La question est de savoir si cette dispense de preuve pour l'accusation a pour origine, sinon l'éviction de tout élément moral de la structure des in-

3. C.J. Berr et H. Tremeau, *Le droit douanier*, Ed. Economica, n° 802.

4. F. Urbino-Soulier, « L'évolution de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur l'application des dispositions répressives du code des douanes », *Gaz. Pal.* 1987. 1. 750.

5. *Crim.* 28 mars 1966, *Doc. Cont.* n° 1415.

6. Il en est généralement ainsi quand l'infraction est caractérisée par la situation irrégulière de la marchandise (art. 392 c. douanes) ; *adde*, art. 393, 399, ... c. douanes, cf. *infra* II.

fractions, du moins l'existence d'une responsabilité pénale objective en droit douanier.

— S'agissant de l'exclusion totale de l'élément moral, la réponse est sans nul doute négative. En droit douanier comme en droit commun, l'agent doit avoir au moment de l'acte « une volonté libre et une intelligence lucide »⁷. « Toute infraction suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »⁸.

La Chambre criminelle permet ainsi au délinquant douanier d'échapper à la sanction en démontrant qu'il n'a pas eu la volonté d'agir, la capacité de comprendre : l'infraction n'est pas constituée si le prévenu a agi en état de démence⁹. De même, ne peut-il être condamné lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il a été dans l'impossibilité de résister¹⁰.

— L'existence d'une responsabilité pénale objective en matière douanière pose en revanche difficulté.

En droit commun, la démonstration de l'imputabilité n'est pas suffisante. Pour que l'auteur d'un délit soit punissable, il doit également avoir commis une faute ; une fois l'élément matériel prouvé, le ministère public doit mettre en évidence la conscience infractionnelle qui appelle le blâme et la sanction de la société, matérialisés par la peine.

En droit douanier, la question a longtemps semblé résolue par la netteté de l'article 369-2 du code des douanes qui a refusé d'abord aux tribunaux d'excuser les prévenus sur l'intention, puis, dans sa rédaction du 29 décembre 1977, de relaxer les contrevenants pour défaut d'intention.

Il suffisait dès lors que l'acte reproché ait été matériellement constaté pour que le délinquant soit punissable, indépendamment de toute preuve par les autorités de poursuite d'une faute à la charge de celui-ci.

En abrogeant l'article 369-2, la loi du 8 juillet 1987 a semé le doute. En effet, si on abroge le texte qui interdit aux juges de relaxer sur l'intention, ne faut-il pas en conclure, *a contrario*, qu'ils peuvent désormais relaxer pour défaut d'intention, et ne punir que ceux qui ont intentionnellement fraudé ?

Même si l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes a favorisé l'émergence d'un élément intentionnel commun au droit douanier, fondé sur la conscience infractionnelle du prévenu, il est douteux qu'elle ait pu, à elle seule, modifier la structure des infractions en la matière : le plus souvent, il suffira que le contrevenant ait connu le caractère répréhensible de son acte pour qu'il soit punissable (I).

Dans certaines hypothèses, la conscience de fraude cède néanmoins le pas à un élément intentionnel spécifique (II).

7. J.-M. Aussel, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, D. 1958. 256.

8. Crim. 13 déc. 1956, D. 1957. 349, note Patin.

9. Crim. 1^{er} avr. 1848, S. 1848. 1. 320.

10. Civ. 29 mars 1853, D.P. 1853. 1. 88 ; Crim. 17 déc. 1925, D.H. 1926. 53 ; Crim. 13 juill. 1951, D. 1951. 658 ; comp. Crim. 27 juin 1950, Doc. Cont. n° 960, qui a relaxé une femme de ménage, qui, sur l'ordre de son employeur, avait aidé à charger dans une automobile des marchandises de fraude entreposées dans une cave, dès lors qu'il a été établi que, tenue à l'écart de la préparation des faits de contrebande et laissée dans l'ignorance totale de leur caractère frauduleux, elle n'avait pas pu se soustraire aux ordres de sa maîtresse et s'était trouvée contrainte d'exécuter les actes délictueux qui lui avaient été imposés.

I. — L'EMERGENCE D'UN ELEMENT INTENTIONNEL COMMUN

L'élément moral des délits de droit commun emporte l'exigence d'une « conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales »¹¹. L'agent est répréhensible parce qu'il a voulu, malgré la connaissance qu'il possédait de cette prohibition, accomplir l'acte que la loi punit.

Certes, le plus souvent, démontrer l'acte matériel de l'infraction fait présumer la conscience, contribuant à la prouver, à la rendre concrète. En d'autres termes, il sert à effectuer la démonstration. Mais cette conscience doit être théoriquement prouvée.

En droit douanier, au contraire, si un individu franchit irrégulièrement les limites du territoire en dehors des routes légales, ou par les routes légales fermées au trafic international (art. 75-1 et 76 c. douanes), ou importe sans déclaration des marchandises prohibées, la jurisprudence présume qu'il avait conscience, au moment de son acte, de commettre le délit de contrebande ou d'absence de déclaration (A).

Une telle présomption n'a toutefois qu'une portée relative. Limitée à une présomption simple, pouvant être combattue par la preuve contraire d'une absence de faute, elle n'apparaît guère dangereuse. En revanche, entendue ainsi qu'avant 1987, comme une véritable présomption de responsabilité, obligeant à démontrer un cas de force majeure ou de contrainte pour la détruire, elle expose à des résultats redoutables. La question ne porte plus dès lors sur la preuve de la conscience infractionnelle, mais sur les causes d'exonération, plus ou moins nombreuses, de la culpabilité des prévenus (B).

A. — La présomption d'intention

L'examen du droit antérieur révèle que la matière peut difficilement, sans donner lieu au doute, se satisfaire d'une réforme ponctuelle (1). Aussi bien la seule abrogation de l'article 369-2 du code des douanes selon lequel les tribunaux ne pouvaient relaxer les prévenus en raison de l'intention ne peut-elle prétendre avoir modifié la morphologie des infractions douanières (2).

1. Jusqu'en 1977, la bonne foi n'a joué aucun rôle quant à la responsabilité pénale des prévenus¹². Si l'administration ou le ministère public devaient

11. Non que la conscience infractionnelle n'emporte aucune intention. Il est clair que la conscience chez l'auteur d'accomplir les actes matériels de l'infraction ne peut être dissociée, au moins si sa volonté est lucide, d'une intention parallèle de commettre la contravention ou le délit tel qu'il est déterminé par la loi. C'est pourquoi, par-delà la simple conscience ou connaissance, doit s'ajouter un élément de décision, « le vouloir agir tout de même ». Mais l'intention au sens strict ne signifie pas qu'on se limite à connaître et à vouloir l'infraction ; elle est tendue vers un résultat qui la caractérise et lui rend son sens premier (*tendere in*). A ce propos, B. Mercadal, *op. cit.* ; J.-C. Berreville, *op. cit.* ; E. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 1, n° 77 ; rappr. Merle et Vitu, *Traité*, n° 548 : « Le dol général implique simplement un rapport de concordance entre les faits tels que les a compris l'agent, et les faits décrits par la loi. L'agent est moralement coupable lorsque les actes matériels dont il a eu conscience coïncident avec ceux qui sont pénalement incriminés ».

12. La réalité était plus nuancée. Même en faisant abstraction des dispositions légales qui se référaient expressément à l'intention des prévenus et imposaient sa démonstration (art. 399-2 c, 413 bis c. douanes), il était aisé de relever que l'administration elle-même attachait la plus grande importance à la bonne ou mauvaise foi des participants lorsqu'elle proposait une transaction ; rappr. C. J. Berr et G. Vignal, « Les réformes relatives au contentieux douanier (1986-1987) », *J.C.P. éd. E.*, II, 152, qui précisent « qu'à bien y réfléchir on aurait pu observer que si l'article en question (art. 369-2 c. douanes) interdisait expressément aux juges d'excuser les prévenus sur l'intention, c'est bien parce qu'il y avait possibilité d'un débat à propos de cette dernière ».

apporter la preuve de l'élément matériel de l'infraction, ils n'avaient pas à établir l'intention frauduleuse. La réalité des faits supposait la conscience, sauf pour le prévenu à apporter la démonstration d'un cas de force majeure ou de contrainte¹³.

Dès le 4 avril 1941, la Chambre criminelle avait ainsi précisé que « les juges doivent déclarer coupables les prévenus même si ceux-ci administrent la preuve de leur bonne foi ou de leur ignorance de la fraude, et ne sauraient dès lors, par un jugement avant-dire droit, ordonner la preuve de faits qui supposeraient la possibilité d'excuser les contrevenants sur l'intention ». De même, elle avait relevé dans un arrêt du 14 avril 1956 que « le détenteur de marchandises dont l'entrée est prohibée est pénalement responsable de la fraude et ne peut être exonéré de cette responsabilité qu'en justifiant d'un fait précis de force majeure »¹⁴.

Au moins la situation avait-elle le mérite d'être claire : l'infraction douanière s'affirmait comme une infraction de nature contraventionnelle.

La loi du 29 décembre 1977¹⁵ a sensiblement modifié la perspective en autorisant les tribunaux, sinon à relaxer les contrevenants pour défaut d'intention, du moins à tenir compte de leur bonne foi par l'octroi de circonstances atténuantes¹⁶.

Certes, on n'en pouvait déduire qu'elle avait transformé la nature de l'infraction douanière en une infraction intentionnelle. A cet égard, il demeurait suffisant que l'acte matériel ait été établi pour que son auteur soit punissable ; sur la relaxe, la démonstration de la bonne foi ou de l'absence de faute restait sans influence. Mais la logique objective de la responsabilité pénale douanière n'en était pas moins altérée.

2. La loi du 8 juillet 1987 suscite plus de difficultés qu'elle n'en résout. En effet, dès lors qu'on supprime l'alinéa selon lequel la bonne foi est inopérante pour exonérer le prévenu de sa responsabilité, ne peut-on en déduire que cette abrogation a eu pour conséquence d'introduire la nécessité d'un élément in-

13. C. J. Berr et H. Treneau, « Le droit douanier et le commerce international », *Gaz. Pal.* 1972. I. 64 ; Lewendowski, *Des survivances de l'ancien droit dans la prévention et la répression de la fraude douanière*, thèse Lille, 1959.

14. *Bull. crim.* 14 avr. 1941, n° 329 ; *adde*, Civ. 20 juin 1860, D.P. 1860. I. 263 ; *Crim.* 7 juill. 1911, D.P. 1912. I. 840 ; *Crim.* 6 févr. 1925, *Bull. crim.* n° 39, duquel il ressort que la personne physique poursuivie pour importation frauduleuse de marchandises prohibées ne saurait être mise hors de cause sous prétexte qu'elle avait ignoré la provenance de ces dernières ; *Crim.* 5 mars 1957, *Bull. crim.* n° 222, qui rejette l'excuse de bonne foi soulevée par celui qui, poursuivi pour importation sans déclaration de marchandises et n'ayant pas obtenu la licence d'importation obligatoire, avait reçu l'approbation du chef de cabinet du ministre de l'Economie. Selon la Haute juridiction, dès lors que la cour d'appel avait reconnu la matérialité de l'importation, le prévenu ne pouvait être relaxé au motif qu'il avait agi sans intention frauduleuse et de bonne foi ; l'approbation de ce haut fonctionnaire ne pouvait en effet tenir lieu de licence d'importation ni dispenser de la déclaration en douane. Plus récemment : *Crim.* 4 oct. 1972, D. 1973. 278, note Berr.

15. Loi du 29 déc. 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, art. 10-II (J.C.P. 1978. III. 46645). Signe avant-coureur du rôle qu'allait être amenée à jouer la bonne foi, la nature strictement objective du code des douanes avait été précédemment nuancée par une ordonnance du 17 déc. 1958 qui avait autorisé les juges à écarter la qualification d'intérêt à la fraude lorsqu'il leur apparaissait que le prévenu avait agi sous l'effet d'une erreur inévitable (art. 399-3 ; *rapp.* *Crim.* 14 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1984. Somm. 387, note Doucet).

16. Art. 369 c. douanes : s'il retient les circonstances atténuantes, le tribunal peut notamment réduire le montant des amendes fiscales jusqu'au tiers de leur montant minimal et réduire le montant des sommes tenant lieu de confiscation des marchandises de fraude jusqu'au tiers de la valeur de ces marchandises ; *Crim.* 14 mars 1983, J.C.P. 1983. IV. 173, qui relève en outre que, n'ayant pas à être justifiées, les circonstances atténuantes ne sont pas réservées aux prévenus de bonne foi ; *Crim.* 8 juill. 1986, pourvoi n° 84.95.347, inédit. (A de nombreuses reprises, des décisions inéduites seront citées ; elles proviennent de la banque de données « Lexis »).

tentionnel dans les infractions douanières ? Dans ce cas, il appartiendrait aux autorités de poursuite de démontrer non seulement la participation psychologique de l'auteur à la violation de la loi pénale, le *dol général*, mais même le *dol spécial*, c'est-à-dire la relation intellectuelle qui unit l'agent au but recherché.

La question est d'importance puisque de sa réponse dépend en large partie la structure des infractions douanières. Selon les prémisses choisies, on aboutit ainsi à des syllogismes judiciaires très différents.

L'analyse qui précède entraînerait la conviction si l'article 369 indiquait désormais que l'accusation doit démontrer l'intention pour que les prévenus soient punissables. En l'occurrence, aucune disposition n'a précisé que l'intention était désormais nécessaire en droit douanier. Le législateur s'est simplement borné à abroger le paragraphe 2 de cet article, ainsi conçu : « les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d'intention ».

Pour que la mauvaise foi soit une condition des infractions douanières, il aurait été à tout le moins nécessaire de modifier en profondeur chaque article du code ne prévoyant pas expressément l'intention comme élément constitutif d'un délit. Autant rédiger un nouveau code des douanes, et dire que la réglementation actuelle est abrogée..

En réalité, la loi nouvelle apparaît davantage comme la conséquence logique du texte de 1977 qui a sonné le glas de la théorie selon laquelle l'infraction douanière possédait une nature contraventionnelle. Les juges, qui avaient la faculté de faire bénéficier les prévenus des circonstances atténuantes, ont désormais le droit de les relaxer en raison de leur bonne foi.

La jurisprudence de la Chambre criminelle confirme cette analyse. Elle précise dans un arrêt du 7 décembre 1987¹⁷ que « la loi nouvelle n'a pas introduit un quelconque élément intentionnel au regard des infractions douanières relevant de la compétence du juge pénal ». Dans le même sens, un arrêt en date du 16 mars 1989¹⁸ relève que « la matérialité du délit douanier n'étant pas discutée, (l'auteur) ne peut arguer d'une absence d'intention coupable, son action procédant d'un acte volontaire délibérément accepté ; dès lors, ayant pris sciemment le risque de faire circuler dans la zone terrestre du rayon des douanes des marchandises sans s'assurer du respect des règles douanières, il a commis le délit de contrebande qui lui est imputé ».

Aussi bien peut-on se demander à la lecture de cette dernière décision si la question de l'élément moral dans les infractions douanières ne se réduit pas à quelque chose de très simple. Ce qu'on qualifie généralement de conscience, « d'acte volontaire délibérément accepté », n'apparaît en réalité que comme l'absence de démence, de force majeure ou de contrainte. Dès lors que l'auteur n'invoque pas ces causes de non-imputabilité et que « la matérialité du délit n'est pas discutée », tout se passe comme s'il avait nécessaire-

17. Crim. 7 déc. 1987, *Gaz. Pal.* 1988. I. 287, note Doucet, *adde* 29 févr. 1988, pourvoi n° 87.80.047 ; 28 nov. 1988, pourvoi n° 87.91.845, inédits ; rapp. 16 janv. 1989, pourvoi n° 87.90.176, inédit, duquel il ressort que « les juges d'appel n'étaient pas tenus de caractériser la mauvaise foi de la prévenue au regard des délits douaniers visés aux poursuites » (en l'espèce, le délit d'importation de marchandises prohibées sans déclaration et d'exportation de moyens de paiement sans autorisation).

18. Crim. 16 mars 1989, D. 1989. 516, note Berr ; cette décision est d'autant plus remarquable que concernant les délits de recel et de complicité pour lesquels était également poursuivi le prévenu, la Chambre criminelle ajoute « qu'en revanche pour ce qui est du délit de droit commun de recel et de complicité, il appartient au ministère public ou aux parties civiles d'établir l'élément intentionnel de l'infraction ».

ment voulu commettre l'infraction « telle qu'elle est déterminée par la loi »¹⁹ : la Cour de cassation continue de présumer l'existence de la conscience d'enfreindre la prohibition légale, à partir du seul fait que l'élément matériel est établi. Du reste, dans cet arrêt, la Chambre criminelle ne s'est aucunement intéressée à la vision intime qu'avait le prévenu des événements²⁰.

Faut-il en déduire comme un auteur²¹ que la conscience, le dol général, constituent une notion « factice, artificielle ou absolument inutile » ? Une réponse négative s'impose. S'il est exact qu'elle n'entraîne aucune obligation supplémentaire de preuve à la charge des autorités de poursuite, voire s'identifie à l'absence de cause de non-culpabilité, cette référence à la conscience infractionnelle emporte une conséquence essentielle. Comme par le passé, la présence de l'élément moral est présumée mais, et c'est loin d'être négligeable, cette présomption n'est plus irréfragable : « il n'est désormais plus interdit au contrevenant de rapporter la preuve de sa bonne foi »²².

Il est vrai que « la démonstration de ce fait justificatif demeure à sa charge »²³.

B. — Les causes d'exonération liées à l'absence d'intention

La doctrine a montré qu'y compris droit commun les tribunaux ont tendance à présumer l'existence du dol général lorsque les faits sont établis. Cela s'explique parce que les faits parlent d'eux-mêmes : quand un individu a été surpris en train de soustraire le portefeuille d'un passant, il y a tout lieu de supposer qu'il avait conscience d'appréhender la propriété d'autrui²⁴.

Ainsi, c'était moins l'existence de cette présomption qui apparaissait artificielle ou injuste en droit douanier, que le caractère irréfragable qui lui était attribué jusqu'en 1987.

Vainement se serait-on attaché, sous l'empire du droit antérieur, à démontrer la bonne foi du prévenu. Ni l'erreur de fait ou de droit, ni même l'assentiment de l'Administration ne constituait une excuse exonératoire de culpabilité²⁵.

L'état de nécessité et l'erreur invincible n'étaient pris en compte qu'à propos du seul intérêt à la fraude, conformément à l'article 399-3 du code des douanes²⁶. Encore les tribunaux avaient-ils réduit cette dernière hypothèse à des espèces exceptionnelles, exigeant non seulement que le délinquant démontrât qu'il n'avait pas été en mesure de l'éviter en se renseignant par lui-

19. E. Garçon, *Code pénal annoté*, art. I, n° 77.

20. En l'espèce, aucun élément de la procédure ne permettait d'établir que l'intéressé connaissait la nature exacte des objets qu'il transportait et leur origine frauduleuse.

21. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, préc. 104 et s. 311 et s.

22. Crim. 7 déc. 1987, préc.

23. Crim. 16 mars 1989, préc.

24. Merle et Vitu, *op. cit.* n° 548.

25. Crim. 20 févr. 1969, *Bull. crim.* n° 90.

26. Crim. 26 mai 1986, pourvoi n° 84.92.665, inédit, duquel il ressort que « l'erreur de droit ne peut constituer un fait justificatif ou une excuse que si elle est invincible » (professionnel de la viande) ; Crim. 21 avr. 1986, pourvoi n° 85.91.160, inédit : « le fait justificatif de l'erreur invincible édicté par l'article 399-3 c. douanes ne peut être étendu par le juge à un cas que la loi n'a pas prévu ».

Très précisément, l'état de nécessité qu'on définit généralement comme la situation d'une personne qui ne peut sauvegarder ses intérêts légitimes ou ceux d'autrui qu'en commettant un acte délictueux (*Vocabulaire juridique Capitant*, 1987), est également prévu par l'article 81-2 c. douanes, qui dispose que, lorsqu'un aéronef transportant des marchandises est en péril, le commandant a le droit de faire jeter ces marchandises si ce jet est indispensable au salut de l'aéronef.

même ou en s'informant auprès de tiers, mais l'impossibilité absolue où il s'était trouvé de se renseigner, c'est-à-dire un véritable cas de force majeure²⁷.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Même si rien ne permet de dire que la Cour de cassation a méconnu le sens et la portée de la réforme relative à la place de l'élément intentionnel, l'arrêt du 16 mars 1989 montre à l'évidence que la Chambre criminelle a entendu limiter la portée de l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes (1). Encore pourrait-on douter que la bonne foi s'applique également aux contraventions douanières (2).

1. Selon l'arrêt du 16 mars 1989, dès lors que l'auteur a pris sciemment le risque de faire circuler des marchandises prohibées, sans s'assurer du respect des règles douanières, il a commis le délit de contrebande qui lui était imputé.

Si le sens de l'adverbe « sciemment » ne pose pas réellement difficulté dès lors que plusieurs décisions ont précisé qu'il s'entendait d'actes accomplis « en toute connaissance de cause »²⁸, « d'une manière consciente »²⁹, on remarque immédiatement que la conscience à laquelle il est fait référence concerne ici un risque, le risque d'avoir fait circuler des marchandises sans s'être préalablement informé des règles douanières applicables. Certes, on admet que l'agent ne puisse pas démontrer sa bonne foi en prouvant son ignorance de la prohibition légale ou des obligations qu'il devait accomplir. Il s'agit là d'une simple application de la règle *nemo censetur*. Mais il paraît excessif, en l'état de la complexité des règles applicables, de présumer irréfragablement qu'il est toujours en mesure de connaître la situation d'une marchandise. En l'occurrence, la matérialité de l'infraction a suffi à démontrer que l'agent avait été négligent dans son obligation de renseignement, et cette faute de négligence a exclu d'elle-même sa bonne foi, en établissant par voie de conséquence sa culpabilité³⁰.

L'élément moral consiste donc dans la négligence, l'imprévoyance de ne pas s'être suffisamment renseigné pour éviter l'erreur génératrice de l'infraction. Cette constatation conduit à mesurer combien il est erroné de considérer les infractions douanières comme intentionnelles depuis que la loi du 8 juillet 1987 a reconnu l'exigence d'une conscience infractionnelle. Elles s'avèrent si peu intentionnelles qu'une simple négligence suffit parfois à en

27. Crim. 27 juill. 1937, Doc. Cont. n° 522 ; 8 août 1949, Doc. Cont. n° 899 ; Douai, 17 nov. 1955, Doc. Cont. n° 1242 ; A. Legal, « L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit », *R.p.s.* 1960. 316 ; Couturier, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », cette *Revue*, 1968.547 ; A. Françon, « L'erreur en droit pénal », in *Etudes sur l'autonomie du droit pénal*, dirigées par G. Stefani, n° 27.

28. Crim. 13 mars 1989, pourvoi n° 87.91.510, inédit.

29. Crim. 18 déc. 986, pourvoi n° 86.91.048.

30. Berr, note sous Crim. 16 mars 1989, préc.

Comp. concernant les délits de société, Paris, 15 janv. 1964, *Rev. trim. dr. com.* 1964. 335, obs. Houin, qui relève qu'il est fréquent en cette matière que le fait d'avoir dû connaître soit assimilé à la connaissance effective ; cf. également A. Chavanne, « Le droit pénal des sociétés et le droit pénal général », cette *Revue*, 1963.683.

Addé Crim. 26 janv. 1974, J.C.P. 1974. IV. 84, duquel il ressort que la simple violation d'un statut que le chef d'entreprise ne peut ignorer contient en elle-même les éléments tant moraux que matériels du délit d'entrave ; en matière de tromperie dans les ventes réprimées par la loi du 1^{er} août 1905 : Crim. 5 janv. 1965 ; 18 janv. 1966, J.C.P. 1966. II. 14663, note Vivez ; Crim. 8 mai 1968, *Bull. crim.* n° 144 : « le fait, pour un importateur qui sait qu'un produit d'origine étrangère destiné à l'alimentation du bétail risque, avec un très fort coefficient de probabilité, de contenir du ricin, de vendre et de livrer un tel produit sans lui avoir fait subir les analyses nombreuses et serrées dont il n'ignore pas la nécessité, constitue l'élément moral du délit ».

Sur cette question, cf. Merle et Vitu, *op. cit.* n° 551 ; J.-P. Marty, préc. ; B. Mercadal, préc.

constituer l'élément moral : l'agent a pris un risque en s'abstenant de prendre toutes les précautions de nature à éviter le délit, et c'est ce risque conscient qui est répréhensible.

Est-ce à dire que, sauf à avoir sollicité un avis de l'administration, le contrevenant est automatiquement répréhensible ? On a du mal à le croire s'il s'est agi d'un importateur occasionnel, peu au fait de la législation douanière, et de marchandises de peu de valeur.

On sait également que la jurisprudence antérieure a rejeté toute excuse fondée sur l'ignorance, la négligence, et plus largement sur une erreur de fait. Rien ne semble s'opposer à ce que le prévenu invoque désormais avec succès de tels moyens³¹.

En pratique, les juges du fond disposeront d'un pouvoir souverain pour apprécier si le prévenu a apporté la preuve de sa bonne foi. Il est clair que l'importateur ou l'exportateur habituel aura davantage de difficultés à faire excuser son ignorance ou son imprudence que le touriste qui a omis de déclarer tel objet, ou franchi irrégulièrement une frontière. La Chambre criminelle a par exemple relevé dans un arrêt inédit du 16 février 1988³² qu'une anomalie concernant la non-inscription de disques sur leur partie centrale « ne pouvait échapper à un professionnel, et que la même observation s'imposait quant au prix d'achat... ». En cet état, la cour d'appel a souverainement estimé que « la bonne foi des demandeurs ne pouvait être admise ». Dans le même sens, la Haute juridiction a approuvé des juges du fond qui, pour déclarer les prévenus coupables d'importation de moyens de paiement sans autorisation, avaient relevé que « la fréquence et le montant de leurs importations témoignaient de l'existence d'un trafic et empêchaient de les considérer comme de bonne foi »³³.

La quantité des marchandises de fraude importées ou exportées, leur valeur, la régularité des importations ou exportations, leur caractère professionnel ou occasionnel, les relations éventuellement entretenues avec un co-prévenu apparaîtront ainsi comme autant d'indices révélateurs de la bonne ou de la mauvaise foi des contrevenants.

2. Les juges, qui ont désormais la possibilité de relaxer les auteurs de délits en raison de leur bonne foi, peuvent-ils également, pour ce motif, relaxer les auteurs de contraventions ?

Jusqu'en 1987, la question était de peu de portée. Le paragraphe 2 de l'article 369 du code des douanes selon lequel les tribunaux ne pouvaient relaxer pour défaut d'intention ne précisait pas à quel type d'infraction il s'appliquait. L'article 369 lui-même n'était pas inséré dans une section relative aux délits ou aux contraventions, mais dans une section V intitulée « Dispositions diverses ». Il allait donc de soi que les juges qui n'avaient pas la faculté de retenir la bonne foi pour les délits ne pouvaient la relever en matière de contraventions.

La loi de 1987 suscite l'incertitude. *A priori*, les auteurs de contraventions ne devraient pas pouvoir être relaxés. Les infractions douanières, y compris

31. Berr et Vignal, *Les réformes relatives au contentieux douanier (1986-1987)*, préc.

32. Crim. 16 févr. 1988, pourvoi n° 85.94.415.

33. Crim. 24 avr. 1989, pourvoi n° 87.80.228 ; *adde* Crim. 30 mai 1988, pourvoi n° 87.84.277 ; Crim. 23 janv. 1989, pourvoi n° 87.81.539, inédits.

Ce débat sur la personnalité du prévenu a été partiellement consacré par les articles 393 et 396, voire dans une moindre mesure 392-1 et 395-1 c. douanes.

les délits, ont toujours été présentées comme des infractions matérielles. La conscience infractionnelle n'est exigée que depuis 1987 ; encore ne s'étend-elle pas à tous les délits douaniers (responsabilité liée à certaines activités professionnelles, à la détention de marchandises de fraude)³⁴. On sait en outre que la contravention de droit commun constitue le terrain d'élection des infractions dites matérielles, de la faute « contraventionnelle » : il suffit que l'acte matériel ait été établi pour que le délinquant soit punissable, indépendamment de toute recherche par le ministère public d'une faute intentionnelle ou non intentionnelle à la charge de ce délinquant. On verrait mal dès lors, que l'ambition du législateur, qui a été de modifier le droit douanier à l'image du droit pénal général, aboutisse à le rendre plus indulgent que celui-ci. Puisque la bonne foi ne joue aucun rôle en droit commun, *a fortiori* ne peut-elle concerner les contraventions douanières³⁵.

Une telle analyse entraînerait la conviction si ces contraventions constituaient une catégorie déterminée des contraventions de droit commun. En réalité, la notion de contravention douanière visée par les articles 410 et suivants du code des douanes ne correspond pas aux principes généraux du droit commun résultant des dispositions du code pénal.

Contrairement au droit pénal qui distingue les délits et les contraventions selon la rigueur de la peine (durée de l'emprisonnement ou montant de l'amende) qui peut être infligée à leur auteur³⁶, le droit douanier retient la nature de la peine encourue : sous la réserve des contraventions de cinquième classe qui sont réprimées d'un emprisonnement de dix jours à un mois, sont qualifiées de délits les infractions punies de peines d'emprisonnement, et de contraventions celles qui n'encourent que des peines d'amendes. En outre, il prend en considération la nature, prohibée ou non, des marchandises litigieuses. La même faute peut ainsi constituer un délit lorsqu'elle porte sur des marchandises prohibées ou fortement taxées, et une contravention au cas inverse. Comment concevoir que le juge puisse pour le même acte relaxer le prévenu lorsque la contrebande ou l'absence de déclaration a concerné une marchandise prohibée, alors qu'il n'en aura pas la possibilité dans l'autre cas³⁷.

La répression des contraventions douanières n'a également que peu de rapport avec celle des contraventions de droit commun qui ne peut excéder deux mois d'emprisonnement et 6 000 F d'amende. Par le biais d'une amende pouvant être comprise entre une et deux fois le montant des droits et taxes éludés (art. 411 c. douanes), et surtout d'une confiscation réelle ou fictive des marchandises litigieuses (art. 412 c. douanes), on aboutit en effet à des sanctions draconiennes, alors surtout que le délai de prescription est de trois ans.

Autant de raisons pour estimer que les juges ont désormais la faculté de relaxer les contrevenants pour défaut d'intention, y compris pour les contraventions. La Cour de cassation a très récemment confirmé cette opinion³⁸.

34. Cf. *infra* II.

35. En ce sens, cf. rapport à l'Assemblée nationale de M. R.-A. Vivien, *Doc. Ass. nat.* 182 : « mais bien entendu, comme par le passé, les contraventions continueront à se caractériser par l'absence d'élément intentionnel ».

36. Stefani, Levasseur et Bouloc, *op. cit.* n° 90.

37. Berr et Tremeau, *op. cit.* n° 615 et s.

38. Crim. 13 nov. 1989, pourvoi n° 87.82.593, inédit.

La structure des infractions douanières est longtemps apparue uniforme. L'élément moral n'était certes pas toujours identique, mais cette diversité se trouvait camouflée par la règle qui interdisait aux juges de relaxer les prévenus pour défaut d'intention. Il semblait donc vain de s'attacher à des distinctions qui ne modifiaient aucunement la solution des procès. En révélant ces différences, la loi du 8 juillet 1987 a rendu utile l'effort d'analyse.

Dans certaines hypothèses, l'élément intentionnel commun cède toutefois le pas à des éléments intentionnels spécifiques.

II. — LES ELEMENTS INTENTIONNELS SPECIFIQUES A CERTAINES INFRACTIONS

Si la loi de 1987 a semblé améliorer le sort des prévenus en leur permettant d'invoquer leur bonne foi, ses effets restent partiellement limités. Soit que l'élément intentionnel de l'infraction soit assimilable à l'imprudence ou à la négligence. Auquel cas, il est douteux que la seule abrogation de l'article 369-2 du code des douanes soit d'un apport considérable : l'infraction provient d'une négligence ; or c'est cette négligence qui condamne l'agent en établissant sa mauvaise foi (A). Soit qu'à l'inverse y compris avant 1987, les autorités de poursuite aient dû prouver l'intention conformément au droit commun (B).

A. — *L'élément intentionnel assimilable à l'imprudence ou à la négligence*

Dans quelques hypothèses, la loi douanière fait appel à une véritable responsabilité objective, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la participation personnelle du contrevenant à l'acte frauduleux, un acte positif de fraude à sa charge. Non seulement elle ignore la volonté d'aboutir du contrevenant, l'intention *stricto sensu*, mais elle ne se soucie aucunement de la conscience qu'il a pu avoir de l'acte commis. L'exigence d'élément moral est réduite au minimum par un jeu de présomptions découlant tant de l'exercice de certains actes professionnels (1), que de la détention de marchandises frauduleuses (2).

Ce qui est supposé dans ces infractions, c'est l'imprudence, la négligence et plus généralement l'imprévoyance.

1. — Selon l'article 393 du code des douanes, « les capitaines de navire... et les commandants d'aéronef sont réputés responsables des omissions et inexactitudes relevées dans les manifestes, et d'une manière générale des infractions commises à bord de leur bâtiment »³⁹.

Une telle présomption implique nécessairement qu'ils peuvent être déclarés pénalement responsables non seulement à raison de leur comportement personnel (défaut d'inscription d'une marchandise en manifeste), mais également des fautes d'autrui, y compris des fautes non intentionnelles de ces derniers.

39. En pratique, ce texte est généralement combiné avec l'article 424 qui prévoit des présomptions d'importations sans déclaration provenant de la découverte de marchandises à bord des navires.

Leur faute consiste à ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour empêcher l'infraction de survenir. La négligence résulte de la seule violation de la règle légale. Certes, en théorie, le capitaine a la possibilité d'arguer de son absence de faute ; à cet égard l'article 394 précise expressément « qu'il est déchargé de toute responsabilité s'il administre la preuve qu'il a rempli tous ses devoirs de surveillance ».

En réalité, on peut toutefois douter qu'il puisse valablement soutenir qu'il a scrupuleusement rempli son obligation de surveillance si, dans le même temps, des marchandises prohibées ont été découvertes à son bord (sauf à rendre inexistante la présomption édictée). Du reste, alors que la preuve de l'absence de faute de surveillance était théoriquement possible avant 1987, aucune décision publiée n'a, au moins à notre connaissance, admis un tel raisonnement. Les capitaines se trouvent donc responsables en ce que l'infraction démontre qu'ils n'ont pas apporté à leur mission toute la diligence requise, et cette négligence, en les condamnant, exclut leur bonne foi. On aboutit ainsi à une appréciation objective de la responsabilité pénale, dégagée des notions d'intention ou de conscience, en raison de ce que le professionnel aurait dû savoir, ou ne pouvait pas ne pas savoir, en tant que praticien des douanes. L'intention est absorbée par la négligence, « car ne pas agir comme on le devrait, n'est-ce pas négliger d'entourer son action de toutes les précautions voulues, et partant, être imprudent »⁴⁰.

— La responsabilité des déclarants, comme celle des commissionnaires en douane, participe de la même volonté du législateur d'obtenir le respect de la réglementation en s'assurant le concours, quelque peu forcé, des professionnels du commerce international.

Aux termes de l'article 395-1 du code des douanes, « les signataires des déclarations sont responsables des omissions, inexactitudes et autres irrégularités relevées dans les déclarations ». Dans le même sens, l'article 396 du code des douanes dispose que « les commissionnaires en douane agréés sont responsables des opérations en douane effectuées par leurs soins ».

De telles incriminations paraissent *a priori* légitimes : la déclaration en détail constitue l'oeuvre personnelle du déclarant ; il semble donc logique qu'il soit pénalement responsable des irrégularités qui l'affectent, quoiqu'il ait agi pour le compte d'un tiers. De même, le commissionnaire fait profession d'accomplir pour autrui des formalités de douane. Il en résulte une obligation de diligence et de prudence, qui conduit à porter à son compte tous les vices découverts dans ses actes⁴¹.

La difficulté naît du fait que le déclarant ou le commissionnaire a pu se borner à suivre les instructions de son commettant. Peut-il exciper de sa bonne foi ?

Jusqu'en 1987, la condamnation semblait inéluctable. Peu importait, au plan pénal, qu'il se soit rigoureusement conformé aux instructions de son mandant dès lors qu'une infraction avait été commise. Selon la Chambre criminelle, la mission des commissionnaires « ne consistait pas seulement à reproduire les termes de la déclaration faite par leur commettant, mais à faire une déclaration régulière, après avoir effectué les vérifications nécessaires »⁴². Un commissionnaire avait ainsi été déclaré pénalement respon-

40. B. Mercadal, préc.

41. Crim. 14 déc. 1907, *Bull. crim.* n° 508.

42. Crim. 8 avr. 1897, DC n° 345.

sable alors que la fausseté des déclarations n'avait pu être établie qu'à la suite d'une expertise légale⁴³ ou d'un contrôle effectué chez le destinataire⁴⁴. Un arrêt en date du 2 février 1959⁴⁵ avait même estimé que le commissionnaire devait être « considéré comme l'auteur d'une fausse déclaration tendant à éluder une prohibition de sortie, et ne saurait être excusé sous prétexte qu'il ne peut être fait obligation à celui-ci de déceler les intentions secrètes de ses clients ». En l'espèce, le commettant lui avait donné pour mission de déclarer un mobilier sous le bénéfice de la dérogation à la prohibition d'exportation consentie aux nationaux voulant s'établir à l'étranger, puis était rentré en France après un court séjour. On pouvait donc difficilement lui reprocher une quelconque faute, même de négligence ou d'imprudence. Ce faisant, la Cour de cassation faisait appel à une véritable responsabilité objective, très proche du risque pur.

Il n'est pas certain que la faculté d'invoquer la bonne foi, qui a été introduite le 8 juillet 1987, soit à elle seule de nature à permettre un examen plus subjectif des comportements. La rédaction de l'article 395 du code des douanes n'a pas été modifiée : les déclarants sont pénalement responsables, « sauf leur recours contre leur commettant ». N'est-ce pas signifier qu'ils sont systématiquement responsables des irrégularités commises dans leurs déclarations, indépendamment de toute bonne foi de leur part ? Tout au plus pourront-ils, quand ils auront rigoureusement suivi les instructions de leur client, se retourner contre celui-ci au plan civil.

Certes, on conçoit qu'une telle position puisse choquer en consacrant une responsabilité pénale du fait d'autrui, indépendante de toute faute personnelle du contrevenant.

Les exemples ci-dessus révèlent pourtant une responsabilité fondée sur le risque, inhérente à la profession de commissionnaire, qui oblige ce dernier à endosser la responsabilité de dommages auxquels il a pu rester totalement étranger. On peut ainsi difficilement considérer que le commissionnaire en douane a été négligent ou imprudent en ne recourant pas à une expertise chez le destinataire des marchandises, ou en ignorant les intentions cachées de son client ; en l'espèce, il a même été condamné pour avoir respecté les instructions d'un mandant qui était vraisemblablement de mauvaise foi. C'est dire que cette présomption ne résulte pas d'une imprévoyance consciente puisqu'il n'a pas eu conscience du caractère répréhensible de son attitude, ni même d'une imprévoyance inconsciente qui nécessite au moins la démonstration d'une faute pénale. Elle s'affirme comme l'illustration d'un droit pénal particulier aux professionnels des douanes, de nature, en faisant planer la menace d'une sanction pénale, à obtenir le respect des intérêts du Trésor public. Ce droit est plus rigoureux parce qu'en tant que praticiens ils sont censés n'avoir aucune excuse, même s'ils n'ont pas participé personnellement à l'infraction.

La même logique sous-tend la répression des détenteurs de marchandises frauduleuses.

43. En effet selon la Cour de cassation, ses compétences techniques doivent lui permettre, par l'examen des marchandises ou des documents ainsi que les éclaircissements qu'il aura pu demander à son commettant ou à des experts, de déterminer exactement l'espèce, la valeur et l'origine des marchandises (Crim. 11 avr. 1940, DC n° 2159).

44. Crim. 20 oct. 1947, Doc. Cont. n° 805.

45. Crim. 2 févr. 1959, *Bull. crim.* n° 915.

2. L'article 392 du code des douanes selon lequel « le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude » est communément présenté comme instituant une double présomption.

— Une présomption d'imputabilité matérielle tout d'abord, en ce que l'accusation n'est pas astreinte à démontrer la participation personnelle du détenteur à l'acte frauduleux (contrebande, importation sans déclaration...). L'infraction résulte de la seule détention des objets de fraude, indépendamment de toute recherche d'un acte positif duquel résulterait la situation irrégulière⁴⁶.

Encore une présomption subsidiaire évite-t-elle à l'Administration de démontrer la détention *stricto sensu* lorsque le prévenu n'a pas été découvert porteur des objets « à corps ou à la main » : est considéré comme détenteur celui qui a la jouissance des lieux où ils ont été déposés, quel que soit son titre (ou son absence de titre) : propriétaire, locataire, occupant... Ont en conséquence été condamnés comme détenteurs des marchandises saisies dans un immeuble l'époux séparé de biens de la propriétaire, dès lors qu'il résultait des constatations des juges du fond que l'immeuble constituait son domicile et qu'il occupait les lieux⁴⁷, le gardien à qui son propriétaire l'avait confié pendant son absence⁴⁸ ou encore, s'agissant de marchandises en cours de circulation, le « préposé à la conduite »⁴⁹, c'est-à-dire celui qui mène la voiture, la surveillance et préside au chargement.

— Une présomption de culpabilité ensuite, dès lors que la détention suppose l'existence d'une faute pénale à l'encontre du détenteur.

Jusqu'en 1987, cette présomption ne pouvait être contredite par une preuve contraire : « le détenteur de marchandises dont l'entrée est prohibée est pénalement responsable de la fraude et ne peut être exonéré qu'en justifiant d'un fait précis de force majeure »⁵⁰. La Chambre criminelle avait par exemple cassé un arrêt de cour d'appel qui, sur des poursuites pour importation sans déclaration de marchandises prohibées, avait relaxé le prévenu au motif qu'il ne connaissait pas le contenu du colis, et qu'il était ainsi dans l'impossibilité absolue de se soumettre à la loi. Selon la Haute juridiction, la force majeure ne pouvait résulter que d'un événement extérieur, non imputable à l'auteur de l'infraction et absolument impossible à éviter⁵¹.

La question est de savoir si l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes permet désormais au détenteur d'invoquer avec succès sa bonne foi. *A priori* on peut en douter⁵².

46. Crim. 17 nov. 1942, D.A. 1943. 22.

47. Crim. 11 oct. 1972, préc.

48. Crim. 3 juin 1950, Doc. Cont. n° 934.

49. Ch. réunies, 21 janv. 1885, D.P. 1885. I. 217 ; lorsqu'une marchandise de fraude a été découverte dans un wagon, la responsabilité pénale a pesé sur le chef de train : 27 avr. 1938, D.H. 1938. 391 ; pour une jurisprudence complète, cf. J.-F. Durand, *J.-cl. pén. annexes* « douanes » fasc. 7.

50. Crim. 15 avr. 1956, *Bull. crim.* n° 329 ; *adde* 27 avr. 1938, *Bull. crim.* n° 136 : « c'est à tort qu'un arrêt déclare un conducteur non responsable à défaut d'intention ».

51. Crim. 19 févr. 1958, *Bull. crim.* n° 172 ; *adde* Crim. 15 nov. 1833, S. 1834. I. 95, duquel il ressort qu'un tribunal ne peut relaxer un propriétaire au motif que les marchandises ont pu être introduites et cachées par des personnes étrangères, dans des granges dépendant de la maison d'habitation d'un vieillard infirme, sans qu'il en ait eu connaissance ; 9 janv. 1982, D. 1983. I.R. 195 ; 25 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982. II. 404, note Doucet ; J.C.P. 1983. *Ed. C.I.*, I. 11254, obs. Berr et Vignal ; 21 févr. 1983, J.C.P. 1984. *Ed. E.*, I. 13487, obs. Berr et Vignal.

52. On laissera évidemment de côté le cas des transporteurs publics qui, même avant 1987, pouvaient démontrer leur bonne foi à la condition de permettre à l'Administration d'exercer utilement des poursuites contre les auteurs véritables de la fraude (art. 392-2 c. douanes).

La Cour de cassation a précisé que la notion de détention englobe dans sa généralité toute personne à qui incombe à un titre quelconque la surveillance d'un lieu, ou la surveillance ou la conduite d'un véhicule, n'en eût-il pas la garde juridique⁵³. Autrement dit, la responsabilité pénale du détenteur résulte de la présomption à son encontre d'une faute ou d'une négligence constituée par le défaut de surveillance. Ainsi que l'a exprimé la cour d'appel d'Amiens en un arrêt du 14 octobre 1948⁵⁴, « si le procès-verbal de douane ne contient pas des éléments de nature à établir la mauvaise foi du prévenu, il a à tout le moins commis une imprudence en ne surveillant pas sa demeure et en permettant aux contrebandiers d'y déposer leurs marchandises ». Sa faute consiste donc à s'être abstenu de prendre toutes les précautions pour que les auteurs de l'infraction principale ne puissent pas entreposer des objets illicites dans son immeuble ou son véhicule, ou plus précisément dans l'immeuble ou le véhicule qu'il avait mission de surveiller. Certes, on admet volontiers que cette négligence a pu ne pas être consciente. Si l'agent avait eu conscience que son défaut de surveillance pouvait permettre à un tiers de déposer des marchandises frauduleuses en sa détention, il serait indiscutablement coupable ; sa faute serait même si grave qu'elle toucherait à l'intention pure. Mais il n'est pas certain que cette inconscience l'absolve. En effet, sa faute consiste ici dans l'ignorance où il s'est trouvé de la matérialité de sa détention : il ne s'est pas rendu compte qu'il commettait une infraction dont l'incrimination est prévue par l'article 392 du code des douanes, car il ignorait qu'on avait placé des objets de fraude dans son appartement ou son véhicule. Or c'est justement cette ignorance de sa détention qui constitue sa faute, et partant, sa mauvaise foi.

Une telle analyse conduit néanmoins à des résultats redoutables. Admettre comme la Cour de cassation que le propriétaire d'une ferme de plusieurs hectares⁵⁵ ou le chef d'un train à la possibilité d'exercer son obligation de surveillance est hautement discutable. On ne peut davantage placer au même plan le devoir de surveillance auquel est tenu le propriétaire ou l'occupant d'un studio, et celui d'un dépôt ou d'une cave, le gardien professionnel et le simple occupant...

Certes, le plus souvent, le détenteur est tenu à une certaine surveillance, mais il semble inadmissible de le punir sans qu'il y ait eu réellement de sa part négligence. Tel est le cas notamment si l'erreur a été invincible, c'est-à-dire s'il s'est trouvé, comme dans les hypothèses précédentes, dans des circonstances telles qu'on ne pouvait en toute logique éviter la détention, et l'infraction qui en découle.

Aussi bien est-il souhaitable d'adopter une interprétation de l'article 392 du code des douanes conforme à l'esprit de la loi de 1987, en s'attachant à des indices tels que la réalité du devoir de surveillance, la possibilité pour le détenteur de l'exercer ou le caractère professionnel de la détention... Ce faisant, on corrigerait les conséquences injustes de la seule constatation d'un fait juridique : la détention de marchandises prohibées.

Certains textes exigent toutefois la démonstration d'un élément intentionnel conforme au droit pénal commun.

53. Crim. 11 oct. 1972, D. 1973. Somm. 7 ; 2 avr. 1979, J.C.P. 1979. éd. G., IV. 201.

54. Doc. Cont. n° 843.

55. Crim. 15 nov. 1833, préc. ; *adde* Amiens, 31 janv. 1950, Doc. Cont. n° 914.

B. — *L'élément intentionnel conforme au droit pénal commun*

Certaines infractions douanières ont toujours requis, y compris avant 1987, que le contrevenant ait la volonté et la conscience d'enfreindre la prohibition légale. Mais contrairement au droit douanier commun, cette conscience n'est pas présumée à partir de la seule démonstration matérielle des faits : elle doit être prouvée (1).

D'autres hypothèses exigent même la preuve de la volonté d'aboutir à un résultat, l'intention pure. Apparaît ainsi en matière douanière, à titre résiduel, une conception pure, conforme à la définition idéale de l'intention en droit pénal général, qui évoque l'idée d'une volonté tendue vers un but déterminé (2).

1. Un certain nombre d'infractions douanières imposent que la conscience du prévenu ait été démontrée pour qu'il soit punissable. Tel est le cas de l'article 53-1 du code des douanes qui défend à toute personne d'injurier, de maltraiter, de troubler les agents des douanes dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que de s'opposer à leur exercice. La jurisprudence exige de la part des contrevenants la connaissance de la qualité de l'agent auquel ils s'opposent⁵⁶.

Dans le même sens, l'article 398 du code des douanes rend applicables aux complices des délits douaniers les articles 59 et 60 du code pénal⁵⁷. Comme en droit commun, la conscience de participer à une action délictueuse constitue ainsi l'élément moral indispensable à la répression de la complicité en la matière⁵⁸.

L'article 399-2c du code des douanes répute également intéressés à la fraude « ceux qui ont sciemment acheté ou détenu des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration »⁵⁹. L'emploi par le législateur de l'adverbe « sciemment » révèle clairement sa volonté d'affirmer la mauvaise foi en tant qu'élément constitutif de l'infraction⁶⁰.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à maintes reprises la nécessité d'une telle conscience lors de l'accomplissement des actes de fraude. Elle relève dans un arrêt du 30 octobre 1978⁶¹ que « le délit de participation à une infraction douanière en qualité d'intéressé à la fraude prévu par l'article 399-2c du code des douanes exige, pour être constitué à la charge de ceux qui ont acheté ou détenu des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration, la connaissance de l'origine desdites marchandises ». En l'espèce, une cour d'appel avait cru pouvoir tirer de l'existence de l'élément moral du délit de recel la connaissance que les prévenus avaient dû nécessairement avoir de l'infraction douanière. Pour la Chambre criminelle, les juges d'appel ont laissé « incertain le point de savoir

56. Crim. 21 janv. 1889, Doc. Jurisp. Douanes, n° 273.

57. Crim. 14 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 280, obs. Doucet ; *Gaz. Pal.* 1982. 638, note Cosson ; Crim. 23 juin 1987, pourvoi n° 85.94.084, inédit.

58. Crim. 12 nov. 1908, *Bull. crim.* n° 430 ; Crim. 8 mars 1951, *Bull. crim.* n° 76, duquel il ressort que cette connaissance doit être constatée par les juges à peine de nullité de leur décision. Sur cette question, cf. Merle et Vitu, *op. cit.* n° 527.

59. Cf. également art. 419-3 et 428-2 c. douanes.

60. L'innovation est d'autant plus sensible qu'avant 1949 pouvait être poursuivie toute personne ayant acheté un objet provenant de la contrebande, y compris quand rien ne permettait de déceler la fraude.

61. Crim. 30 oct. 1978, D. 1979. 200, note Berr ; cette *Revue*, 1979.326, obs. Vitu ; Crim. 25 nov. 1954, *Bull. crim.* n° 353 ; 9 mai 1983, *Bull. crim.* n° 133.

s'ils savaient que les marchandises par eux recelées provenaient non seulement d'une infraction de droit commun, mais encore d'un délit d'importation sans déclaration ». On saurait difficilement mieux exprimer que la démonstration de la conscience frauduleuse incombe aux autorités de poursuite.

La protection du contrevenant n'en apparaît pas moins largement illusoire. D'abord parce que, ainsi que souligné précédemment, la conscience résulte généralement des faits de la cause, notamment de la quantité des marchandises achetées ou détenues. En pratique, la distance qui sépare la conscience prouvée de la conscience présumée est donc singulièrement limitée.

En outre, l'Administration a le plus souvent la possibilité d'obtenir la condamnation du prévenu sur le terrain de la détention pure. On voit mal dans ces conditions pourquoi elle tenterait d'établir la conscience frauduleuse exigée par l'article 399 du code des douanes, alors que l'article 392 l'autorise à se prévaloir d'une présomption très forte de responsabilité⁶².

L'article 400 du code des douanes précise enfin que « ceux qui ont acheté ou détenu des marchandises importées en contrebande ou sans déclaration, en quantité supérieure à celle des besoins de leur consommation familiale, sont passibles des sanctions contraventionnelles de la quatrième classe ». Dans cette hypothèse, les deux conditions de l'article 399-2c du code des douanes, savoir que les marchandises aient été introduites à la suite d'un délit et la conscience chez le coupable d'enfreindre la prohibition légale, ne sont plus imposées. Il suffit que la marchandise détenue ou achetée dépasse les besoins normaux de la famille.

Pour l'heure, à la suite de l'abrogation de l'article 413 du code des douanes, aucune sanction n'est applicable dans l'attente d'un texte nouveau⁶³. On ne peut toutefois ignorer qu'une fois la rectification opérée, la quantité anormale des marchandises détenues suffira à rendre le détenteur, dont la mauvaise foi n'aura pas été établie, punissable en présumant, en quelque sorte, cette mauvaise foi.

L'intérêt à la fraude par coopération à l'exécution du plan de fraude (art. 399-2b c. douanes) exige-t-il la preuve de la conscience infractionnelle du contrevenant ?

A priori, l'évolution jurisprudentielle apparaît incontestable⁶⁴ : alors qu'elle n'imposait pas la constatation d'une quelconque conscience par le prévenu d'avoir participé à une opération irrégulière, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt en date du 12 novembre 1985⁶⁵ que « l'article 399-2 du code des douanes exige, pour qu'un prévenu soit déclaré coupable d'intéressement à la fraude commise par des tiers, qu'il soit constaté par le juge qu'il a eu conscience de coopérer à une opération irrégulière pouvant aboutir à une fraude douanière, quand bien même il en eût ignoré les modali-

62. On a soutenu en doctrine que l'article 392 c. douanes visait les détenteurs-auteurs principaux tandis que l'article 399 aurait concerné les détenteurs-simples intéressés à la fraude. Les exemples qui précèdent démontrent que l'article 392 est loin de ne toucher que les auteurs principaux. On a également indiqué (P. Bequet, *L'infraction de contrebande terrestre*, thèse Paris, 1957) que le détenteur simple intéressé serait celui qui a détenu ou détient encore les marchandises après l'achèvement du plan de fraude. Mais comment prouver que la détention a eu lieu avant ou après l'achèvement du plan de fraude ? A notre sens, il serait plus opportun de considérer l'article 392 c. douanes comme visant les détentions actuelles alors que l'article 399 ne concernerait que les détentions passées, après que le détenteur se soit déjà séparé des objets litigieux.

63. Maladroitement, l'article 25-III de la loi du 8 juill. 1987 a abrogé l'article 413 c. douanes qui réprimait les contraventions de quatrième classe.

64. F. Urbino-Soulier, préc.

65. Crim. 12 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 350.

tés ». De même, un arrêt du 18 décembre 1986⁶⁶ a relevé que « la présomption d'intéressement à l'infraction douanière que punit l'alinéa *b* de l'article 399-2 du code des douanes implique que le prévenu ait, par des actes matériels précis de coopération, participé d'une manière quelconque et consciente à un ensemble d'actes accomplis par des individus agissant de concert, d'après un plan de fraude ».

Ne peut-on dès lors considérer que la Chambre criminelle, sans exiger que la preuve de l'intention frauduleuse, du dol spécial, soit apportée, impose comme en matière de complicité la démonstration de la conscience infractionnelle, du dol général. Il ne le semble pas. Une décision du 14 janvier 1986⁶⁷ précise à cet égard que « le délit prévu à l'article 399-2 *b* n'exige pour être constitué ni la mauvaise foi, ni la connaissance du plan de fraude, et par conséquent l'existence du concert frauduleux ». Il est clair qu'on ne peut affirmer à la fois que la mauvaise foi n'est pas nécessaire à la constitution du délit, et exiger la démonstration de la conscience infractionnelle par les autorités de poursuite.

En réalité, les arrêts des 12 novembre 1985 et 18 décembre 1986 participent de la même logique que la réforme du 8 juillet 1987. L'intérêt à la fraude est caractérisé par le fait qu'il est généralement présumé soit en raison de la qualité (entrepreneur, assureur, bailleur de fonds...), soit en raison du comportement (coopération à la fraude...) de l'intéressé. L'article 399-2 du code des douanes présente l'avantage pour l'accusation qu'il la dispense de prouver la participation du prévenu à l'activité frauduleuse, et par conséquent la conscience infractionnelle de ce dernier. Comme en droit douanier commun, cette conscience naît de la matérialité des faits : la jurisprudence déduit par exemple l'existence d'une entreprise de fraude d'actes répétés par les mêmes individus, agissant toujours de manière identique. Mais dès 1985, la Cour de cassation a exigé que cette conscience soit constatée, sinon prouvée, après un débat contradictoire. En d'autres termes, elle a permis au prévenu de se prévaloir de sa bonne foi en prouvant son ignorance. *A fortiori*, la loi de 1987 ne peut qu'inciter à accueillir encore davantage ce type d'excuse.

2. La conception pure de l'intention, considérant le but, le résultat recherché, n'est pas totalement absente du droit douanier. Dans certaines hypothèses, de portée néanmoins limitée, la jurisprudence observe le comportement de l'agent afin d'en percevoir les objectifs, les desseins. Telle est la solution adoptée chaque fois que la loi exige la présence d'un dol spécial, pour le rendre punissable.

L'article 413 *bis-2b* vise ainsi « toute personne qui prête sciemment son concours en vue de soustraire aux effets du retrait d'agrément ou du retrait de l'autorisation de dédouaner, ceux qui en auraient été atteints ». Le délit n'est constitué que si la volonté d'atteindre le but déterminé par la loi a été constatée.

De même, les articles 426 2°, 4° et 6° du code des douanes disposent que sont réputées importations ou exportations sans déclaration de marchandises prohibées toutes fausses déclarations ayant pour but d'éluder l'application de mesures de prohibition, d'obtenir un remboursement, une exonéra-

66. Crim. 18 déc. 1986, pourvoi n° 86.91.048.

67. Crim. 14 janv. 1986, pourvoi n° 84.93.880, inédit ; *adde* 18 mars 1985, pourvoi n° 84.90.669, inédit.

tion ou un avantage quelconque attaché à l'importation ou à l'exportation, ou encore d'éluider le recouvrement de droits.

Encore ces trois textes répriment-ils dans le même temps les fausses déclarations qui ont eu pour « effet » d'éluider les mesures de prohibition ou d'obtenir un avantage, ce qui revient à ôter à l'exigence d'un dol spécial l'essentiel de son intérêt. Si la preuve de l'intention ne peut être apportée, au moins l'administration garde-t-elle la possibilité de démontrer que l'infraction a eu pour conséquence d'aboutir à ce résultat⁶⁸. Il faut donc imaginer l'hypothèse d'un délit impossible ou manqué par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, pour qu'il soit punissable à raison de son intention, indépendamment de l'effet de sa fausse déclaration.

L'article 409 du code des douanes précise que « toute tentative de délit douanier est considérée comme le délit lui-même ». Il est certain que si on considère comme la Cour de cassation le commencement d'exécution comme constitué par « tout acte qui tend directement au délit lorsqu'il a été accompli avec l'intention de le commettre »⁶⁹, la notion de tentative conduit à exiger « la volonté définitive et arrêtée de commettre telle infraction »⁷⁰, c'est-à-dire un dol spécial⁷¹.

En pratique, l'exigence d'une intention pure résulte surtout de l'article 399-2c du code des douanes. Selon ce texte, « sont réputés intéressés à la fraude, ceux qui ont sciemment couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité ». Les tribunaux exigent la preuve que le comportement litigieux résulte d'une telle volonté déterminée, par exemple en faisant disparaître des preuves ou en s'opposant à une saisie de marchandises⁷² ou à une visite domiciliaire afin de permettre la fuite du délinquant⁷³. La mauvaise foi est ici un élément constitutif de l'infraction.

*
* *

A l'évidence, la portée de la loi de 1987 n'est pas négligeable. Laisser aux juges la faculté de relaxer le prévenu en raison de sa bonne foi constitue assurément un progrès qu'on ne saurait ignorer.

Estime-t-on toutefois suffisant d'abroger un alinéa pour constituer la réforme de fond dont la matière a besoin à l'heure où les échanges internationaux constituent une donnée majeure de la vie économique et où l'échéance de 1993 se précise ? Procéder de la sorte, sans modifier aucune autre disposition, expose non seulement à l'incertitude mais à une stérilisation partielle du nouveau texte. Pour n'être plus irréfragable, la présomption de culpabilité demeure, imposant au prévenu de démontrer sa bonne foi, c'est-à-dire principalement son ignorance de la situation de fait qui lui est reprochée. S'agissant d'un simple particulier, la preuve est déjà délicate. Pour un pro-

68. Crim. 22 avr. 1964, *Bull. crim.* n° 123.

69. Crim. 3 déc. 1927, S. 1929. I. 199 ; 19 juin 1979, D. 1979. I.R. 525 ; J. Deveze, « Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence », cette *Revue*, 1981.777.

70. G. Stefani, G. Levasseur et B. Boulloc, *op. cit.* n° 196.

71. Crim. 23 avr. 1953, Doc. Cont. n° 1047 ; 2 févr. 1966, Doc. Cont. n° 1428 ; J.-C. Berreville, *Le particularisme de la preuve en droit pénal douanier*, thèse Lille, 1966.

On exclut ici les hypothèses où le droit douanier érige la tentative en une infraction autonome, ainsi l'article 418 c. douanes selon lequel la détention et le transport dans le rayon de certaines marchandises prohibées constituent sous certaines conditions la tentative d'exportation en contrebande par terre.

72. Crim. 16 juill. 1958, Doc. Cont. n° 1273.

73. Chambéry, 16 févr. 1950, Doc. Cont. n° 918.

fessionnel, censé connaître parfaitement les lois et règlements applicables, tenu pour le surplus à un devoir de diligence et de prudence, elle confine à l'impossible.

Non du reste qu'on ne soit pas convaincu du caractère partiellement vain du débat sur l'intention. Le plus souvent, les faits parlent d'eux-mêmes, faisant présumer la conscience infractionnelle : une action volontaire est généralement consciente et une action consciente est le plus souvent intentionnelle.

Conscience présumée ou conscience prouvée, la question a-t-elle dès lors de l'importance lorsqu'un débat contradictoire s'engage et que, très vite, il n'importe plus de connaître à qui a incombé à l'origine la charge de la preuve ? Plus que sur le terrain de cette charge, c'est en effet sur celui du risque de la preuve que le débat sur l'intention prend tout son sens. Evoque-t-on une conscience prouvée, comme en droit pénal général, le risque incombe aux autorités de poursuite. Evcque-t-on au contraire une conscience présumée telle que « l'élément intentionnel commun » au droit douanier, le risque pèse sur le prévenu.

La loi du 8 juillet 1987 n'a pas eu pour objet, ou au moins pour effet, de modifier la structure des infractions douanières. Tout au plus a-t-elle admis une possibilité d'exonération fondée sur la bonne foi. Même si cela est loin d'être négligeable, c'est assurément insuffisant pour avancer l'idée que l'élément intentionnel des infractions douanières a perdu sa fâcheuse originalité.

L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons

Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC

Maître de conférences à l'Université de Paris X

On aurait pu croire clos le débat sur le vol d'information. Deux arrêts récents la raniment de façon peut-être volcanique.

Le premier est très net ; il s'agit de l'arrêt *Bourquin* (Crim. 12 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 14, *Droit de l'informatique et des télécommunications 1989*, p. 34, obs. J. Devèze). Les faits qui ont donné lieu à cet arrêt sont les suivants : deux salariés de l'imprimerie Bourquin, se livrent à l'insu de leur employeur, et en vue de créer une entreprise concurrente, à deux séries de copies. D'abord, au sein de l'entreprise, et grâce au matériel de celle-ci, ils copient quarante-sept disquettes informatiques contenant un fichier de clientèle d'une extrême richesse. Ensuite, ils copient chez eux soixante-dix disquettes, sorties de l'entreprise aux fins de reproduction. Ils sont déclarés coupables « *d'une part, du vol de soixante-dix disquettes, et d'autre part, de celui du contenu informationnel des quarante-sept disquettes reproduites durant le temps nécessaire à la reproduction, le tout au préjudice de la société Bourquin qui en était propriétaire* ».

La Chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre la décision des premiers juges au motif qu'ils « *ont relevé sans insuffisance à l'encontre des deux prévenus l'ensemble des éléments constitutifs des délits dont ils ont été reconnus coupables* ».

Les prévenus ayant été déclarés coupables du vol du contenu informationnel des 47 disquettes reproduites au sein de l'entreprise, l'innovation qu'opère l'arrêt *Bourquin* ne fait aucun doute : le vol peut être vol d'une information seule.

Plus ambigu est l'arrêt *Antonioli* rendu quelques mois après l'arrêt *Bourquin* (Crim. 1^{er} mars 1989, *Bull. crim.* n° 100).

Les faits qui ont donné lieu à cet arrêt sont les suivants : au cours de l'exercice de ses fonctions au sein d'une entreprise, un comptable dresse, à partir des documents comptables de la société, des tableaux et graphiques retraçant l'activité de celle-ci ; puis, lors d'une rencontre à son domicile personnel il communique ces graphiques au dirigeant d'une entreprise concurrente. La Chambre criminelle approuve les premiers juges d'avoir déclaré « *qu'ainsi Antonioli a usuré la possession de ces documents et a bien commis*

la soustraction frauduleuse visée à la prévention, les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constituant des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise ».

Sous le rapport de la détermination, exacte, de l'objet du délit cet arrêt n'est pas net. Comme dans l'arrêt *Herbreteau* (Crim. 29 avr. 1986, D. 1987. 131, note M.-P. Lucas de Leyssac, J.C.P. 1987. II. 20788, note Croze) on peut hésiter sur la détermination exacte de cet objet : est-ce l'information seule ou son support ? Toutefois l'arrêt *Antonioli* rejoint l'arrêt *Bourquin* quand il pose que les informations comptables transmises étaient la propriété exclusive de l'entreprise. Or, on le sait, la condition propriété d'autrui doit, dans le vol, s'appliquer à la chose objet du délit. Il est donc permis de considérer que malgré son ambiguïté l'arrêt *Antonioli* consacre, lui aussi, un vol d'information seule.

Quoi qu'il en soit, il reste que l'arrêt *Bourquin* ne souffre, lui, d'aucune hésitation : le vol peut porter sur le contenu informationnel des documents reproduits ; et donc avoir pour objet une information seule.

Cette reconnaissance du vol d'information seule opère une révolution ouverte et de taille dans le droit du vol, mais, en elle-même, cette révolution est peut-être plus douce qu'il n'y paraît au premier abord (I). De toutes façons, elle est plus douce que celle que l'on constate quand on analyse la solution de l'arrêt *Bourquin*, en l'appréhendant non plus uniquement à travers l'objet du délit mais, aussi, à travers l'acte déclaré constitutif de la soustraction d'information : la reproduction. L'examen montre en effet que la reconnaissance d'une soustraction d'information par reproduction du document reproduit peut être le foyer d'une profonde déstabilisation dans un domaine qui n'a pas en principe de frontières communes avec le vol : celui des infractions se commettant par contrefaçon *lato sensu*. La reconnaissance d'une telle soustraction porte en elle une révolution cachée mais profonde parce qu'elle permet d'appréhender des reproductions qui ne pourraient l'être au titre de la contrefaçon (II), ce qui ébranle plus particulièrement, on le verra, le nouveau droit pénal spécial de l'informatique.

I. — UNE REVOLUTION OUVERTE MAIS DOUCE... : L'ADMISSION DU VOL D'INFORMATION SEULE

La révolution ouverte qu'opère l'arrêt *Bourquin* est double. Elle tient, d'abord, à ce qu'en faisant porter le vol sur le contenu informationnel des 47 disquettes, la Chambre criminelle est allée à l'encontre de la règle traditionnelle selon laquelle, en matière de vol, la chose doit être matérielle et ne peut être incorporelle.

Elle tient, ensuite, à ce que le vol étant une infraction contre la propriété, l'information seule devient objet d'un droit de propriété que ne reconnaît pas le droit des propriétés incorporelles. Et la Chambre criminelle ne se dérobe pas devant cette conséquence, puisqu'elle approuve les premiers juges d'avoir déclaré que le vol du contenu informationnel des 47 disquettes avait été commis « *au préjudice de la S.A. qui en était propriétaire* ».

Ni la première (A) ni la seconde (B) de ces solutions ne nous paraît relever de la catégorie des révolutions-explosion ; et nous inclinons donc à y voir des révolutions douces.

A. — *S'agissant de la révolution ayant consisté à faire porter le vol sur une chose incorporelle*

Cette révolution nous paraît douce pour deux séries de raisons. D'abord, elle ne méconnaît pas les principes fondamentaux de la matière pénale (1). Ensuite, l'examen montre qu'elle est l'aboutissement logique de l'évolution du droit du vol (2).

1. Elle ne méconnaît pas les principes fondamentaux de la matière pénale

Il en est ainsi, d'une part, parce que la révolution n'était pas interdite par le principe de la légalité criminelle (a) d'autre part, parce que la matérialité de la soustraction elle-même a été préservée (b).

a) Elle n'est pas contraire au principe de la légalité criminelle

La matérialité de l'objet du délit est traditionnellement présentée comme étant nécessaire, mais cette exigence découle de conceptions relatives à la soustraction qui n'ont pas nécessairement, on le verra, la portée qu'on leur prête (cf. *supra* b).

L'article 379 du code pénal ne formule, lui, aucune exigence quant à la nature de la chose et, à la différence des articles 405 et 408 du code pénal, il ne donne aucune énumération des choses susceptibles d'être objet du délit. Le terme « chose » étant le terme le plus général de la langue française, la lettre de la loi n'interdit pas de situer cette chose dans une chose incorporelle.

Bienheureuse généralité de l'article 379 du code pénal, dira-t-on, mais généralité tout de même, si bien qu'on ne peut reprocher à l'arrêt *Bourquin* de méconnaître le principe de la légalité criminelle. Cet arrêt respecte, aussi, un autre principe fondamental de la matière pénale, parce qu'il a préservé la matérialité de la soustraction.

b) Le principe de la matérialité de la soustraction a été préservé

La façon d'appréhender une chose varie nécessairement avec la nature de celle-ci, et la Chambre criminelle l'a expressément admis depuis longtemps, précisément, en matière de vol (Crim. 28 oct. 1959, D. 1960. 314, note A. Chavanne). Or, une information seule peut être appréhendée par simple captation intellectuelle, en particulier, par la vue ou par l'ouïe.

Dans sa note sous l'arrêt *Bourquin*, M. Devèze considère que « sous réserve de difficultés de preuve, il n'est pas d'obstacle théorique majeur de l'admission du vol d'information à l'encontre de celui qui, au lieu de copier, lit le document et grave le contenu dans sa mémoire » (*Droit de l'informatique et des télécommunications*, 1989, p. 34).

Nous pensons, quant à nous, que la soustraction d'information seule, par simple captation intellectuelle de l'information est, pénalement, inacceptable. Il nous paraît, en effet, que hormis le cas où le délit peut se commettre

par l'écrit ou la parole, (cas dans lesquels il y a alors abus du droit à l'information prise non au sens qui nous préoccupe mais au sens de la loi de 1881 sur la liberté de la presse), il ne peut y avoir d'agissement pénalement répréhensible sans activité matérielle. M. Devèze a déjà objecté (*in* « Le vol de biens informatiques », J.C.P. 1985. I. 3210) que cette règle n'était traditionnellement posée qu'à propos de la tentative punissable, mais l'objection ne convainc pas.

D'abord s'il ne peut y avoir de tentative punissable sans activité matérielle de l'agent, *a fortiori* ne peut-il y avoir de délit consommé sans activité matérielle. Ensuite, si l'on commence à admettre des délits résultant d'une simple activité intellectuelle, on ouvre la porte à la répression des délits d'opinion ou de pensée, ce qui est évidemment inacceptable.

Le principe, selon nous essentiel, de la matérialité de l'élément proprement constitutif a été maintenu dans l'arrêt *Bourquin*, car c'est dans l'activité matérielle de reproduction qu'il a situé la soustraction. Il l'a été, aussi, dans l'arrêt *Antonioletti*, où le vol se situait, non pas du côté captation de l'information, mais du côté de sa divulgation parce que, dans cet arrêt, la soustraction a été située dans la transmission des graphiques dressés par l'agent (V. *supra*).

Ce maintien de la matérialité de la soustraction est d'autant plus important que la chose, objet de la soustraction, est dématérialisée. En effet, quand le seuil des exigences relatives à une composante d'une infraction est abaissée, il convient, pour éviter que la qualification ne se délite, de se montrer particulièrement vigilant s'agissant de la réalisation des autres composantes du délit. Ainsi, M. Decocq a-t-il souligné que l'on ne peut admettre de complicité par abstention que si l'on se montre particulièrement rigoureux dans l'exigence de l'élément intentionnel (inaction, abstention et complicité par aide et assistance, J.C.P. 1983. I. 3124). Ainsi, encore, depuis que le délit de pollution des rivières n'est plus considéré comme un délit intentionnel, M. J.-H. Robert recommande-t-il de se montrer particulièrement rigoureux s'agissant de la réalisation de l'élément matériel du délit (note J.-H. Robert sous Crim. 23 mai 1986, J.C.P. 1986. II. 20667).

Quand on réduit les exigences touchant l'élément matériel, on ne peut réduire celles touchant à l'élément intentionnel et vice-versa. En matière d'infraction contre les biens, la règle vaut dans les rapports entre la chose et l'élément proprement constitutif du délit. Ainsi, quand, à propos de l'escroquerie dite à la T.V.A., on a dématérialisé l'élément constitutif de l'escroquerie : la remise, en admettant qu'elle pouvait avoir lieu par équivalent, la chose est demeurée matérielle. Quand on a dématérialisé la chose, à propos de l'escroquerie dite au parcmètre, on a relevé, avec soin, la matérialité des manoeuvres et de la remise (le déplacement de l'aiguille).

La révolution qu'opère l'admission du vol d'information seule eut été révolution-explosion si elle avait été accompagnée d'une dématérialisation de la soustraction. Or tel n'a pas été le cas. En outre, le maintien de la matérialité de la soustraction atténue la dématérialisation de la chose parce que, dès lors que l'on exige de la soustraction qu'elle ait une certaine matérialité, on exige corrélativement, de l'information sur laquelle elle porte, qu'elle ait été « enfermée » dans un support, quelconque, mais matériel. En effet, la façon d'appréhender une chose variant avec la nature de celle-ci, l'appréhension de ce bien incorporel qu'est l'information ne peut être matérielle que si ce bien a donné lieu à une incorporation dont l'exigence présente, de sur-

croît, l'avantage de réduire les difficultés que peut poser la preuve de la propriété de l'information. La révolution qu'emporte la reconnaissance du vol d'information seule est donc bien moins profonde qu'il n'y paraît au premier abord ; c'est pourquoi elle nous paraît pouvoir être dite douce. Elle le peut, aussi, parce qu'elle est l'aboutissement logique de l'évolution du droit du vol.

2. Le vol d'une information seule, aboutissement des évolutions du droit du vol

Le vol de l'arrêt *Bourquin* est l'aboutissement logique de la jurisprudence *Logabax* (a) et le vol d'information seule qu'il consacre peut être considéré comme s'inscrivant dans la logique de l'évolution de la notion de soustraction (b).

a) L'arrêt *Bourquin* aboutissement logique de la jurisprudence *Logabax*

Dans l'arrêt *Logabax* (Crim. 8 janv. 1979, D. 1979. I.R. 182, obs. Roujou de Boubée) où il s'agissait de photocopies d'un plan de restructuration de l'entreprise, le salarié, auteur des photocopies, a été déclaré voleur, non pas des photocopies prises, mais de l'original photocopié au motif qu'il s'était approprié cet original pendant le temps nécessaire à sa reproduction. L'objet du délit ayant été ainsi situé dans l'original reproduit, le principe selon lequel la chose objet du vol doit être matérielle était sauf, mais le vol ne l'était pas. En effet, l'original, déclaré volé, n'était jamais sorti de l'entreprise, où le salarié avait, de façon générale, la latitude de photocopier ; cet original n'avait donc jamais été effectivement volé ; seul l'avait été, au fond, son contenu informationnel (V. note chron. préc.)

L'arrêt *Bourquin* abandonne l'artifice de l'arrêt *Logabax* en déclarant, franchement, que c'est l'information reproduite qui a été volée. En cela, il paraît aussi salubre que la jurisprudence de 1959 qui, en venant créer la notion de vol dit d'usage, a mis fin à l'artifice qui consistait à retenir un vol d'essence ou de gomme pneumatique contre ceux qui empruntaient momentanément une voiture. L'arrêt *Bourquin* sert donc incontestablement la logique, mais le vol d'information seule qu'il consacre ne heurte-t-il pas la logique du vol et en particulier celle de la soustraction ? On pourrait le penser, mais il n'en est rien.

b) Le vol d'information seule, aboutissement logique de l'évolution de la notion de soustraction

L'affirmation ne manquera pas de surprendre. *A priori*, l'information seule est incompatible avec la notion de soustraction, mais cette incompatibilité n'existe que si l'on raisonne en contemplation de la seule soustraction matérielle (1). Elle cesse, si l'on tient compte de ce que, après et à côté de la soustraction matérielle, sont nées d'autres soustractions (2).

1) Dans la soustraction matérielle, soustraire consiste à « prendre, enlever, ravir » une chose à l'insu et contre le gré du propriétaire. Or, on ne peut prendre, effectivement, que des choses matérielles, ce que n'est pas une information seule. C'est donc la définition première de la soustraction qui a conduit à exiger que la chose soit matérielle mais on l'a vu, cette exigence n'est pas imposée par l'article 379 lui-même et, ce que la jurisprudence a fait,

la jurisprudence peut le défaire en donnant une nouvelle définition de la soustraction (V. *supra*).

Beaucoup plus gênante est la deuxième objection que la notion de soustraction matérielle permet d'opposer à la reconnaissance du vol d'information seule : on ne peut « prendre, enlever, ravir » une chose à autrui que si on la lui enlève pour se l'approprier. Comme les vases communicants, le vol, de ce point de vue, suppose qu'un patrimoine se vide alors que l'autre se remplit. Or, cela est impossible s'agissant d'information seule car, si le « voleur » d'information dispose d'un bien nouveau, la victime du vol continue de disposer de l'information « volée ». Cette objection consacrée par le tribunal correctionnel puis la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Canal Plus* (Trib. corr. Paris, 15 avr. 1986, cette *Revue*, 1986.209, obs. Bouzat ; cour d'appel Paris, 24 juin 1987, *Gaz. Pal.* 3 sept. 1987, p. 3, note Marchi) n'est incontournable que si l'on cantonne le vol à la notion originelle de vol par soustraction matérielle.

2) Désormais, à côté de la soustraction matérielle, existent des soustractions dites juridiques qui permettent d'appréhender les soustractions après remise de la chose (sur ces soustractions, V. *Rép. civ. v° Vol*, à paraître) mais aussi, des soustractions dites d'usage, et on le sait, point n'est besoin, pour soustraire une chose, d'usurper toutes les prérogatives du droit de propriété ; il suffit d'avoir usuré l'une d'entre elles.

Dans ces nouvelles soustractions, c'est le fait de s'arroger indûment une prérogative du droit de propriété qui caractérise le vol. Or, d'une part, on peut s'arroger indûment une prérogative du droit de propriété sur une chose matérielle mais aussi sur une chose non matérielle, de sorte que l'existence de soustractions nouvelles est de nature à faire disparaître l'exigence selon laquelle la chose doit être matérielle. D'autre part, on peut s'arroger indûment une prérogative du droit de propriété sans avoir nécessairement à déplacer la chose de là où l'avait placée son propriétaire. Avec l'avènement des soustractions nouvelles, un vol sans déplacement matériel de la chose devient concevable. Certaines décisions jurisprudentielles en attestent. C'est incontestablement un vol sans déplacement qu'ont consacré les arrêts ayant admis que commet un vol le couple qui refuse de restituer et continue de se servir des meubles appartenant à des tiers et apportés dans la maison de ce couple par des soldats allemands, ou encore la concubine qui refuse de restituer, et continue d'user, des meubles apportés chez elle par son concubin (Crim. 5 mars 1941, S. 1941. 1102, cette *Revue*, 1941.201, obs. Donnedieu de Vabres ; 17 janv. 1941, *Bull. crim.* n° 63, S. 1949. 1. 149, note Lemarin, cette *Revue*, 1949.748, obs. Bouzat).

On objectera, sans doute que la jurisprudence qui précède n'est pas probante, parce qu'elle consacre un vol là où en réalité il y avait un abus de confiance mais, considérée par rapport au mode de réalisation du délit, l'objection n'est pas déterminante. D'abord, parce que dans le cadre de soustractions dites juridiques, le vol peut se commettre exactement comme se commet un abus de confiance : par intervention de possession, dit-on habituellement à la suite de Garçon. Ensuite, parce que l'objection tirée de la confusion entre le vol et l'abus de confiance ne peut être opposée à l'arrêt *Logabax*, le document photocopié n'ayant pas été remis pour y effectuer un travail salarié au sens de l'article 408 du code pénal. Or, c'est un vol, sans déplacement de la chose, qu'a consacré cet arrêt puisque la chose déclarée

volée n'est jamais sortie de l'entreprise. Il est donc permis de considérer que dans les soustractions nouvelles, nées après la soustraction matérielle, la soustraction peut se réaliser, d'une part, par simple usurpation d'une prérogative du droit de propriété et, d'autre part, sans déplacement matériel de la chose d'un patrimoine dans un autre.

Peut-on cumuler ces deux possibilités ? L'arrêt *Logabax* l'a fait. Le vol reconnu dans cet arrêt est en effet un vol par usurpation d'une prérogative juridique (la prérogative de reproduction) qui a porté sur une chose (le document reproduit) qui n'a pas été déplacée. Cependant, on l'a vu, le document déclaré volé dans cet arrêt ne l'a pas vraiment été et, de façon générale, il semble, du moins *a priori*, que le cumul envisagé ne puisse être opéré qu'au prix d'une méconnaissance de la notion de soustraction. En effet, s'il suffit, pour commettre un vol, d'usurper une prérogative du droit de propriété, sans avoir à déplacer la chose, il suffira, pour devenir voleur d'un fauteuil ou d'une voiture, de s'y asseoir à l'insu et contre le gré du propriétaire. Or, il est clair que la reconnaissance de la soustraction est alors choquante. On pourrait donc penser que la notion de soustraction par usurpation d'une prérogative *et* sans déplacement matériel de la chose est à la suite de l'évolution de la notion de soustraction intellectuellement concevable mais, juridiquement, inacceptable, parce que incompatible avec l'idée de soustraction.

En réalité, cette incompatibilité ne joue que si l'on raisonne sur une chose exclusivement matérielle. En effet, soustraire, c'est d'abord diminuer. Or si la chose est matérielle, on ne peut diminuer le patrimoine de celui auquel elle appartient qu'en la faisant sortir de ce patrimoine et donc en la déplaçant. En revanche, si l'on raisonne sur une chose matérielle contenant une richesse privative incorporelle, telle par exemple, une pile chargée d'énergie, susceptible de constituer un bien, point n'est besoin de déplacement matériel de la chose pour qu'il y ait soustraction. En déchargeant de son énergie une pile, je diminue nécessairement le patrimoine de son propriétaire sans avoir à déplacer cette pile de là où il l'avait mise. Certes, on considérera, peut-être, qu'a été commis un vol d'usage de la pile elle-même mais, alors, le vol portera sur l'infrastructure matérielle de la pile. Or, sous le rapport de cette infrastructure matérielle, il n'y a eu aucune soustraction puisque cette infrastructure n'a été ni déplacée, ni amputée, ni diminuée. L'idée de soustraction n'est alors compatible qu'avec l'énergie : l'énergie est sortie de la pile (idée de déplacement) et par suite du patrimoine de son propriétaire (idée de diminution patrimoniale).

Ce raisonnement peut être transposé à l'hypothèse d'une reproduction sur place, de document contenant une information constituant un bien appartenant à autrui. A l'égard du document, on ne peut retrouver les critères de la soustraction. En revanche, ces critères peuvent jouer à l'égard de l'information seule : par la reproduction, l'information est passée dans le patrimoine de celui qui reproduit sans droit (déplacement) et ce faisant, l'agent s'est approprié une chose appartenant à autrui dont le patrimoine a perdu de sa valeur (diminution).

Certes, il reste, toujours, qu'à la différence de l'énergie de la pile l'information demeure entre les mains de son propriétaire mais, *mutatis mutandis*, elle n'est, elle aussi, qu'une enveloppe dont le contenu patrimonial est diminué parce que c'est le caractère privatif, confidentiel qui donne à une information la valeur qui permet de la considérer comme un bien. En cela,

elle a bien été soumise à une soustraction dans laquelle l'évolution de la notion de soustraction autorise à voir une soustraction au sens de l'article 379 du code pénal.

Dans la mesure où elle est le résultat d'une évolution, la reconnaissance du vol d'information seule est une révolution douce ; la reconnaissance corrélative d'un droit de propriété sur l'information l'est aussi.

B. — *S'agissant de la révolution ayant consisté à reconnaître un droit de propriété sur l'information seule*

Cette révolution nous paraît douce pour deux raisons. D'abord parce que le principe de la légalité criminelle n'interdisait pas de créer un droit nouveau (1). Ensuite parce que la Chambre criminelle a limité cette seconde révolution en ne reconnaissant qu'un vol d'usage (2).

1. Le principe de la légalité criminelle n'interdisait pas de créer un droit nouveau

Si on laisse de côté la question, déjà amplement débattue mais qui devra l'être encore, du droit de propriété sur l'information seule (V. en particulier, Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984. chron. 17 ; Le Stang et A. Prum, « Les droits en France des créateurs d'information », *Rev. internat. dr. écon.* 1989. 211) pour se demander, simplement, si la Chambre criminelle pouvait reconnaître un tel droit, on peut bien sûr répondre par la négative. Il suffit pour cela de faire valoir que le vol relevant du droit pénal sanctionnateur, son application doit être réservée à des droits de propriété préalablement reconnus. Toutefois nous n'étonnerons pas (V. « une information seule est-elle susceptible de vol d'une autre atteinte juridique aux biens », D. 1985. chron. 43 et s.) en préférant une réponse positive qui peut être donnée pour trois raisons essentielles.

— D'abord, nul ne conteste plus que certaines informations sont des richesses constituant des biens ; cela est particulièrement vrai s'agissant des fichiers de clientèle qui, depuis longtemps, sont, dans le droit de l'abus de confiance, considérés comme des marchandises. Or ce qui donne aux fichiers de clientèle leur valeur marchande, ce n'est pas leur support, quel qu'il soit, mais leur contenu.

— Ensuite, l'article 379, figurant sous la section « crimes et délits contre les propriétés », la lettre de la loi pénale n'interdit pas d'étendre le vol à des biens qui n'existaient pas en 1810.

— Enfin, dès lors que cela n'est pas contraire à la lettre de la loi pénale, nous ne voyons pas pourquoi on reprocherait à la jurisprudence pénale de procéder à des créations qui, si elles étaient le fait de la jurisprudence civile, ne seraient probablement pas contestées et seraient, sans doute même, considérées comme des progrès. Ainsi, bien avant que la loi du 17 juillet 1970 ne vienne consacrer un droit nouveau, le droit de la personne, sur sa vie privée, la jurisprudence civile avait reconnu le principe de l'existence d'un véritable droit de la personne sur sa vie privée, puisque très vite elle s'est bornée, pour appliquer l'article 1382 du code civil, à constater l'existence d'une atteinte au patrimoine moral d'autrui. Or, de 1955 à 1965, cette création jurisprudentielle n'a pas fait l'objet de critiques majeures (V. M. Contamine

Raynaud, « Le secret de la vie privée », in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 408).

Tout comme la jurisprudence civile a pu rattacher à un patrimoine moral le sentiment que chacun a d'avoir un droit sur sa vie privée, et en a fait un droit, nous pensons que la jurisprudence pénale pouvait, comme elle l'a fait, dans l'arrêt *Bourquin*, à propos d'un fichier de clientèle, reconnaître l'existence d'un patrimoine informationnel et, par suite, consacrer l'existence d'un droit de propriété sur l'information.

En matière de droit de propriété sur les informations seules, une intervention législative sera sans doute nécessaire, comme elle l'a été en matière de droit à la vie privée. En attendant que le législateur accepte d'affronter effectivement cette question, on ne saurait se plaindre de ce que la Chambre criminelle ait fait coïncider le droit et la réalité et ce, d'autant moins, que la révolution civile est limitée, le vol de l'arrêt *Bourquin* n'étant qu'un vol d'usage.

2. La révolution civile atténuée par la restriction du vol d'information seule à un vol d'usage

Le contenu informationnel des quarante-sept disquettes n'a pas été déclaré « définitivement » volé, mais volé, simplement, le temps nécessaire à la reproduction des informations. Il s'agit donc, bien, d'un simple vol d'usage réalisé par usurpation de la prérogative de reproduction. De la sorte la Chambre criminelle ne bâtit pas le statut d'un bien nouveau : le bien informationnel ; elle reconnaît, simplement, au titulaire de l'information, une prérogative du droit de propriété en déclarant qu'il y a faute pénale, constitutive d'une soustraction, dans le fait de reproduire l'information sans droit. Elle se contente donc, sans méconnaître la loi pénale (cf. *supra*) d'utiliser les ressources de la technique juridique évitant, ainsi, de se substituer au législateur.

Pour s'en convaincre, il suffit de se placer sur le terrain de la réparation civile. Le vol d'information reconnu par l'arrêt *Bourquin* n'étant qu'un vol d'usage, la victime d'un tel vol ne pourra, au titre des restitutions et dommages et intérêts, demander la valeur totale de l'information. Elle ne pourra obtenir que la réparation du préjudice occasionné par l'usage sans droit de la chose et cette réparation ne pourra que tendre vers la valeur totale de l'information, au cas où celle-ci disparaîtrait par son premier usage. La nature de vol d'usage de l'arrêt *Bourquin* atténue donc bien la révolution ayant consisté à reconnaître un droit de propriété sur l'information seule.

Dans ces conditions, l'ensemble de la révolution opérée sous le rapport de l'objet du délit peut bien être considérée comme une révolution douce. Cette évolution a permis de moderniser ouvertement la liste des choses susceptibles d'être l'objet de l'infraction la plus classique contre les biens : le vol, sans ébranler fondamentalement, selon nous, les structures essentielles de l'infraction. L'impact de l'arrêt *Bourquin* semble beaucoup plus grave quand on procède à son analyse en se plaçant, non plus uniquement sous l'angle de l'objet du délit : l'information, mais sous celui du mode de soustraction de l'information : la reproduction.

II. — UNE REVOLUTION CACHEE MAIS PROFONDE : UNE SOUS-TRACTION PERMETTANT D'APPREHENDER DES REPRODUCTIONS QUI NE POURRAIENT L'ÊTRE PAR LA CONTREFAÇON

Cette révolution qui est, selon nous, la véritable révolution de l'arrêt *Bourquin* tient à ce que cet arrêt remet en cause les frontières jusqu'à présent étanches qui séparaient la contrefaçon et le vol. Elle vient de ce que la soustraction de l'information a été située dans sa reproduction. De la sorte, on va le voir, l'arrêt *Bourquin* soumet l'acception traditionnelle de la contrefaçon à une déstabilisation (A) dont les ondes de choc vont très loin, surtout en matière informatique, parce qu'elles ont pour effet de réduire la discontinuité de la loi pénale (B).

A. — *La déstabilisation de l'acception traditionnelle de la contrefaçon*

L'activité consistant à reproduire appelle, normalement, la dénomination de contrefaçon parce que, au sens premier, contrefaire consiste à reproduire, mais quand on applique à un fait de reproduction la qualification juridique de contrefaçon l'idée de soustraction du contenu de la création contrefaite est nécessairement exclue (1). L'arrêt *Bourquin* admet, lui, qu'en procédant à une reproduction on peut soustraire l'information reproduite ; il introduit donc, dans notre droit pénal, un nouveau type de reproduction pénalement répréhensible (2).

1. En principe une reproduction est une contrefaçon, mais la qualification de contrefaçon est exclusive de l'idée de soustraction du contenu de la création contrefaite.

Les délits dont l'élément proprement constitutif peut résider dans une reproduction sont assez nombreux et variés (contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique, de dessins et modèles, de marque de monnaie, de sceau de l'Etat, d'écriture, etc.) mais ils comportent, tous, une même condition préalable : la création contrefaite doit avoir été fixée dans les formes juridiquement reconnues. S'agissant de contrefaçon des oeuvres littéraires et artistiques, l'exigence vient de ce que le droit des propriétés incorporelles accorde sa protection à la forme et non aux idées qui, dit-on, sont de libre parcours. S'agissant de la contrefaçon dans le faux documentaire, l'exigence vient de ce que l'écriture et la forme de certains documents sont source d'authenticité.

La forme est alors condition de réalisation matérielle de la contrefaçon : on ne peut reproduire, au sens strict, que s'il existe un modèle. Elle est aussi condition d'existence de la situation juridique protégée : à défaut de forme point de droit ou d'institution reconnue ; mais la contrefaçon ne protège pas pour autant le contenu substantiel du droit ou de l'institution puisque ceux-ci n'existent que s'ils ont donné lieu à fixation dans une forme donnée. C'est pourquoi la contrefaçon peut être considérée comme incompatible avec l'idée d'appréhension frauduleuse du contenu de la création contrefaite.

Toutefois, la frontière ainsi tracée, entre la forme et le contenu, n'est pas parfaitement étanche. En protégeant la forme de certaines créations, on en protège aussi indirectement le contenu, et il est des contenus, non fixés dans les formes reconnues, qui appellent substantiellement la même protection que ceux fixés dans ces formes. Partant, on comprend que puisse naître l'idée de sanctionner, au titre du vol, des reproductions de création non enserrée dans des formes reconnues, mais alors le fait de contrefaçon sanctionné change de nature, parce qu'il est reproduction-soustraction.

2. La reproduction-soustraction de l'arrêt *Bourquin*

Il ne s'agit pas ici de revenir sur la création du droit nouveau qu'emporte la reconnaissance de la soustraction d'information seule, mais de se demander si le fait de reproduction dans lequel on ne voit traditionnellement qu'une contrefaçon est compatible avec la notion de soustraction et, plus généralement, avec le vol. Il l'est, nous semble-t-il, pour deux raisons.

La première est que la façon d'appréhender une chose varie avec sa nature. Dès lors que l'on admet que l'information seule peut constituer l'objet du délit, la reproduction de l'information devient un mode possible de soustraction parce qu'en reproduisant une information on l'appréhende.

La seconde est que certaines contrefaçons peuvent évoquer très fortement l'idée de vol. En attestent les analyses de Garraud sur la contrefaçon de monnaie de l'Etat (*Traité de droit pénal* IV, n° 1309). Pour cet auteur, la contrefaçon de monnaie n'est rien d'autre qu'un vol au préjudice de l'Etat qu'on prive des bénéfices qu'il retire de toute opération de monnayage. Certes, il est préférable d'y voir une infraction contre cette institution qu'est la monnaie (Vitu, *Droit pénal spécial*, t. I, n° 628) mais les réflexions de Garraud soulignent que certaines reproductions peuvent être analysées en termes de vol dont la reconnaissance a pour conséquence d'étendre le champ des reproductions pénalement répréhensibles et donc de réduire la discontinuité de la loi pénale.

B. — La réduction de la discontinuité de la loi pénale

Dans cet effet de l'arrêt *Bourquin* (1) on pourrait être tenté de trouver de nouveaux arguments pour le condamner mais, on le verra, ils ne résistent pas à l'analyse (2).

1. L'effet de réduction

Il tient à ce que l'admission du vol d'information seule, par reproduction de celle-ci, pourrait permettre d'appréhender, au titre du vol, des reproductions qui ne peuvent l'être, ni au titre de la contrefaçon des oeuvres de l'esprit (a) ni au titre du faux par contrefaçon (b).

a) L'appréhension, au titre du vol, de reproductions qui ne pourraient l'être au titre de la contrefaçon des oeuvres de l'esprit.

Des informations représentant d'indéniables valeurs, telles les inventions non encore brevetées, ou certaines idées publicitaires, auxquelles faute de forme est refusée la protection de la contrefaçon, pourraient, par transposi-

tion de la jurisprudence *Bourquin*, prétendre à la protection pénale de l'article 379 du code pénal. Il faudrait, mais il suffirait, pour cela que ces informations aient été portées sur un support et qu'elles aient été « extraites » de celui-ci par reproduction ou « recopiage » (V. *supra*).

Mais il est plus. L'arrêt commenté ayant été rendu à propos de la reproduction de disquettes informatiques, on ne peut s'empêcher d'envisager les répercussions qu'il pourrait avoir en matière de reproduction de logiciels.

On le sait, le législateur a choisi en 1985 de protéger les logiciels sur le modèle des droits d'auteurs. Les logiciels sont donc protégés contre la contrefaçon, mais l'effectivité de cette protection se heurte à deux obstacles. Le premier tient à ce que la protection des logiciels est soumise à la condition d'originalité qui en l'occurrence est bien difficile à satisfaire. Le second tient à ce que la fixation de l'oeuvre en matière de logiciel fait problème. Ces obstacles venant de la forme s'abaissent un peu, si, s'attachant au contenu, on appréhende le programme du logiciel en tant que bien informationnel. Par transposition de la jurisprudence *Bourquin*, la copie d'une disquette, portant un programme qui serait susceptible d'être considéré comme un bien, devient susceptible de constituer un vol. L'arrêt étudié pourrait donc avoir pour effet de mettre en cause les limites dans lesquelles la loi de 1985 a entendu enserrer la protection des logiciels. Certes, la qualification de bien informationnel protégeable par le vol suppose que la divulgation du programme appauvrisse son propriétaire, ce qui ramène à une condition voisine de celle d'originalité du programme, mais il est sans doute plus facile de savoir quand un logiciel peut être considéré comme un bien, que de savoir quand un logiciel correspond à la condition d'originalité au sens de la loi de 1957. L'arrêt *Bourquin* pourrait donc permettre de contourner l'irritante question de l'originalité du logiciel ; ce n'est pas le seul effet qu'il pourrait avoir sur des incriminations récentes.

b) L'appréhension au titre du vol de reproductions qui ne pourraient l'être au titre du faux par contrefaçon.

Le faux par contrefaçon correspond à deux réalités propres mais distinctes. Il y a, d'une part, le document faux parce que créé sur le modèle d'un autre document (contrefaçon d'une formule de chèque bancaire par exemple) ; il y a, d'autre part, le document falsifié, *ex-post*, par contrefaçon de l'écriture ou de la signature qui y est portée (falsification d'un chèque par imitation de signature par exemple).

Par application du droit commun du faux, ces contrefaçons ne tombent sous le coup de la loi pénale que si le document faux ou falsifié est susceptible de valoir titre. Avec la jurisprudence *Bourquin*, la reproduction d'un document ne valant pas titre pourra constituer un vol dont la reconnaissance ira loin, parce qu'elle anéantit les limites dans lesquelles on a entrepris de cantonner le nouveau délit de falsification de documents informatisés (art. 462-5 c. pén. loi du 5 janv. 1988, loi Godfrain).

Dans les travaux préparatoires à la « loi Godfrain », il a été souligné que l'un des objectifs essentiels de la nouvelle incrimination était d'appréhender les auteurs de fausses cartes de crédit. On a en conséquence suggéré d'inclore, dans la falsification de l'article 462-5 du code pénal, les documents informatisés faux, parce que créés par contrefaçon d'autres documents. A quoi on a objecté que dans cette conception la reproduction d'un fichier informa-

tique était exposée à la nouvelle qualification et qu'il pourrait en aller éventuellement de même de la copie d'un logiciel (V. notre commentaire de la loi Godfrain, *Rev. dr. informatique et télécom.* 1988, n° 2, p. 19 et s.). Dans son commentaire de la loi (A.L.D. 1989. 51 et s.) M. Gassin a tranché le débat en relevant que l'article 462-5 du code pénal employait les termes de « falsification de document informatisé » et qu'en conséquence seules les falsifications *ex-post* pouvaient tomber sous le coup de cet article, à l'exclusion des falsifications par création d'un document faux. L'arrêt commenté remet en cause cette analyse restrictive : les reproductions de documents informatisés qui doivent, si l'on suit M. Gassin, échapper à l'article 462-5 nouveau du code pénal, pourront tomber sous le coup de l'article 379 si ces documents portent en eux une information susceptible de constituer un bien.

La révolution est ici très profonde. L'arrêt *Bourquin* fait « sauter » les restrictions que l'on a voulu assigner aux incriminations du nouveau droit pénal spécial informatique, mais on ne saurait trouver là un nouveau motif pour le condamner.

2. Appréciation

Ne méconnaît-on pas le principe de la légalité en portant une infraction sur des terrains appartenant, en principe, à d'autres infractions, mais sur lesquelles celles-ci ne peuvent se développer ? On peut le penser mais, en réalité, il est permis de considérer qu'il n'est rien.

D'une part, on ne méconnaît pas le texte d'une incrimination sur le terrain duquel on gagne, si cette incrimination ne permet pas d'appréhender l'agissement que l'on fait tomber sous le coup d'une autre incrimination. D'autre part, pour que l'incrimination étendue le soit en violation du principe de la légalité, il faut que l'incrimination en cause interdise cette extension. Or, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse envisagée. L'article 379 n'interdit pas de faire porter le vol sur une information seule constituant un bien et la façon d'appréhender une chose variant avec sa nature, la soustraction d'information peut, par voie de conséquence, résulter d'une reproduction.

Certes, la déstabilisation à laquelle l'arrêt *Bourquin* soumet les grandes qualifications du droit pénal spécial informatique (contrefaçon du logiciel — falsification de documents informatisés) dérange, mais elle n'est pas imputable à cet arrêt. Elle est déjà en germe dans ce nouveau droit pénal spécial lui-même.

Tout d'abord, si suivant M. Gassin (cf. *supra*) on exclut du faux informatique les faux par contrefaçon — c'est-à-dire par reproduction à l'identique de documents informatisés existants — toutes les « entreprises » de fabrication de fausses cartes de crédit échappent à l'article 462-5 nouveau du code pénal, alors que les termes « documents informatisés *quelle que soit leur forme* » ont été introduits, dans cet article, précisément pour lui permettre d'appréhender les auteurs de fausses cartes de crédit.

Ensuite, si pour éviter cette déperdition d'utilité de l'article 462-5, on admet que le faux informatique peut se commettre par reproduction de documents informatisés, les restrictions que l'on a voulu apporter au délit de contrefaçon de logiciel en le soumettant à la condition d'originalité sont touchées et de regrettables concours de qualifications apparaissent.

D'une part, en effet, la copie d'un logiciel, non original au sens de la loi de 1957, peut être préjudiciable à l'auteur du programme de ce logiciel. Or, l'article 462-5 du code pénal incrimine « quiconque aura procédé à la falsification d'un document informatisé... *de nature à causer un préjudice à autrui* ». A raison de sa rédaction, cet article pourrait donc permettre de sanctionner des copies de logiciels ne répondant pas à la condition d'originalité.

D'autre part, si la copie d'un logiciel non original peut être un faux, celle d'un logiciel original peut l'être *a fortiori*, mais la qualification de faux informatique entre alors en concours avec celle de contrefaçon de logiciel. En atteste un récent arrêt de la cour d'Angers (Angers, 25 janv. 1990, *Expertise*, 1990, p. 102) qui, à propos de la copie d'un logiciel original, a retenu et la qualification de l'article 462-5 du code pénal et celle de contrefaçon de logiciel. Il apparaît donc bien que le seul jeu des incriminations propres au droit pénal spécial de l'informatique suffit à déstabiliser ce droit.

Certes, pour éviter, s'agissant des copies de logiciel, l'application de l'article 462-5, on pourrait opposer que le document informatisé falsifié doit valoir titre au sens du droit du faux, ce que ne vaut pas un logiciel, mais la piste magnétique ou la puce d'une carte de crédit vaut-elle titre ? On peut en douter. Cette piste est essentiellement clé d'accès à un système et procédé d'identification. On est ainsi ramené au premier problème car, faute de titre, on ne pourra alors voir un faux dans la seule falsification ou contrefaçon d'une piste magnétique.

La déstabilisation existant à l'intérieur du droit pénal spécial de l'informatique, ce serait faire un bien mauvais procès à l'arrêt *Bourquin* que de lui reprocher de déstabiliser ce droit. De plus, si ce procès devait avoir lieu, il devrait aussi être conduit contre une jurisprudence civile. En effet, la cour d'appel de Paris (4^e ch. B, 2 févr. 1989, *Expertise*, 1989, p. 69) vient d'admettre que la copie d'un logiciel peut être sanctionnée par la théorie des agissements parasites. Comme l'arrêt *Bourquin*, cet arrêt permet donc de contourner l'irritante question de l'originalité du logiciel.

En somme, si l'arrêt *Bourquin* déstabilise, sans méconnaître selon nous le droit du vol, des constructions législatives récentes, c'est parce que ces constructions sont affectées d'une fragilité que seule permettrait de fortifier une réflexion fondamentale, sur les conditions de reconnaissance et sur les modes adéquats de protection de ces biens nouveaux que sont les biens informationnels.

Le temps en droit pénal Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutu- mier de Nouvelle-Calédonie*

Gilles LUCAZEAU

Procureur général près la cour d'appel de Nouméa

Le droit est, dit-on, à la fois une science et un art.

Plus prosaïquement, on pourrait ajouter qu'il est aussi un moyen de réflexion sur le niveau d'évolution d'une société et la place que cette société réserve aux hommes qui la composent. C'est l'état du droit qui traduit le mieux l'état d'une société.

Or, il existe dans les sociétés contemporaines un élément fondamental pour la définition de l'état du droit : c'est le temps. Cet élément est tellement présent, en matière pénale notamment, qu'on n'en parle même plus : je veux dire que les théoriciens du droit ne se donnent même pas la peine d'ériger le temps au rang des éléments constitutifs de l'infraction, alors que l'influence du temps sur l'infraction est primordiale.

Classiquement, ne dit-on pas que l'infraction se compose d'un élément légal (il n'existe ni crime, ni peine, sans texte), d'un élément matériel (seule l'action matérialisée est punissable, non la simple intention), d'un élément moral (seule est punissable l'action librement exercée, délibérément voulue) ? Il faudrait ajouter à cela, et ce serait peut-être le *primus inter pares*, un élément temporel (seul est punissable l'acte commis dans un certain laps de temps), mais à vrai dire, considéré de la sorte, le temps ne serait qu'une composante de l'élément légal ; or, il apparaît bien plus que cela et diffuse son influence plus largement dans le droit. C'est sans doute parce qu'il

* Texte tiré d'une conférence donnée le 2 novembre 1989 à l'Université française du Pacifique dans le cadre d'un colloque international intitulé *L'Homme et le Temps — Man and Time*.

** La présente étude est le fruit d'examens de documents épars archivés au parquet général de Nouméa et des réflexions qu'ils ont suscitées. Le thème de recherche n'ayant, à notre connaissance, jamais fait l'objet d'investigations spécifiques jusqu'à ce jour, il ne nous est pas possible de dresser une bibliographie exhaustive sur laquelle elle se serait fondée. Il nous apparaît toutefois utile de citer, parmi les ouvrages de référence classiques que d'éminents ethnologues ont consacrés à l'étude de la société mélanésienne les titres suivants : Eric Rau, *Institutions et coutumes canaques*, 1942 ; Jean Guiart, *Organisation sociale et coutumière de la population autochtone en Nouvelle-Calédonie* ; François Doumenge, *L'homme dans la Pacifique-Sud* ; Maurice Leenhart, *Gens de la Grande Terre*.

Il convient d'ajouter à cela les ouvrages consacrés au droit pénal et à la procédure pénale (MM. Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, Précis Dalloz et MM. Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Ed. Cujas).

Il nous plaît enfin de souligner tout particulièrement la contribution personnelle qu'ont bien voulu nous apporter, au cours d'une série d'entretiens, Mme Jacqueline Kare, employée au Vice-rectorat de Nouméa (Centre territorial de recherche pédagogique), ainsi que MM. Fote Trolue, juge au tribunal de Nouméa et Wapuc Waibengo, agent de probation.

Qu'ils trouvent ici la marque de notre reconnaissance.

échappe aux divisions classiques ou déborde sur elles, que les auteurs ont finalement renoncé à le « classer »...

La loi, quant à elle, ignore ce scrupule de rhétoricien et ménage au temps une place de premier rang. En vérité, le temps fait l'objet des plus grands soins, si soigneusement délimité que la loi elle-même s'en trouve, parfois, défigurée.

Mais si la recherche du temps dans notre droit pénal (qui n'est jamais temps perdu !) amène à des constats édifiants sur le mode de fonctionnement de notre société, cette recherche prend une toute autre dimension dès lors qu'on la rapproche à titre comparatif de la manière dont le temps est appréhendé en milieu mélanésien.

Ce « milieu » constitue en Nouvelle-Calédonie une micro-société (composée très exactement de 73 598 personnes sur une population totale de 164 173 habitants selon dernier recensement publié le 4 avril 1989), micro-société relativement protégée par ce que l'on appelle la « coutume ». Et il n'est pas sans intérêt de relever que si cette protection est théoriquement forte en matière civile (où les citoyens d'origine mélanésienne bénéficient d'un statut particulier) et inexistante en matière pénale (où l'autorité de l'Etat est censée s'exercer indistinctement sur tout résidant en Nouvelle-Calédonie), la pratique coutumière tend à étendre cette protection jusque dans le domaine pénal.

Une étude — même approximative — de cette pratique, où l'Etat n'a pas toujours le dernier mot, et de ses principales caractéristiques nous permettra cet essai comparatif avec le droit établi.

Il est vrai que tenter une telle comparaison entre deux systèmes aux supports totalement étrangers l'un à l'autre — l'un bénéficiant de la double onction de l'écrit et de la souveraineté de l'Etat — l'autre ne justifiant son existence que par survivance de coutumes ancestrales non codifiées et littéralement (!) transmises par « oui-dire » — peut apparaître hasardeux.

L'essai mérite cependant d'être fait nous semble-t-il, avec toutes les réserves d'usage liées à la variabilité de la coutume, et procure d'ailleurs quelques surprises de taille pour celui qui s'interroge sur ce qui fonde la société française « à l'occidentale » et ce qui fonde, en la distinguant, la société mélanésienne de Nouvelle-Calédonie.

Par seul souci d'abréviation sommaire, nous parlerons de « justice coutumière » par opposition à la justice étatique, encore que la première soit sujette à controverses¹ et chercherons à déterminer l'incidence du temps dans l'un et l'autre de ces systèmes de

1. Pour tracer en quelques mots le portrait de la « justice coutumière » et de l'organisation que suppose l'expression, nous dirons qu'elle s'exerce :

— au niveau de la tribu, groupe social de base de la société mélanésienne d'aujourd'hui, à travers le « Conseil des Anciens » représentatif des divers clans qui la composent, réuni autour d'un « petit chef » dont le rôle est de veiller à l'exécution de la sanction prononcée. Il existe en Nouvelle-Calédonie 333 tribus ;

— au niveau du district, qui recouvre plusieurs tribus, à travers le « Conseil de District » réuni autour d'un « grand chef ». Ce conseil remplit occasionnellement une fonction d'appel des décisions du Conseil des Anciens, mais son intervention se justifie le plus souvent par l'existence d'un conflit intertribal. Le territoire est divisé en 42 districts. Il est important de préciser que l'institution des petits chefs et des grands chefs est source de polémiques et luttes d'influences dans la mesure où, depuis la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France, certains d'entre eux sont directement désignés par l'Administration à cette fonction.

Il convient, par ailleurs, de ne pas confondre cette organisation avec le découpage du territoire en 8 grandes « aires coutumières » tel que, s'inspirant sur ce point du Statut Lemoine (loi du 6 sept. 1984) puis du Statut Pons (loi du 22 janv. 1988), l'a prévu le Statut Rocard (loi du 9 nov. 1988), aires d'où est issu le « Conseil coutumier consultatif » dont la compétence reste vague (émettre des « avis » sur les projets ou propositions de délibération des provinces) (cf. art. 60 à 62 du Statut), mais en tout cas étrangère à toute intervention dans le fonctionnement de la justice, qu'elle soit d'Etat ou coutumière. Et rappelons, pour mieux situer le débat, que cette dernière est seulement tolérée dans le domaine pénal. Son influence quotidienne n'en est pas moins réelle, et sans doute plus particulièrement dans les Iles Loyauté (Lifou, Maré, Ouvéa, Tiga) désormais constituées en Province...

droit, sans qu'il soit question de dresser une véritable typologie des sanctions coutumières, à laquelle il conviendrait de consacrer une étude spécifique².

C'est aux deux sources métaphysiques du temps, que sont *l'instant* et la *durée* que nous puiserons les éléments essentiels de notre réflexion.

I. — LE TEMPS PRIS DANS SA FIXITE

L'infraction n'existe qu'au moment où elle se commet : c'est là un truisme qui masque en réalité bien des difficultés. Car d'une part, la détermination de ce moment n'est pas aussi simple qu'il y paraît de prime abord, et d'autre part, cette détermination emporte des conséquences extraordinaires.

La détermination du moment est capitale dans notre droit individualiste puisque seule elle permet d'« identifier » avec certitude le fait poursuivi, (ouvrant ainsi possibilité à son auteur présumé de s'en défendre), puisque seule encore elle permet de vérifier si le fait poursuivi n'est pas atteint de prescription, puisque seule enfin elle permet d'apprécier la gravité relative du fait, soit qu'elle place son auteur en état de récidive, soit que le moment même de l'infraction lui confère un caractère aggravant (délit de vol ou de chasse prohibée commis de nuit, par exemple).

Bornons-nous ici à ce simple énoncé pour dire que cette prise en compte du temps échappe à notre connaissance, pour la plus large part, à la justice coutumière, encore que la coutume se révèle sensible au temps astronomique et montre défiance ou hostilité à l'égard de toute manifestation nocturne (un « code des tribus » daté du 9 février 1854, ne réprime-t-il pas spécialement la « danse nocturne » d'une peine de « 1 à 3 jours » ? — d'emprisonnement sous-entendu — en un lapidaire article 13.

Et contentons-nous d'esquisser la difficulté majeure de la *détermination du moment*, dès lors que l'on se trouve en présence d'infractions dont les éléments constitutifs peuvent s'étaler dans le temps, telle l'escroquerie, ou dont la révélation varie en fonction de la connaissance que peut en avoir eu la victime (comme en matière d'abus de confiance, abus de biens sociaux.). Ces divers aspects d'un droit hautement technique échappent évidemment au champ d'investigation de la justice coutumière — pour en venir à ce qui nous semble le plus révélateur de vraies discordances entre les deux systèmes de droit en présence. Trois points méritent de retenir plus spécialement l'attention.

La détermination du moment où se commet l'infraction emporte, en effet, d'extraordinaires conséquences quant à son auteur (A), à sa victime (B) et à la loi applicable (C).

A. — Du rapport entre le moment de l'infraction et son auteur

L'équation « temps de l'infraction — âge de son auteur » est, dans notre droit, un préalable à la poursuite puisque c'est l'âge de l'auteur au moment de l'acte considéré qui va déterminer le mode d'action et la nature des sanctions qui lui seront applicables.

Ainsi, tel enfant « coupable » d'un acte ordinairement répréhensible échappera par principe à toute condamnation pénale s'il se trouvait âgé de moins de 13 ans au moment des faits (art. 66 c. pén. et art. 2 *a contrario* de l'ordonnance du 2 févr. 1945), tandis que l'enfant âgé de 13 à 18 ans relèvera d'une juridiction pénale spécialisée (juge ou tribunal pour enfant — cour d'assises des mineurs pour le criminel âgé de 16

2. Contentons-nous ici d'affirmer que les sanctions coutumières les plus usuelles sont, par ordre de fréquence décroissant : la bastonnade, le travail dit d'utilité collective, la destruction des biens du coupable, le bannissement de la tribu (un cumul de ces différentes sanctions n'étant pas à exclure).

à 18 ans), et que des sanctions spécifiques pourront lui être appliquées (admonestation, remise à parents ou un tiers gardien, liberté surveillée) avec bénéfice de l'excuse de minorité, si la sanction d'emprisonnement est retenue, (bénéfice acquis de plein droit s'il est âgé de moins de 16 ans) de sorte que l'échelle des peines applicables s'en trouvera réduite avant même que le juge n'ait à se poser la question de circonstances atténuantes (art. 66-67 c. pén.) : tout se passe comme si, théoriquement du moins, le mineur pénal recevait alors la double faveur de circonstances atténuantes successives, les unes de droit, les autres au gré de l'appréciation du juge. L'entier système étant suspendu à l'âge réel de l'individu tel qu'il résulte de la seule lecture de son état civil. On peut être majeur ou mineur à un jour près, mais là est toute la différence !

D'où, cette première et impérieuse nécessité de viser aussi précisément que possible, dans l'acte de poursuite, la date de l'infraction commise ou supposée et de rapprocher cette date de l'âge de son auteur à ce moment précis.

Un tel système, parfaitement abstrait et apparemment sans faille, conduit à quelque étrange singularité : on sait que le majeur poursuivi pour des faits commis lorsqu'il était mineur sera puni en considération d'un état de minorité pourtant révolu. (Le système confine à l'absurde si l'on se réfère aux pénalités spécifiquement réservées aux mineurs...).

Et la singularité s'amplifie dans l'hypothèse où le même individu s'est livré à une série d'infractions dont certaines commises alors qu'il était mineur, d'autres après qu'il fut devenu majeur : théoriquement, l'individu en question devrait faire l'objet de poursuites distinctes puisqu'il relève — même si les faits sont rigoureusement de même nature — de deux régimes de droit différents. En pratique, la poursuite s'exercera le plus souvent en fonction de la gravité respective des infractions commises, mais s'il y a nécessité de double poursuite (présence de victimes demandant à être indemniées — infractions sans lien entre elles ou de nature différente...), se posera alors la question du non-cumul des peines, principe intangible (art. 5 c. pén.), qui suppose, pour être bien résolue, que l'on se trouve en présence de peines de même nature (dans le cas sus-évoqué, le risque de « peines compatibles » entre elles est réel, bien que sans véritable incidence pratique).

Le système coutumier ignore ce découpage rigide du temps : autant qu'il est permis de le connaître, il réalise en revanche une très intéressante synthèse entre statut civil et statut pénal de l'individu ; il n'existe — en effet — aucune frontière temporelle pré-déterminée entre l'état de « minorité » et celui de « majorité » mais une frontière sociale éminemment variable : en principe, la « minorité » (au sens tribal du terme, c'est-à-dire l'état de « non adulte ») s'arrête au mariage ; l'évolution des moeurs permet de considérer aujourd'hui qu'elle s'arrête aussi au simple concubinage, tout au moins s'il est accepté par la tribu. Car c'est avec l'accession à l'état de vie maritale que l'individu franchit un seuil social très important dans le monde coutumier : d'enfant il devient homme (« *do kamo* » dans le langage de la Grande Terre, « *nyipiatr* » dans celui des Iles Loyauté, terme dont la traduction littérale s'apparente à : « celui qui est digne de considération », ou plus simplement « notable »).

Quant au célibataire endurci, il faut sans doute admettre qu'il devient majeur sans le savoir... à l'âge de procréer, ou plus subtilement en faisant la preuve de son aptitude à procréer. Si, de ce point de vue, l'homme peut bénéficier « du doute », la femme en revanche vit sous le regard inquisiteur et intéressé de la tribu : stérile, elle sera considérée comme un être « à part », un peu comme une « mère de substitution » à qui l'on confiera la garde de jeunes enfants par exemple ou la charge de tâches d'intérêt commun.

Ainsi, le système coutumier se préoccupe-t-il avant tout de « l'état social » de l'individu, voire de son état biologique. C'est cet état qui le fait accéder à la reconnaissance d'une pleine capacité.

Et tout à fait logiquement, à l'inverse si l'on peut dire, le « majeur » atteint d'incapacité physique ou mentale va perdre ses droits et devoirs d'adulte sur décision d'un conseil de famille spécial : il revient alors, à son insu (?) à l'état de minorité et sera traité comme un enfant. A ce titre il sera représenté par un gardien désigné à cet effet dans les décisions qui ponctuent la vie de la tribu. (Avec ce grave inconvénient que cet état d'incapacité, connu du seul monde coutumier, échappe en principe au monde extérieur à la tribu de sorte qu'il n'est pas impensable de voir ce majeur pourtant incapable participer directement à des actes juridiques relevant du droit commun).

L'incidence de l'état d'*infans* ou de celui d'adulte au plan de la sanction coutumière reste, il est vrai, mal définie... Certes, l'enfant sera-t-il moins sévèrement puni, mais il s'expose à l'être plus souvent (le simple fait de désobéissance, caractéristique de son état de dépendance, pouvant donner lieu à sanction, soit directement infligée par son tuteur naturel, qui n'est autre que l'oncle maternel — signe d'une société à prépondérance matrilinéaire — soit, si la faute est moins vénielle, par ordre du conseil des anciens).

Appréciation qu'il convient aussitôt de replacer dans le contexte tribal où la faute d'un jeune qui a pu troubler « l'ordre public » de la tribu peut rejaillir sur tous les autres jeunes de cette même tribu au moyen d'une sanction collective³.

De même, convient-il de souligner l'importance de l'appartenance de l'individu fautive à tel groupe social déterminé : fils de chef ou d'ancien, il bénéficiera à ce titre d'une sorte d'immunité préalable liée au souci de ne pas entamer l'autorité de la « chefferie ». Mais qu'il prenne garde : s'il persistait dans son comportement blâmable, il pourrait bien être alors « entouré » (aux sens propre et figuré) par certains membres de la tribu et cette sollicitude n'aurait rien de charitable puisqu'elle pourrait simplement cacher le véritable but recherché, celui de laisser mourir le coupable (ou fauteur de trouble) par empoisonnement, par exemple...

Bien que la question plus générale de l'incidence du sexe du coupable sur la sanction infligée soit marginale à notre propos, disons que si certaines pratiques coutumières font apparaître une plus grande indulgence à l'égard des filles, un palabre réunissant grand chef et petits chefs de l'Île des Pins en 1986 proclame qu'« il n'y aura pas de distinction dans l'application des peines à l'égard des filles et des garçons » ; on peut toutefois s'interroger sur le point de savoir si cette proclamation constitue un simple rappel du principe ou l'affirmation d'une volonté nouvelle. Nous penchons pour cette seconde hypothèse. Il est connu qu'en matière d'adultère, par exemple — toujours punissable au regard de la « loi mélanésienne » — l'homme coupable est plus sévèrement sanctionné que sa complice : tandis qu'il encourt la castration, elle ne s'expose qu'au seul bannissement de la tribu, peine où elle entraîne d'ailleurs son légitime époux (coupable sans doute de « négligence au foyer » : curieux emprunt de criminalité !...). On voit bien ici que la relative indulgence dont bénéficie la femme ne s'explique que par son état supposé de plus grande faiblesse ou vulnérabilité.

Nous voici en vérité bien loin de notre conception individualiste et émancipatrice du droit telle qu'elle a été éclairée par la pensée philosophique du siècle des Lumières.

On peut en tout cas s'étonner que notre droit refuse d'effectuer cette synthèse entre statut civil et statut pénal de l'individu en continuant de considérer un jeune père de

3. On cite l'exemple récent suivant : une jeune femme originaire de Lifou (district de Lössli) et installée depuis quelques années à Nouméa revient dans sa tribu prendre quelques jours de repos. Or, un vol venait d'y être commis par une autre jeune femme. Sur ordre du grand chef (ou du conseil de district), toutes les jeunes femmes de la tribu furent flagellées, y compris l'infortunée transfuge qui revint à Nouméa porteuse des marques cuisantes de l'infamie, et jura — mais un peu tard — qu'on ne l'y prendrait plus !

famille marié comme un mineur à capacité réduite au plan pénal (qui pourra donc être, comme tout autre mineur, admonesté par le juge des enfants, et pourquoi pas, remis à ses parents !), et à traiter à l'inverse, le majeur, fût-il déclaré civilement incapable, comme tout autre majeur du point de vue pénal (au moins théoriquement).

B. — *Du rapport entre le moment de l'infraction et la victime*

L'équation « temps de l'infraction — âge de la victime » emporte elle aussi d'importantes conséquences dans notre droit.

Certains types d'infraction n'existent, on le sait, qu'en raison même de l'âge de la victime : ainsi des « mauvais traitements et sévices » qui sont une forme de violence dont seuls les mineurs de moins de 15 ans peuvent être victimes et dont les auteurs encourrent des sanctions spécifiques (art. 312 c. pén.). Au-delà de cet âge, c'est le droit commun des violences volontaires qui trouve à s'appliquer.

Dans cet ordre d'idées, la privation volontaire d'aliments à une personne majeure, même handicapée, n'exposera son auteur qu'au délit d'omission de porter secours (5 ans de prison maximum), que l'auteur du fait soit ou non un parent de la victime et que celle-ci vienne à décéder de malnutrition (alors que le même fait commis sur un mineur de moins de 15 ans expose son auteur à la réclusion perpétuelle).

De même, en matière d'*attentats aux moeurs*, l'enfant « consentant » n'est-il considéré victime qu'autant qu'il est âgé de moins de 15 ans. Au delà, il devient co-participant à moins que l'auteur principal ne soit un ascendant ou une personne ayant autorité, cas où l'attentat sur mineur de 18 ans demeure punissable, à moins que ledit mineur ne se trouve émancipé par mariage, la pleine capacité civile de la victime agissant cette fois, curieusement, pour effacer le caractère répréhensible du fait commis par un tiers majeur ! (art. 331 et 331-1 c. pén.).

Plus curieusement encore, le crime d'*infanticide* ne vise que l'action homicide commise sur un enfant né vivant et non encore déclaré à l'état civil. Ainsi, c'est l'existence légale de l'enfant — fût-il âgé de 2 jours — qui va le plonger d'un seul coup dans le monde des adultes ! Cette singularité de notre droit n'est, il est vrai, destinée qu'à atténuer la responsabilité de la mère coupable ou complice du meurtre de son enfant nouveau-né : elle n'encourt alors que 20 ans de réclusion criminelle ! Véritable « excuse atténuante de maternité » qui ne peut profiter à d'éventuels complices... (art. 300 à 302 al. 2 c. pén.).

Citons encore les infractions d'excitation de mineurs à la débauche, détournement de mineurs, abus des besoins d'un mineur, suppression ou substitution d'enfant... qui n'existent, elles aussi, qu'en raison de l'âge de la victime.

Il conviendrait de faire ici une place particulière à l'*avortement* illégal (lié à « l'âge du fœtus » cf. art. L. 162-1 c. santé publ.) pour constater que le monde coutumier admet indifféremment les pratiques abortives, et ce quelle que soit l'ancienneté de la grossesse.

Plus généralement le système coutumier ignore totalement les distinctions qui viennent d'être décrites ; il semble tout au contraire bien plus attentif à protéger la victime en raison de son état avéré de faiblesse. La sanction appliquée à l'auteur sera tout simplement d'autant plus forte que la victime était faible...

Appréciation qu'il faut, là encore, tout aussitôt compléter par la considération de l'appartenance de la victime à telle ou telle « catégorie sociale » : plus elle est haut placée dans la hiérarchie tribale — fils de petit-chef, d'ancien... — plus l'auteur sera sévèrement puni. S'agit-il encore d'une victime particulièrement exposée en raison de son sexe ou de son état de faiblesse présumée, la réaction coutumière sera là aussi d'autant plus vive : on cite l'exemple tout récent d'un jeune homme qui, en état d'ébriété, s'était introduit dans la case où dormait une fillette et lui avait relevé sa

chemise dans l'intention manifeste d'attenter à sa pudeur. Surpris, il s'enfuit avant même réalisation de son noir dessein, mais, poursuivi puis rattrapé par le père de la « victime », il fut bastonné à mort. Très vite, un « pardon coutumier » fut accordé au père offensé devenu meurtrier par la famille de l'offenseur devenu victime⁴.

Il est intéressant de constater qu'à l'instar de la coutume notre droit accorde depuis peu une considération croissante à l'état de faiblesse ou de vulnérabilité de la victime.

Si la vieille loi de 1898, qui sanctionne l'abandon d'enfant ou « *d'incapable hors de se protéger* » (art. 349 et s. c. pén.), apparaît quelque peu solitaire à cet égard, nous noterons qu'elle s'est vue récemment et successivement « réconfortée » par une loi du 23 décembre 1980 venue aggraver les pénalités encourues en matière de viol ou d'attentat à la pudeur avec violences commis, soit sur mineur de 15 ans, soit sur une « *personne particulièrement vulnérable* »... (art. 332 et 333 c. pén.), puis par la loi du 2 février 1981, dite « *Loi sécurité et liberté* », laquelle aggrave les pénalités encourues en cas de violences volontaires commises sur toute *personne hors d'état de se protéger elle-même*...⁵.

Mais il a fallu pour cela des textes spéciaux (principe de légalité) et pour le reste c'est à la conscience du juge qu'est laissée l'appréciation de la sanction.

Quant à la justice coutumière, elle s'exerce hors des limites d'un texte, mais conformément à l'avis des anciens, issu d'usages hautement adaptables aux circonstances objectives tenant au fait, et subjectives tenant à ses participants (ou plus exactement à leurs « qualités » respectives), « mode » de fonctionnement qui fait irrésistiblement penser au mode d'une justice à l'anglaise, plus prompte en effet à juger le fait en fonction de son contexte qu'en raison d'une règle pré-établie...

C. — *Du rapport entre le moment de l'infraction et la loi applicable*

La logique eut commandé de commencer par là puisque, aussi bien, les quelques principes énoncés plus haut tirent leur première justification de la loi elle-même.

Or, souvent, loi varie dans le temps. D'où encore cette nécessité impérieuse de la détermination du moment de l'infraction, qui va servir de point de repère ou de référence à la détermination de la loi applicable au fait.

Inspiré par les philosophes et légalistes du XVIII^e siècle, tel Cesare Beccaria (et son fameux traité *Des délits et des peines* de 1764), animés du souci de lutter contre l'arbitraire, notre droit s'interdit, en effet, de punir quiconque sur la base d'une loi qui ne fût point en application au moment de la commission du fait poursuivi. Ce principe de *légalité* se veut indissolublement lié à son subsidiaire, la *non-rétroactivité* de la loi répressive.

Or, le principe (apparemment fort simple), étant posé, on va immédiatement en entrevoir les difficultés d'application dès lors que s'écoule nécessairement un certain laps de temps entre le jour de l'infraction et le jour de son jugement. Avec tous les risques d'une variation de législation dans l'intervalle... Pour résoudre la difficulté, il importe de s'interroger d'abord sur la date d'entrée en vigueur de la loi répressive existant au moment du jugement.

Conscient du problème, le législateur prend désormais soin, tout au moins pour les lois estimées les plus importantes, d'annoncer dans le corps de la loi elle-même la

4. Le meurtrier doit comparaître en avril 1990 devant la cour d'assises de Nouméa et il sera très intéressant d'observer la position de la justice « régulière » face à cette situation coutumière... et singulière ! *NDLA* : tenant largement compte du pardon coutumier intervenu, la Cour a condamné l'accusé à ... 5 ans de réclusion criminelle du chef de « coups mortels ».

5. Actuellement, le gouvernement élabore un projet de loi tendant à étendre la répression des agissements discriminatoires (cf. art. 416 et 416-1 c. pén.) aux cas où des handicapés, ou malades estimés incurables, en seraient les victimes...

date future de son entrée en vigueur (« *lex moneat priusquam feriat* », la loi prévient avant de frapper !).

Toute autre loi « non fléchée » de la sorte n'entre en vigueur à Paris qu'un jour franc après sa publication au *Journal officiel*, et dans les autres villes de métropole un jour franc après arrivée du même *Journal officiel* aux divers chefs-lieux d'arrondissement (sièges des sous-préfectures).

Ainsi, une même loi ne sera-t-elle pas applicable en même temps à tous les citoyens vivant en métropole.

Et ce hiatus, tout de même extravagant à l'ère de l'hypercommunication, s'accroît encore si l'on considère la situation en Nouvelle-Calédonie où la loi publiée en métropole ne devient exécutoire — à condition qu'elle se proclame elle-même applicable au Territoire — qu'un jour franc après sa publication ou simple promulgation au *Journal officiel* local... ou deux jours francs après l'arrivée de ce journal aux chefs-lieux des subdivisions.

A moins que, s'agissant d'une loi dite « de souveraineté », elle ne soit elle-même considérée comme applicable de plein droit, auquel cas c'est le jour d'arrivée du *Journal officiel* de la République française au Haut-Commissariat qui compte... (Cf. *Droit d'Outre-Mer et de la coopération*, François Luchaire, Coll. Thémis)⁶.

A titre d'exemple de ce regrettable hiatus, signalons que la récente loi d'amnistie du 10 janvier 1990 pourtant spécialement destinée à la Nouvelle-Calédonie et parue au *Journal officiel* de la République française du 12 janvier n'est entrée en vigueur que le 2 février 1990, soit le lendemain de la *parution* effective du *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie daté du 23 janvier 1990 !⁷

On le voit, l'application de la loi se fait donc « en cascade »... à la plus grande perplexité, parfois, du juge chargé de l'appliquer ! Est-il besoin de dire que le système coutumier (qui ne dispose par de journal officiel) se passe volontiers de telles « chicanes » ?

Pour autant, la question de l'applicabilité de la loi au fait considéré n'est-elle pas épuisée puisqu'une jurisprudence très solide introduit cette exquise subtilité consistant à limiter le principe de non-rétroactivité à la seule *loi de fond* (qui vise les incriminations ou pénalités nouvelles) mais à la condition qu'elle soit moins douce que l'ancienne (la rétroactivité *in mitius* n'est-elle pas l'une des plus belles pages du bréviaire de l'étudiant en droit, avec celle, tout aussitôt, de l'apprentissage de l'exception à l'exception de rétroactivité de la loi dite plus douce dès lors qu'il s'agit d'une loi d'ordre économique... !?), écartant en revanche ce principe à l'égard de la *loi de forme* (celle qui touche à la procédure ou aux règles de prescription) dont l'application doit être, dit-elle, immédiate (et donc rétroactive à l'égard des faits antérieurs non encore jugés).

Or, la distinction loi de fond — loi de forme suscite bien des controverses et l'on mesure l'étendue de la réflexion (il faudrait dire, pour le magistrat, l'abîme de la réflexion) dès lors qu'une même loi comporte à la fois des dispositions de pure forme et des dispositions de fond : son application se fera alors en cascade et par saccades !

Et il serait bien imprudent de considérer la loi dite de forme, comme parfaitement dérisoire au plan de la liberté individuelle, vrai mobile du principe de légalité : il y aurait sans doute excès à prétendre que si la loi du 26 décembre 1964 portant

6. Le seul ennui est qu'il n'existe aucune définition « légale » de cette catégorie de lois dites « de souveraineté » et que, dans l'incertitude et le silence de la loi sur son applicabilité dans les TOM, elle est plutôt considérée par principe inapplicable !

7. Pour être complet (?), il faudrait cependant signaler l'existence d'un décret du 28 novembre 1866 — dont l'applicabilité présente n'est peut-être pas indiscutable — qui permet au Chef du Territoire, en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles, de faire publier un texte par « tous moyens », notamment par « affiches ou son de trompes » (Heureuse symbiose avec la réalité du monde coutumier ?)... !

imprescriptibilité des crimes contre l'humanité a été estimée immédiatement (et donc rétroactivement) applicable c'est, au moins au regard de la théorie juridique et toute autre considération de morale universelle mise à part, parce que touchant d'abord à une règle de prescription il convenait de la considérer avant tout comme simple loi de forme... Pour incongrue soit-elle, cette prétention aurait en tout cas le mérite de sauver la grande théorie dichotomique appliquée... à l'application des lois... mais l'inconvénient de faire du bastion de la non-rétroactivité de la loi pénale la Ligne Maginot de notre droit !

Loin de toutes ces clameurs, la justice coutumière se satisfait d'appliquer aux faits qu'elle estime répréhensibles les sanctions qu'elle estime fondées... les unes (sanctions) et les autres (faits) étant forgés au feu de l'usage ancestral. (Ce qui présente l'incontestable avantage de sauvegarder tous les principes... !).

Le contact avec la civilisation « blanche » n'est pourtant pas sans incidence. Ainsi, l'introduction débridée de l'alcool dans les tribus — à l'origine de bien des drames — pousse depuis peu les « coutumiers » à exiger un double contrôle de circulation et consommation de ce breuvage maléfique et à édicter des sanctions spéciales à l'égard de ceux qui violent la nouvelle règle édictée... On doit ici citer en exemple la décision du grand chef Naisseline d'instituer dans son district de Guana (Maré) une police coutumière chargée de veiller au respect de l'interdiction de la vente d'alcool dans tout le district, après une affaire d'homicide provoqué par abus d'alcool il y a quelques années (la décision coutumière du grand chef insistant sur l'interdiction pour l'avenir : « dorénavant »...⁸. Il est, du reste, singulier de noter que si le « code de 1854 » reste muet sur ce point — et pour cause —⁹ le palabre des tribus de l'Île des Pins en date du 2 juin 1986 (concomitant de la décision du grand chef de Maré) fustige les débordements d'alcool de la façon suivante : 2 jours de travail à l'encontre de l'individu trouvé en état d'ivresse publique — destruction du véhicule ou démolition du débit de boissons ayant permis le trafic d'alcool, cette dernière disposition coutumière ayant, on le voit, portée bien plus radicale que les seuls textes répressifs officiels...

Faut-il voir dans cette prise de position (ou de conscience), engendrée par de nouvelles circonstances, l'amorce d'une « temporalisation » de l'infraction ?

Quoi qu'il en soit, la justice coutumière reste singulièrement éloignée des préoccupations de la justice étatique sur ce plan... Tout aussi éloignée, sans doute, si l'on se place dans une seconde perspective du temps...

II. — LE TEMPS CONSIDÉRÉ DANS SA DURÉE

Quatre axes de recherche peuvent être ici dégagés : l'un orienté vers le temps de la peine (A), un autre vers le temps du rachat (B), un troisième vers celui du pardon (C), le dernier enfin vers le temps de l'oubli (D).

8. On peut regretter que l'utilisation de ce terme, rapportée par témoignage, ne puisse être autrement certifiée, s'agissant d'une décision coutumière et donc par essence orale. Nos recherches ne nous ont pas permis de retrouver trace écrite de cette décision.

9. Rappelons à toutes fins que l'acte de « prise de possession » de la Nouvelle-Calédonie par la France ne remonte qu'au 24 septembre 1853 !

A. — *Le temps de la peine*

Nulle peine sans texte, rappelle le théoricien des temps modernes. C'est là, en tout cas en droit français, un principe plus solide que la Ligne Maginot !

Et d'observer, en effet, que chaque texte d'incrimination s'accompagne d'un ensemble de pénalités soigneusement délimitées, la plus courante d'entre elles, quels que soient par ailleurs les efforts entrepris pour en limiter l'usage, consistant en une *durée d'emprisonnement* le plus souvent comprise entre un minimum et un maximum.

Ainsi, la loi laisse-t-elle au juge le soin, à l'intérieur de ces limites, de faire la place qu'il estime aux circonstances particulières de l'espèce et à la personnalité de l'auteur.

Et nous savons que la loi ajoute à cette forte liberté du juge le pouvoir de punir même au-dessous du minimum prévu (par le jeu des circonstances atténuantes), voire au dessus du maximum en cas de *récidive*. (Mais ici, mieux vaudrait dire que c'est l'état de récidive lui-même qui agit sur le maximum de la peine encourue et cette nouvelle limite maximum tirée de la récidive devient, elle, infranchissable).

La technique de la récidive est l'une des plus complexes de notre droit. Sans entrer dans son mécanisme, il suffit d'observer qu'elle se fonde, elle aussi, très largement sur la notion de temps.

Exception faite de la récidive « de crime à crime » (le maximum d'une peine criminelle encourue est automatiquement aggravé dès lors que le coupable avait déjà été condamné à une peine criminelle avant de commettre un second crime : peu importe alors le temps qui sépare les deux crimes), les autres formes de récidive supposent qu'une première condamnation devenue définitive a été prononcée dans les cinq ans qui précèdent la commission d'une nouvelle infraction. Ainsi, le plus souvent, la notion même de récidive est-elle sujette au temps qui en sépare les deux termes (cf. art. 56 à 58 c. pén.).

Un tel souci du temps écoulé tourne à l'obsession si l'on se réfère cette fois à la technique particulière du *sursis* (autre bête noire du pénaliste).

La loi autorise, en effet, le juge à assortir la peine de prison qu'il prononce du bénéfice du sursis : mais d'une part, ce bénéfice n'est admis, en ce qui concerne le sursis simple tout au moins (c'est-à-dire non assorti d'obligations particulières), qu'en l'absence de condamnation dépassant deux mois de prison ferme prononcée dans les cinq ans qui précèdent le fait nouveau (théorie générale) ; d'autre part, ce sursis a pour effet, s'il s'accomplit sans incident pendant un délai de cinq ans, de dispenser définitivement le condamné d'exécuter sa peine au terme de ce délai (on dit alors la condamnation « non avenue ») (cf. art. 734-1 et 735 c. pr. pén.).

En revanche, si le condamné sursitaire commet une nouvelle infraction dans ce délai de cinq ans, il devra en principe exécuter successivement deux peines : la première dont le sursis a été révoqué, puis la seconde qui a révoqué le sursis, chronologie formelle qui peut prêter à critique et être source de quelques difficultés dans le suivi de l'exécution des peines.

Que dire de la théorie générale du sursis probatoire qui, si elle se débarrasse « en amont » de l'obstacle temporel — le prononcé d'une peine d'emprisonnement assortie de cette sorte de sursis restant toujours possible quels que soient les antécédents du condamné (cf. art. 738 al. 1 et 734-1 *a contrario* c. pr. pén.) — s'enchaîne « en aval » au boulet du temps en imposant au tribunal de fixer le délai d'épreuve du condamné à une durée « qui ne peut être inférieure à 3 années ni supérieure à 5 années » (cf. art. 738 al. 2 c. pr. pén.). Si la limite maximum se comprend aisément, quel justificatif donner à ce délai minimum d'épreuve que seule une décision spéciale du tribunal peut ramener à deux ans (cf. art. 743 al. 2 c. pr. pén.) ?

Cette règle contribue, sans évidente nécessité, à alourdir inutilement la gestion d'un service très spécial d'exécution des peines, quand bien souvent le condamné serait en

mesure de se libérer de ses obligations avant l'heure¹⁰... D'où, sans doute, certaine tendance des juridictions à se détourner de ce type de sanction au profit de systèmes plus rapides : ajournement du prononcé de la peine à date rapprochée (avec recommandation « de faire » à la clé, mais cette fois dans le délai maximum d'un an ! (cf. art. 469-3 al. 4 c. pr. pén.) ou encore, suprême raffinement : sursis probatoire assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général étalé sur une période maximum de 18 mois (art. 747-1 c. pr. pén.) ! On voit à quel point, le temps est ici littéralement « tronçonné » par la loi (ou l'inverse !).

Il ne faut pas s'étonner que la justice coutumière se tienne aussi éloignée que possible d'un tel système aux contours trop sinueux pour elle. Non pas qu'elle en ignore certains aspects, ne serait-ce qu'au niveau de l'appréciation d'une « récidive » *lato sensu*. Car la sanction doit, dit-on, « exorciser » la faute ! Et peut aller jusqu'au bannissement en cas de réitération (comment ne pas évoquer — en écho — notre vieille relégation ?). Mais une telle notion de récidive est ici détachée du temps et trouve, qui plus est, à s'appliquer même à des griefs imputables au clan ou à la famille dont est issu l'individu mis en cause : la faute devient proprement intemporelle et impersonnelle, seulement attachée au clan qui la porte et la transmet de génération en génération...

Au regard de ce double principe coutumier d'intemporalité et d'impersonnalité, on devine le début d'acculturation qui nourrit les deux essais très cursifs de codification de la loi pénale coutumière auxquels nous avons déjà fait allusion.

Ainsi, l'écrit de 1854, pompeusement baptisé « code des tribus » (un code pénal en 17 articles, la paradis retrouvé !) prévoit-il des peines d'emprisonnement à vie ou à temps et même des peines comprises entre un minimum et un maximum de temps ! (cf. Annexe).

Tout proche de nous, le palabre des tribus de l'Île des Pins de 1986 codifie la pratique coutumière en matière pénale en prévoyant l'application d'un certain nombre de « peines de jours de travail » aux infractions les plus courantes (prudemment, ces peines sont annoncées comme un « minimum », des « sanctions plus graves pouvant être appliquées en cas de nécessité »...).

L'observation est intéressante car on voit bien que la seconde codification est plus « authentique » que la première (résistance de la coutume à l'acculturation ?), dans la mesure où elle se garde d'énoncer des « peines-fourchettes » et se réfère non à la peine de prison (typiquement européenne) mais exclusivement à la « peine de travail », plus proche des moeurs mélanésiennes. Or, de telles peines — traditionnelles en milieu coutumier — ont toujours été liées à notre droit *au temps* (travaux forcés « à perpétuité » ou « à temps »).

Ainsi, la loi du 10 juin 1983 qui introduit la peine de « travail d'intérêt général » (non forcé !), en fait une peine « corsetée » par le temps : le prévenu, s'il y consent, peut être condamné au principal (mais à certaines conditions : ne pas avoir déjà été condamné à plus de 4 mois de prison ! (cf. art. 43-3-1 c. pén.), à une peine de travail comprise entre 40 et 240 heures, peine à exécuter dans le délai maximum de 18 mois... Pour échapper à cette exigence d'absence d'un tel antécédent, le juge n'aura d'autre recours que le prononcé d'une condamnation assortie du sursis probatoire...

10. Critique qui, il faut le dire, a perdu une part de sa valeur, depuis qu'une loi du 6 juillet 1989, entrée en vigueur le 1^{er} décembre, réduit les délais d'épreuve à 18 mois (minimum) et 3 ans (maximum) (cf. art. 738 al. 2, 742-1). Mais, d'une part il reste assez inexplicable de continuer d'imposer ce délai minimum de 18 mois alors que l'occasion était donnée d'aligner cette durée sur celle de l'ajournement par exemple (cf. art. 469-3 c. pr. pén.) puisque la plupart du temps ce dernier type de décision ne se justifie que par une « mise à l'épreuve » officieuse. En l'état actuel, une disposition spéciale du tribunal sera toujours nécessaire pour « abrégé » l'épreuve et la ramener à ce délai d'un an (art. 743 c. pr. pén.).

D'autre part (et surtout), cette loi modificative n'a pas été étendue à la Nouvelle-Calédonie qui reste donc régie, jusqu'à nouvel ordre, par « l'ancien système »... ! Déphasage que nous estimons en l'espèce totalement injustifié.

« avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général » (cf. *supra*), et nous atteignons sans doute ici l'une des plus délicieuses productions de nos techniciens du droit quand ils sont livrés à eux-mêmes, et pour qui jouer avec le temps procure, il faut croire, de doux instants !

Or, la justice coutumière a précédé à sa façon la réflexion de ces techniciens puisque cette peine, connue sous le vocable de « peine de travail d'utilité publique » (ou d'utilité collective), est pratiquée de longue date en tribu. A ceci près qu'il s'agit d'une peine conçue sur un mode tout différent, consistant non pas à imposer au condamné tant d'heures de travail sur telle période de temps, mais à lui assigner la réalisation d'une tâche précise : réparer la case du petit chef, la maison commune, tondre la pelouse de la tribu...

Peu importe alors le temps : le délai de réalisation est simplement soumis à la surveillance vigilante des anciens... et son résultat à leur appréciation souveraine. Ainsi et disons-le, non sans bonheur, la justice coutumière prend-elle très exactement le contrepied de la nôtre. A se demander si la démarche n'est pas — socialement en tout cas — bien plus efficace et... « pertinente » !

On mesure l'immense fossé qui sépare ici les deux mondes culturels. Il y aurait encore beaucoup à mettre dans ce fossé, ne serait-ce qu'en considérant notre système d'incrimination lié au résultat purement objectif de l'infraction, comme en matière de violences volontaires ou blessures involontaires où la durée de l'incapacité totale de travail subie par la victime détermine la gravité théorique de la sanction applicable à l'auteur, quand l'existence d'une incapacité permanente résiduelle, autre donnée « objective », mais liée cette fois au sujet et non au temps, — combien plus significative de la gravité des conséquences d'une infraction de cette nature — n'est prise en compte qu'au stade aggravant de l'infirmité (art. 310 c. pén.). Considération évidemment non exhaustive...

Il y a en tout cas fort à parier que pour un Mélanésien les termes du sursis, peine probatoire, récidive (*stricto sensu*), incapacité de travail, sont, dans le meilleur (?) des cas, compris comme la subtile expression de l'arbitraire du « juge blanc » et, plus généralement, totalement « incompris » (nous entendons par là, non intégrés au temps qui en constitue le support).

B. — *Le temps du rachat*

Ce temps-là est sans doute l'occasion de bien d'autres incompréhensions. La voie royale du rachat qu'est la réhabilitation — légale ou judiciaire — reste vraisemblablement inaccessible à la compréhension du monde coutumier en ce que le condamné qui a purgé sa peine n'y accède (lui !) qu'après un certain laps de temps, soigneusement défini par la loi et variant à la fois en fonction de la *nature* de la condamnation et de sa *durée*.

La lecture des textes applicables à la matière (art. 782 à 799 c. pr. pén.) est propre, du point de vue du temps en jeu, à donner le vertige...

Notre régime de libération conditionnelle, où la faculté d'appréciation du juge s'exerce toujours à l'intérieur de limites temporelles liées à la fois à la nature et à la durée de la peine initiale (art. 729 et s. c. pr. pén.), fournit un autre exemple significatif de cette distance qu'on perçoit (plus qu'il n'est possible de la définir) entre droit étatique et coutume.

Ainsi, le temps passé peut-il, en droit étatique, permettre au condamné de retrouver pour l'avenir sa pleine capacité de citoyen. Etrange monde venu d'ailleurs ! Non pas que la coutume soit ignorante de toute idée de rachat, mais cette idée s'appuie bien plus sur la notion de *pardon*, où le seul temps « mathématique » ne possède aucun pouvoir.

C. — *Le temps du pardon*

Pour demander pardon, les Grecs disaient « *amnestia* »... Notre droit contemporain accorde une place de plus en plus large à l'amnistie, c'est-à-dire au pardon (pas moins de 25 textes sous la V^e République lui ont été consacrés). On sait que l'amnistie n'efface pas le fait en lui-même (et le préjudice qu'il a pu occasionner reste réparable) mais lui ôte pour l'avenir son caractère punissable.

Nul n'ignore la double visée — sociale et politique — de ce pardon judiciaire. Mais, là encore, il est fort à craindre que des incompréhensions, liées au temps, demeurent : soit, en effet, l'amnistie efface pour l'avenir certains types d'infractions déjà commises mais non encore sanctionnées, soit elle anéantit des peines déjà prononcées mais n'excédant pas une certaine *durée*... Toujours, elle n'agit qu'à titre *rétroactif*, à l'égard de faits antérieurs à sa promulgation (ou à une date-symbole antérieure à la promulgation elle-même).

Ainsi, temps et amnistie se trouvent-ils, une fois de plus, étroitement associés dans notre droit. Et convient-il de préciser que, sauf cas limités — mais la limite tend à s'élargir ! — l'amnistie est à vocation « universelle » puisqu'elle s'adresse sans distinction à tous les citoyens placés en situation identique.

La justice coutumière connaît l'amnistie, au sens original du terme tout au moins. Nul observateur de cette justice et de ses rites n'ignore cette capacité exorbitante qui est la sienne à accorder « le pardon », connu sous le vocable de « pardon coutumier ». Mais celui-ci n'a que fort peu à voir avec notre amnistie.

Tout d'abord, le pardon s'exerce de clan à clan et n'a donc qu'une portée limitée et non pas générale : le clan du coupable se rapproche de celui de la victime pour obtenir son pardon, cadeaux à l'appui (à valeur souvent plus symbolique que réellement indemnitare). Et ensuite cette manière de rapprochement, qui emprunte ce que l'on appelle les « chemins coutumiers », auxquels l'Européen ne peut avoir accès et qui constituent en fait la procédure préalable impérative, échappe à notre entendement.

Seul point de comparaison avec notre amnistie : une fois le pardon accordé, la faute s'efface. Avec ce corollaire qui veut que toute intervention ultérieure de la justice d'Etat pour des faits ainsi « amnistiés » par la coutume risque d'être mal comprise ou en tout cas fort mal vécue même si c'est la victime elle-même qui réclame l'intervention de la justice officielle, puisque le clan (qui se substitue à l'individu) avait, lui, pardonné...¹¹

On ne peut s'empêcher de faire ici référence au mobile qui sous-tend la « vendetta »... et d'évoquer cette survivance, tenace en milieu mélanésien, d'une justice proprement clanique qui nous ramène plusieurs siècles en arrière.

Beaucoup rappellent à ce propos, et sans doute avec quelque raison, que l'un des motifs profonds du soulèvement des tribus de Canala en 1989 — en dehors du mot d'ordre politique dans lequel il s'est officiellement inscrit — tient au souci des tribus de cette région de la côte est de la Grande Terre de « racheter » la vieille alliance de leur chef de guerre Nondo avec les Européens, alliance (traduisez : trahison) qui conduisit à l'élimination, le 1^{er} septembre 1878, du chef Atal, chef des tribus de Sarramea et Dogny alors en révolte contre les Blancs¹². Et l'on sait qu'Eloi Machoro avait lui-même tenté, sans succès, d'obtenir ce pardon coutumier pour les « Canala » en 1982. Perpétuel retour d'une histoire en quête d'elle-même...

11. Etrange scène où l'on voit comparaître devant la cour d'assises la victime d'un viol commis en tribu qui persiste à réclamer réparation — sous l'oeil courroucé de son chef de clan — tout en se disant incapable de chiffrer le montant de cette réparation puisque le pardon coutumier est intervenu !

12. Les tribus de Canala, Sarramea et Dogny appartiennent toutes à la même aire coutumière, dite « Xaracuu ».

Enfin, et peut-être surtout, la référence au temps sur laquelle s'appuie toute loi « d'amnistie politique » risque bien d'être mal perçue : pourquoi les mêmes faits, commis pour des mobiles estimés nobles, seraient-ils pardonnables seulement jusqu'à une certaine date, et redeviendraient-ils punissables après cette date ? Et la punition infligée avant que n'intervienne la pardon ne risque-t-elle pas d'être elle-même ressentie comme une injustice, puisque le mobile sur lequel se fonde l'amnistie politique se situe précisément hors du temps ?

Force est toutefois de constater, et c'est un constat rassurant pour l'avenir, que dans sa très large majorité — tant européenne que mélanésienne — l'opinion calédonienne a favorablement accueilli les lois d'amnistie des 9 novembre 1988 et 10 janvier 1990, extraordinairement larges puisque allant jusqu'à couvrir les crimes de sang, ce que n'avait pas fait aussi complètement le législateur de 1985... Seule, finalement, la part réservée par ces deux lois à l'amnistie des infractions à caractère économique a pu donner lieu en Nouvelle-Calédonie à des commentaires mi-ironiques, mi-acerbes.

Les réactions qu'elles ont engendrées en métropole ont été, on le sait, bien plus vives... Mais les métropolitains étaient-ils les mieux placés pour en apprécier la justesse et l'opportunité ?¹³.

D. — *Le temps de l'oubli*

C'est peut-être au niveau de l'oubli qu'apparaît le plus nettement la distance séparant les deux systèmes. Notre droit érige en effet pour principe que, passé un certain temps, telle infraction doit être purement et simplement *oubliée* : atteinte de prescription, nulle poursuite ne sera plus possible contre son auteur.

La théorie de la prescription serait assez simple si l'on ne s'apercevait bien vite que, dans notre droit justement, le temps ne s'écoule pas toujours à la même vitesse. C'est que la loi (confortée en cela par la jurisprudence) ne veut pas laisser le champ trop libre au temps... et à l'impunité qui en découle.

Déjà, le temps de la prescription varie selon la nature de l'infraction considérée (1 an pour les contraventions, 3 ans pour les délits, 10 ans pour les crimes). Mais son cours se trouve « interrompu » par tout « acte d'instruction ou de poursuite » dont l'effet singulier est d'anéantir le délai déjà écoulé pour ouvrir un délai nouveau, repartant en quelque sorte de zéro... (art. 7, 8, 9 c. pr. pén.). Et l'on sait des interruptions successives capables de reculer jusqu'à l'infini les limites de la prescription (ne suffit-il pas d'y veiller en temps utile ?)...

Et puis, le temps de la prescription peut être « suspendu » à quelques faits exceptionnels rendant l'exercice de la poursuite impossible (guerre, séisme, épidémie...). Mais alors, ce temps sera seulement « allongé » de celui correspondant à cette période exceptionnelle.

Cette manière d'oubli qui s'exerce selon un temps apparemment bien délimité, en réalité infiniment variable, est bien de nature à dérouter la meilleure des volontés de

13. Il convient ici de rappeler que l'amnistie du 10 janvier 1990, à laquelle avait préparé la loi du 9 novembre 1988 — mais « sous réserve d'inventaire » — ne fait que rejoindre dans sa généralité la loi du 31 juillet 1968 portant « amnistie générale de toutes infractions commises en relation avec les événements d'Algérie », et celle du 2 mars 1982 portant par ailleurs « Statut particulier de la région de Corse ». Sous réserve d'interprétations encore d'actualité, on peut évaluer à environ 250 le nombre de personnes identifiées ayant bénéficié des dispositions d'amnistie de 1988 et 1990 — dont 39 sous l'inculpation d'assassinat et complicité, chiffre tout juste inférieur d'une dizaine à celui des victimes décédées de mort violente dans le cadre des événements couvrant la période *antérieure au 20 août 1988*, date symbole des « Accords de Matignon ». Il n'échappe à personne que les dispositions consacrées à l'amnistie des crimes de sang ont constitué la pierre angulaire de ces accords. Pour occuper la plus petite place au sein de la loi du 9 novembre 1988 qui en est issue — et forme le véritable *Statut Rocard* pour la Nouvelle-Calédonie — les « dispositions d'ordre pénal » comprises dans les articles 80 et 81 du texte n'en sont pas moins le « ciment de prise ».

compréhension du monde mélanésien et, si les principes de prescription de la peine suivent des schémas plus simples, ils n'en demeurent pas moins aussi impénétrables pour lui.

Car la coutume ignore tout à fait — mieux encore, rejette — l'intervention du temps comme élément d'effacement de l'infraction puisque au contraire c'est la mémoire de l'infraction qu'elle retient et transmet de génération en génération et qui lui conserve toute sa réalité : seule compte la mémoire du fait, et tant que le pardon n'est pas donné, le coupable reste coupable et à travers lui le clan dont il est issu... — et les membres qui le composent.

A cet égard, la période de temps appelée « deuil coutumier » ne doit en rien être assimilée à un oubli : elle ne correspond qu'à une trêve imposée par le respect dû à la mémoire des morts, comme si la mémoire du fait se trouvait « suspendue » à cette autre mémoire¹⁴. (Seul et étrange parallèle à faire avec la suspension de la prescription de notre droit).

*
* *

Cette rapide étude comparative nous amène aux réflexions suivantes : notre société considère le temps comme un élément « existentiel » de son fonctionnement ; de métaphysique, le temps est devenu réalité, à la fois mesurable et variable. Plus que domestiqué, il a été objectivé (en terme d'économie, ne dirait-on pas qu'il est consommable ?).

Or, la société mélanésienne se tient aux antipodes de cette conception matérialiste du temps : elle ne le « considère » pas, elle le *vit*. Il est partie intégrante et indissociable de toute chose, comme l'est la mémoire des ancêtres. Temps et mémoire ne sont que les deux faces de la même sculpture.

Comme l'exprimait si pertinemment Jean-Marie Tjibaou : « dans la société kanake, le temps n'est pas objet de pensée, il est seulement vécu. La discontinuité n'est pas un mode de perception du temps par le kanake ».

Le temps, démiurge de nos sociétés contemporaines où le goût du calcul supplante l'élan de l'esprit. Le temps, toujours le temps, celui-là même qui heurte de plein fouet la « sensibilité astrale » de tout un peuple pour qui il ne « se compte pas » (et compte bien peu). Et continue de se déplacer au rythme des saisons sur un cadran qui n'est pas (ou n'est plus) le nôtre.

Si, d'une certaine manière, le temps nous domine en réglant avec minutie chaque mouvement de notre société, la société canaque, elle, fusionne toujours avec lui. Ainsi, dans la société canaque, le passé se confond-il au présent sans rupture avec lui au point que le temps constitue très certainement, aujourd'hui comme hier, l'une des plus tranchantes lignes de partage de ces deux sociétés.

Le temps et son cortège de malheurs puisque, comme le fait dire Juan Benet à son héros : « le temps, c'est la dimension dans laquelle l'être humain ne peut être que malheureux... car le temps n'apparaît que dans l'infortune et *la mémoire est le registre de la douleur*... ». Affirmation d'autant plus pessimiste si on la rapproche d'une vision syncrétique du monde où se nourrit ce fondamental et double antagonisme entre so-

14. Cette période de deuil qui affecte le(s) clan(s) victime(s) dure en principe un an. MM. Tjibaou et Yeiwene Yeiwene ont été abattus le 4 mai 1989, en se rendant à Hwadrilla (Ouvea), tout juste un an — mais à un jour près ! — après l'assaut de la grotte de Gossanah où 19 Canaques qui tenaient des gendarmes et un magistrat en otages furent tués par les forces de l'ordre : les clans auxquels appartenaient ces hommes observèrent le deuil coutumier tout en conservant rancœur à l'égard des chefs politiques par qui ils estimaient avoir été abandonnés à leur sort. Ce deuil expirait théoriquement le 5 mai 1989... La preuve en est que notre calcul scientifique du temps n'est pas de même nature que la mesure « utilisée » par les Mélanésiens pour qui la « saison de l'igname » est sûrement plus indicatrice du temps passé que ne l'est le calendrier des postes ou le code de procédure pénale !

ciété matérialiste et société spiritualiste/société individualiste et société collectiviste, qui fut à l'origine de dramatiques confrontations.

Est-il utopique ou malséant d'espérer que cet antagonisme se mue un jour en symbiose au plus grand bénéfice de la société des hommes ? L'expérience de la décentralisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie en ouvre la voie et en éveille le formidable espoir¹⁵.

Annexe

Code des tribus du 9 février 1854

Article 1 — Tout sujet de la tribu qui se sera rendu coupable d'assassinat et d'anthropophagie, sera remis à la disposition du Commandant de la Station, qui décidera de son châtement.

Article 2 — Tout sujet de la tribu qui se sera rendu coupable du crime d'anthropophagie, sera remis à la disposition du Commandant de la Station, qui décidera de son châtement.

Article 3 — Tout sujet de la tribu coupable d'assassinat par vengeance, sera puni d'emprisonnement à vie, avec entraves et application aux travaux d'utilité publique.

Article 4 — Tout sujet de la tribu coupable de viol, sera puni d'un emprisonnement à vie, avec entraves et application aux travaux d'utilité publique.

Article 5 — Tout sujet de la tribu coupable du crime d'incendie, sera puni de la même peine qu'à l'article précédent.

Article 6 — Tout sujet de la tribu coupable d'avoir hâté la mort d'un malade, sera puni de la même peine.

Article 7 — Tout sujet de la tribu coupable d'un vol à l'intérieur d'une habitation, sera puni d'un emprisonnement de trois mois, avec entraves et application aux travaux d'utilité publique.

Article 8 — Tout sujet de la tribu coupable d'un vol sur une plantation, sera puni d'un emprisonnement de huit jours avec application aux travaux d'utilité publique.

Article 9 — Vol de nourriture : comme ci-dessus article 8.

Article 10 — Tout sujet de la tribu coupable d'adultère ou d'attentat aux moeurs, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux mois, avec entrave et application aux travaux d'utilité publique.

Article 11 — Tout sujet de la tribu coupable de coups et blessures, sera puni d'un emprisonnement de quatre jours à deux mois, selon la gravité des blessures, avec ou sans entraves et avec application aux travaux d'utilité publique.

Article 12 — Tout sujet coupable de dispute ou d'insulte sera puni d'un emprisonnement de trois à six jours.

Article 13 — Toute danse nocturne est interdite. Les délinquants seront punis de un à trois jours.

Article 14 — Toute désobéissance au chef de la tribu ou aux personnes déléguées par lui pour veiller à la sûreté publique, sera punie, selon la gravité de la désobéissance d'un emprisonnement de trois jours à un mois, avec application aux travaux d'utilité publique.

15. L'une des 35 mesures décidées par le gouvernement à titre d'accompagnement des Accords de Matignon visait à décentraliser l'institution judiciaire en Nouvelle-Calédonie. C'est aujourd'hui chose faite puisqu'une loi du 13 juin 1989 — complétée par décret du 8 septembre — a officiellement créé deux sections détachées du tribunal de Nouméa, l'une installée à Kone (Province Nord), l'autre à We-Lifou (Province Loyautés). Et que les formations collégiales y siègent depuis le 1^{er} janvier 1990 avec le renfort de deux assesseurs non professionnels dans le domaine du droit commun (essentiellement pénal).

A ce jour, le seul domaine où la justice coutumière a reçu d'adoubement de l'Etat se situe sur le terrain strictement civil limité aux litiges portant sur l'application du statut particulier, et donc opposant par définition des citoyens relevant eux-mêmes de ce statut (c'est-à-dire les Mélanésiens n'ayant pas opté pour le statut de droit commun). Cette reconnaissance s'est traduite par la création d'une « juridiction coutumière » présidée par un magistrat professionnel assisté de deux assesseurs « coutumiers », dont l'origine remonte à une ordonnance Pisani du 15 octobre 1982 que la loi du 13 juin 1989 s'est contentée de réactiver.

Ne serait-il pas temps d'élaborer une « charte pénale » permettant à la justice coutumière de s'exercer ouvertement en matière répressive, sous contrôle strict du parquet ? Il semble que s'ébauche au sein même du monde mélanésien une prise de conscience en ce sens ainsi qu'en témoignent de récentes discussions menées au niveau de certaines grandes chefferies, notamment dans les Iles Loyauté...

L'établissement de cette charte ne saurait alors, pour peu que ce soit, conduire à un démembrement de l'action publique, mais pourrait au moins contribuer à clarifier les rapports existant entre la société coutumière et le reste de la société calédonienne, rapports dont le flou actuel est porteur d'ambiguïtés et germe de dangereuses querelles. Nous convenons que l'élaboration d'une telle charte ne serait, elle-même, sans doute pas exempte de risques. Entre deux maux...

Article 15 — Tout sujet de la tribu qui se sera rendu coupable de faux témoignage, sera puni de la même peine qu'aurait encourue la personne atteinte par le faux témoignage.

Article 16 — Toute guerre entre des portions de la tribu est interdite. Les griefs que pourrait avoir une portion contre une autre devraient être soumis au jugement du chef de la tribu, qui statuerait sur la réparation à faire par la portion coupable.

Si, après ce jugement, une des portions en dissidence attaquait l'autre, elle serait condamnée, selon la gravité des circonstances, à fournir chaque jour et pendant un temps proportionné, un nombre de travailleurs égal au tiers, ou au cinquième ou au dixième de la population adulte pour les travaux d'utilité publique et pour les réparations des maux qui auraient été les résultats de son attaque.

Article 17 — Afin de veiller à la sécurité publique et à l'exécution des prescriptions précédentes, il sera désigné dans chaque portion de la tribu, un certain nombre de personnes sûres, investies de la confiance du chef et chargées de l'arrestation des coupables.

Ces employés porteront le titre d'agents de la police ; auront pour marque distinctive une écharpe tricolore au bras gauche et seront rétribués selon l'importance des captures qu'ils feront et en raison du nombre de jours de travaux publics auxquels les coupables arrêtés par eux auront été condamnés.

Un tarif, ultérieurement dressé, fixera la proportion de la rémunération ci-dessus allouée aux agents de la police.

Baiao le 9 février 1854, signé : Aliko Philippo Boueone

Analyse comparée des législations pénales des pays membres du groupe Pompidou en matière de lutte contre l'usage et le trafic de stupéfiants

Clarisse CERVELLO

*Diplômée d'études approfondies en droit pénal et sciences criminelles
(Equipe de recherche sur la politique criminelle de l'Université de Montpellier 1)*

Le Groupe Pompidou a été institué en 1971 à la suite d'une proposition de Georges Pompidou, Président de la République française, à ses collègues de la Communauté européenne et au Chef d'Etat du Royaume-Uni. Le Groupe Pompidou avait pour but d'examiner sous un angle pluridisciplinaire les problèmes de l'abus des drogues et du trafic illicite des stupéfiants. Le groupe n'avait pas de caractère officiel et se réunissait tous les deux ans au niveau ministériel. Depuis 1980, il continue son activité dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Les membres du Groupe Pompidou sont au nombre de dix-neuf. Membres originaires : Belgique, France, République fédérale d'Allemagne, Italie, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni. Le Danemark, l'Irlande et la Suède ont été admis par la suite. Puis s'y sont joints la Turquie (1980), la Grèce (1981), la Norvège (1983), l'Espagne (1984), le Portugal et la Suisse (1985), la Finlande (1987), l'Autriche et Malte (1988).

Depuis 1986, la Commission des Communautés européennes participe aux travaux du groupe en vue de coordonner les activités des deux organisations. Les ministres concernés par les problèmes abordés se réunissent périodiquement (en général tous les deux ans, les circonstances et l'urgence pouvant justifier des convocations spéciales entre-temps). Pour chaque Etat est nommé un correspondant permanent qui est chargé de préparer les réunions du groupe au niveau ministériel et de mettre en oeuvre le programme de travail défini par les ministres.

Le secrétariat du Groupe Pompidou entretient des contacts étroits avec d'autres organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales, qui s'occupent des problèmes de drogue.

Dans le cadre de ses activités, le Groupe a décidé en 1988 de demander à des chercheurs une étude sur les législations pénales en matière de stupéfiants dans les Etats membres, afin de comparer les solutions retenues face à des problèmes analogues de lutte contre l'usage et le trafic de drogue. C'est le fruit de cette étude, menée à bien par l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.) de Montpellier 1 dans le courant de l'année 1989, qui fera ici l'objet d'une analyse très schématique au regard du rapport de soixante pages fourni au Groupe Pompidou.

Il convient de souligner l'extrême actualité d'une telle recherche, compte tenu de la place de plus en plus importante que revêt le combat contre la drogue, non seulement en Europe mais également en Amérique, qu'elle soit du Nord ou du Sud, et la prise de conscience qui se fait d'une nécessaire harmonisation législative entre les pays, en particulier européens, tant les frontières peuvent constituer, non plus des obstacles, mais au contraire des protections pour les acteurs du trafic.

Dans l'ensemble, les législations étudiées ont été mises en vigueur, ou largement amendées dans un sens d'aggravation, dans les décennies 70 ou 80. Seule, la Turquie n'a pas encore réformé sa loi datant de 1953.

Tous les pays du Groupe Pompidou (sauf Malte) ont ratifié la Convention unique des Nations Unies de 1961 et l'Autriche, la Belgique, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, Malte et la Suisse n'ont pas encore ratifié la Convention de Vienne de 1971 sur les psychotropes.

Il existe des points d'accord dans les politiques criminelles législatives menées dans les dix-neuf pays concernés, mais également des divergences importantes.

I. — LES POLITIQUES CRIMINELLES EN ACCORD : LES INCRIMINATIONS

Qu'il s'agisse de l'usage ou du trafic des substances prohibées, les législations européennes connaissent de nombreux points communs dans la création des infractions.

A. — *Accord sur la criminalisation de l'usage*

Actuellement un vif débat doctrinal a lieu sur ce problème¹, certains prônant une large décriminalisation de l'usage assortie d'une libéralisation du trafic, d'autres envisageant de légaliser l'usage tout en encadrant fortement la distribution de drogue.

Les législations étudiées n'adoptent pas de telles politiques qui se heurtent aux conventions internationales signées et ratifiées par la plupart des pays concernés. En effet toutes les lois adoptent, soit la criminalisation de l'usage en soi, soit l'incrimination de possession pour usage qui permet de la distinguer de la possession pour trafic, souvent plus sévèrement sanctionnée.

1. Pays qui répriment l'usage de stupéfiants

a) L'usage simple

La France (art. L. 628 c. santé publ. loi du 31 déc. 1970), la Finlande (art. 2 loi n° 41 du 21 janv. 1972), le Luxembourg (art. 7 loi du 19 févr. 1973), la Suède (art. 1 6° loi du 19 mai 1988 modifiant la loi du 8 mars 1968), la Suisse (art. 19-a CW I loi 320 de mars 1975), la Turquie (art. 404 2° c. pén. loi du 9 juill. 1953).

b) L'usage dans certains cas seulement

La Grèce : uniquement pour les non-toxicomanes (art. 7 de la loi du 1^{er} déc. 1970), la Belgique : uniquement l'usage collectif (art. 3 de la loi du 9 juill. 1975), le Royaume-Uni : uniquement pour l'opium (art. 9 loi du 27 mai 1971).

2. Pays qui répriment la possession pour usage (n'assimilant pas cette possession au trafic)

Malte (art. 22 loi du 1^{er} sept. 1939 amendée par la loi n° 8 de 1986), l'Irlande (art. 3 loi du 16 mai 1977), les Pays-Bas (art. 2-1^c drogues dures, art. 3c cannabis loi du 23 juin 1976), le Royaume-Uni (art. 5 loi de 1971), le Luxembourg (art. 7 loi de 1971), le Portugal (art. 36 décr.-loi du 13 déc. 1983).

Les autres pays, qui n'incriminent ni l'un ni l'autre, peuvent réprimer la consommation par le biais de la prévention de « *détention de drogue prohibée* ».

1. V. F. Caballero, *Droit de la drogue*, Précis Dalloz Sirey, p. 90 et s.

Seule l'Espagne (art. 344 c. pén. loi du 25 juin 1983) autorise légalement la consommation en n'incriminant que « la possession à fins de commerce ».

Cependant ce principe quasi général de criminalisation de la consommation est très relativisé selon les substances, leur qualité ou leur quantité, par la pratique judiciaire aux Pays-Bas (cf. directives du parquet en vue de l'application de la loi) et au Danemark (cf. circ. adm. du procureur général de 1969), ou par les atténuations apportées par la loi : la loi italienne autorise l'acquisition ou la détention de drogues « si la quantité est nécessaire à usage thérapeutique ou modérée » (art. 80 de la loi n° 685 de 1975). Le Portugal est indulgent pour « l'usager accidentel » (art. 36 loi 1983) qui encourt une simple amende et exempté de peine l'usager de moins de 21 ans qui promet de ne pas récidiver (art. 38).

La question de la criminalisation de l'usage n'interpelle pas que la doctrine puisque plusieurs Etats viennent de changer de politique législative sur ce point ou envisagent de le faire.

Ainsi, la Suède a criminalisé l'usage en 1988, et le gouvernement italien vient de préparer et de présenter au Parlement un projet de loi beaucoup plus répressif destiné à mettre fin à la tolérance actuelle vis-à-vis de la consommation même occasionnelle de cannabis et hachisch².

La Suisse, au contraire, s'interroge sur l'opportunité de décriminaliser l'usage, afin que la police et la justice, débordées par une délinquance de consommation inégalement poursuivie, se consacrent à la répression du trafic, jugée prioritaire³.

Ce sentiment d'échec, quelle que soit la politique suivie, montre assez que la réponse pénale à l'usage, qu'elle soit laxiste ou très répressive, n'est pas satisfaisante et qu'elle doit être accompagnée d'autres mesures, en particulier thérapeutiques. C'est ce qu'ont compris certains pays (V. ci-dessous).

Si la répression de l'usage est actuellement un problème qui ne semble pas résolu, en revanche le principe de la répression du trafic non seulement fait l'unanimité, mais va encore en s'alourdisant.

B. — *Accord sur le principe de la répression du trafic*

Il s'agit là des conséquences des conventions internationales applicables (Unique de 1961 et de Vienne de 1971), toutes les incriminations de trafic de base se recouvrant à peu près, quelques pays ont cependant récemment incriminé certains comportements liés au trafic.

1. Les infractions de base

Il s'agit de l'interdiction de la *culture, production, fabrication, transformation, distribution, exportation, importation, offre, vente, fourniture, acquisition, transport*, etc. des produits soumis à contrôle.

Les infractions de base peuvent être sujettes à des atténuations ou à des aggravations selon les circonstances de leur commission.

a) Les causes d'atténuation

Atténuations tenant à la quantité de drogue

Seules les législations de l'Autriche (art. 16 loi du 18 sept. 1951), de la France (art. 627-2 c. santé publ. loi du 17 janv. 1986) et du Portugal (art. 24 loi de 1983) font un traitement particulier au petit trafic de proximité, commis par les « dealers », en atténuant les peines pour « trafic de petite quantité ».

2. *Le Monde*, 13 sept. 1989, p. 2.

3. *Le Monde*, 6 sept. 1989, p. 20.

La pratique judiciaire aux Pays-Bas, selon les directives du parquet, permet de ne pas poursuivre en fait « la fourniture de proximité de cannabis ».

Cependant, il est reconnu que la plupart des petits revendeurs sont également des adonnés à la drogue et donc leur sont applicables, dans plusieurs législations, les mesures prévues pour ces derniers en matière de traitement et d'atténuation ou de remises de peine si leur infraction est en relation avec leur toxicomanie.

Il apparaît que le fait de ne pas prendre en compte la notion de « petit revendeur » dans les lois représente une lacune dans les textes européens, qui est probablement comblée en partie par la pratique judiciaire, mais dont les législateurs devraient certainement se préoccuper.

Autres causes d'atténuations ou d'exemptions

Il s'agit de *l'aide à la découverte ou de la dénonciation des infractions ayant favorisé les recherches concernant les auteurs de trafic* : la France (art. 627-5 c. santé publ. loi de 1987), le Luxembourg (art. 31 loi de 1973), le Portugal (art. 31-2° loi de 1983), la Turquie (art. 404-3° c. pén.), Malte (art. 29 loi sur les drogues dangereuses), la République fédérale d'Allemagne (art. 31 loi du 31 juill. 1981), la Belgique (art. 6 loi de 1975).

Certains pays considèrent les infractions *commises par négligence* avec plus d'indulgence : la Suède (art. 19-3 loi pénale sur les stupéfiants), la Suisse (art. 3a loi fédérale sur les stupéfiants), le Portugal (art. 32 loi de 1983), la République fédérale d'Allemagne (art. 29-4 loi de 1981).

Les infractions de trafic commises en vue de la consommation personnelle sont atténuées ou même exemptées de peine selon les cas : en République fédérale d'Allemagne (art. 29-11° 4 loi de 1981), Autriche (art. 17-1 loi sur les narcotiques), Italie (art. 80L 1975), Grèce (art. 7 loi n° 743 de 1970), le Danemark (Circ. du procureur général de 1969), Malte (art. 22 L) et les Pays-Bas (art. 10-5° loi portant dispositions en matière d'opium et autres stupéfiants).

Enfin la Grèce fait une cause générale d'atténuation le fait que les infractions de trafic soient commises par un toxicomane (art. 14 loi de 1970).

b) Les causes d'aggravation

Elles sont instituées dans la majorité des cas selon : *la qualité de l'auteur de l'infraction* (médecins ou professionnels de la santé, en bande, à titre professionnel, récidivistes), *celle des destinataires du trafic* (mineurs, toxicomanes, etc.) ou *tenant au dommage causé par l'infraction* (dommage permanent, mort, atteinte à la santé de nombreuses personnes, ou atteintes physiques graves).

Les seuls pays qui ne prévoient pas d'incriminations aggravées disposent dans leur arsenal législatif de sanctions très fortes pour les infractions de base (Malte, Royaume-Uni, Irlande et Pays-Bas).

2. Les infractions en liaison avec le trafic

Elles ont été progressivement introduites afin de répondre aux besoins souvent induits par la vie moderne.

Outre *les incriminations classiques concernant l'aide, les falsifications diverses et les infractions commises par des professionnels*, médicaux ou autres, méritent d'être signalées les infractions de *provocation publique à la consommation, de publicité ou de révélations des moyens de se procurer les substances prohibées*, rendues nécessaires par l'impact de plus en plus important des moyens de médiatisation : en France (art. L. 630 c. santé publ.), en République fédérale d'Allemagne (art. 29-10° loi), en Suisse (art. 19 loi), au Portugal (art. 29 loi), aux Pays-Bas (art. 3b loi), au Luxembourg (art. 8d loi).

Enfin très récemment, devant l'abondance de la masse de liquidités que les trafiquants doivent impérieusement réintroduire dans les relations commerciales licites pour pouvoir jouir de leurs activités criminelles, certains pays ont imaginé de leur compliquer la tâche en *incriminant des comportements liés aux profits tirés du trafic de drogue*. Les infractions dites de « blanchiment » des narco-dollars sont sévèrement punies : en France (art. L. 627 c. santé publ. al. 3, loi du 31 déc. 1987 et art. 415 c. douanes) 10 ans de prison maximum, au Royaume-Uni (art. 24 loi de 1986 sur les infractions de trafic de drogue) 14 ans de prison maximum, en Norvège (art. 162a loi, réforme du 10 juin 1988) 21 ans de prison dans les cas graves, au Danemark (art. 191a c. pén. loi du 28 avr. 1982) 6 ans de prison.

Il y a là certainement un exemple que devraient suivre les autres législateurs tant l'exigence d'harmonisation paraît s'imposer dans cette matière où les facilités internationales favorisent largement les activités criminelles.

Si les incriminations obéissent dans l'ensemble aux mêmes critères, les possibilités de sanctions pénales offertes aux magistrats sont très variables.

II. — LES POLITIQUES CRIMINELLES DIVERGENTES : LES SANCTIONS

L'étude des législations du Groupe Pompidou montre que les divergences portent essentiellement sur deux points :

— d'abord la distinction entre drogues dites « dures » et les substances considérées comme moins nocives, communément désignées comme « douces », dans la détermination de la sanction ;

— ensuite la nature et le *quantum* des peines pour les infractions de trafic et d'usage.

A. — *La distinction drogues dures — drogues douces*

Il se trouve sur ce sujet deux écoles opposées : la première qui pense qu'une relative tolérance doit présider à la répression des substances qui paraissent faire courir un moins grand danger aux individus et partant à la société, tous les moyens de la lutte devant plutôt être consacrés à la recherche et à la répression des infractions concernant les drogues très dangereuses.

Le deuxième courant estime au contraire que l'absorption des drogues « douces » en particulier du cannabis et de ses dérivés (haschisch) est l'antichambre de la toxicomanie de drogues plus dangereuses. Cette conception induit un traitement pénal identique pour toutes les infractions concernant les drogues indiquées dans la loi.

La Convention Unique de 1961 adopte la deuxième conception et ne réserve pas de sort particulier à certaines substances en classant le cannabis dans les tableaux 1 et 4, au même titre que l'opium, l'héroïne et la cocaïne.

Par contre la présente recherche souligne les divergences européennes sur ce sujet : neuf pages du Groupe punissent plus sévèrement les infractions concernant les substances considérées comme plus nocives. Les Pays-Bas punissent différemment les infractions concernant les *substances présentant un risque inacceptable* et celles relatives aux produits dérivés du cannabis.

Le Royaume-Uni a établi une classification en trois tableaux selon la nocivité du produit :

Tableau A : les plus dangereux en cas d'abus ;

Tableau B : les drogues opiacées et les dérivés du cannabis plus 6 stimulants amphétamines ;

Tableau C : les autres amphétamines que celles visées par la Convention de Vienne.

La Turquie fait une distinction entre les stupéfiants moins fortement pénalisés et quatre substances dont le trafic est beaucoup plus réprimé (héroïne, cocaïne, morphine et haschisch).

La Norvège distingue également les substances stupéfiantes concernées par la Convention de Vienne et les autres, mais en pénalisant davantage les infractions portant sur les substances stupéfiantes.

Le Portugal établit quatre tableaux, les tableaux 1 et 3 détaillant les substances plus nocives et les tableaux 2 et 4 les préparations à base d'opium et les barbituriques et anxiolytiques.

L'Irlande établit un traitement plus doux pour les infractions concernant le cannabis.

L'Italie, qui classe les drogues soumises à contrôle en quatre tableaux, pénalise plus fortement les infractions concernant les tableaux 1 et 3 procurant une dépendance que celles des tableaux 2 et 4 à usage thérapeutique.

L'Espagne distingue le cannabis des drogues dures.

Les autres législations (Autriche, Belgique, République fédérale d'Allemagne, Danemark, France, Grèce, Luxembourg, Malte et Suisse) *ne font aucune distinction entre les substances qu'elles pénalisent toutes de manière équivalente.*

Cependant en Suisse, il est de pratique judiciaire que l'infraction primaire en matière de consommation de haschisch puisse ne pas être poursuivie. Au Danemark, alors que le cannabis est inclus dans la loi concernant les drogues présentant un danger particulièrement grave, une circulaire du procureur général réserve un traitement particulièrement clément au trafic de proximité de cette substance et à sa possession.

B. — *Nature et quantum des peines*

Tant en matière d'usage que de trafic, les réponses données par les lois européennes divergent profondément.

1. Les sanctions pénales de l'usage

Certains pays sont conscients que la réponse répressive pure ne peut suffire à résoudre la problématique de l'abus des drogues et qu'elle doit être assortie d'une réponse thérapeutique.

a) La réponse répressive

Quoique le principe de l'incarcération des toxicomanes soit très décrié, en particulier par les médecins, la majorité des législations européennes punit de prison, souvent assortie d'amendes, les infractions liées à l'usage de stupéfiants.

Mais l'échelle de cette peine est très étendue puisque la durée peut atteindre 7 ans en Irlande et 14 ans au Royaume-Uni alors que la Suisse ne prévoit que 3 mois d'arrêts maximum (contravention), 3 ans au Luxembourg, 5 ans en Turquie, 2 ans en Finlande, 1 an en France et aux Pays-Bas.

Seules la Suède (depuis 1988) et la République de Malte rendent l'usage ou la possession pour usage passible d'une simple amende. Des atténuations ou des exemptions sont possibles, par exemple pour les délinquants primaires, les petites quantités et selon la qualité de la drogue consommée (cannabis). La Grèce est le seul pays qui exempte totalement de peine le consommateur toxicomane, estimant que sa dépendance est un facteur de suppression de sa responsabilité.

Ces mesures de clémence assez généralisées montrent que la criminalisation de l'usage est davantage une politique à orientation préventive que répressive et qu'il convient de faire bénéficier le délinquant toxicomane d'un régime qui l'aide à « décrocher ». C'est l'objectif que poursuivent les Etats qui mettent en vigueur des mesures de traitement médical inscrites dans les lois.

b) La réponse thérapeutique

Sur la question des mesures thérapeutiques comme substitut ou en association avec les sanctions pénales, les pays européens sont très partagés.

Il y a ceux qui ne prévoient aucune disposition de ce genre : il s'agit de la Belgique, des Pays-Bas, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni, la Norvège, la Finlande, le Danemark et la Suède.

Certains instituent des possibilités de traitement volontaire comme la France (art. 628-1 al. 3 c. santé publ.), le Portugal (art. 37 loi de 1983), l'Italie (art. 95 loi de 1985), la Suisse (art. 19a-3 loi), et le Luxembourg (art. 23 loi). Il s'agit de mesures thérapeutiques volontaires, anonymes et gratuites qui donnent la possibilité à l'usager d'éviter des poursuites ultérieures du chef d'infractions d'usage commises avant le traitement.

Quelques pays mettent en place des systèmes de traitement forcé judiciaire : le Portugal (art. 39 loi), le Luxembourg (art. 24 loi) la Grèce (art. 14-2° loi), l'Italie (art. 96 loi), l'Irlande (art. 28 loi du 16 mai 1977), la Suède (loi du 17 déc. 1981 sur le traitement des alcooliques et des toxicomanes), la Turquie (art. 404-2° c. pén.), Malte (art. 22-2°b loi) uniquement pour les infractions de consommation, et l'Espagne (art. 2-7 de la loi sur la dangerosité et la réhabilitation sociale du 4 août 1970, modifiée le 28 décembre 1978) qui a mis en place des mesures de sûreté prononcées par le juge, avant même la commission d'une infraction : cure de soins, placement dans un centre médical. Enfin un traitement forcé sur décision administrative est prévu par la législation de l'Autriche (art. 8 loi).

L'obligation faite aux toxicomanes de subir un traitement de simple nature administrative, ou même sous contrôle judiciaire, est très critiquée par les spécialistes qui soutiennent qu'on ne peut soigner un toxicomane contre son gré, sa motivation de guérison étant indispensable au succès de la cure.

Le traitement peut n'être qu'incitatif afin de permettre au délinquant de se soustraire à la poursuite pénale, cette possibilité est prévue par la loi française (art. 628-1 c. santé publ. al. 2) et la loi allemande (art. 37 loi de 1981).

Ces mesures thérapeutiques suivies jusqu'au bout, forcées ou volontaires, autorisent, sous certaines conditions, d'éventuelles remises de peines, sursis au prononcé ou à l'exécution de la sentence.

On espère ainsi que le drogué, ayant le choix de subir un traitement et bénéficier d'une atténuation ou d'une suppression d'une peine d'incarcération, sera incité à poursuivre la cure de soins jusqu'à sa guérison.

Il convient également de relever l'option des Pays-Bas où la loi autorise une distribution contrôlée de méthadone aux toxicomanes, ce qui permet d'éviter les infractions liées à la recherche de la drogue et un certain suivi sanitaire, si ce n'est une désintoxication dont les intéressés ne veulent pas. Cette méthode, s'ajoutant à un laxisme institutionnalisé dans la poursuite des infractions d'usage, est évidemment extrêmement décriée à l'étranger.

2. Les sanctions pénales du trafic

a) La nature des peines

Quelques pays ne rendent le trafic de base passible que d'une amende (République fédérale d'Allemagne, Danemark, Finlande), mais il est évident que la peine principale prévue par toutes les lois est celle de l'incarcération : la prison.

Dans les cas où l'infraction est aggravée, peut être infligée la réclusion criminelle (Belgique, Turquie) ou la « prison rigoureuse » (Finlande). La Belgique et le Luxembourg punissent certaines infractions de travaux forcés, enfin la Turquie est le seul Etat où le condamné à une infraction de trafic aggravé risque la peine de mort.

Ces peines principales sont assorties d'amendes soit accessoires (obligatoirement prononcées), soit complémentaires (facultatives), dont les montants sont en général plafonnés ou laissés au choix des magistrats, selon l'auteur de l'infraction et les circonstances de sa commission (République fédérale d'Allemagne, Irlande, Norvège, Suède).

Pour les peines complémentaires, la confiscation des moyens utilisés et des profits obtenus est en vigueur dans de nombreuses lois (sauf Autriche, Danemark, Irlande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas). Existente également les fermetures d'établissements provisoires ou définitives selon les cas et les interdictions professionnelles (Grèce, Italie, Portugal, Malte, France, Belgique, Espagne).

Enfin les juges disposent de mesures à temps d'assignation à résidence en Grèce, Portugal et Italie et de mise sous surveillance policière en République fédérale d'Allemagne.

La France autorise l'expulsion temporaire ou définitive des étrangers de son territoire.

Il faut noter une tendance récente du législateur à *présumer l'ensemble des biens du condamné pour trafic de drogues comme étant obtenus par cette activité illicite et autoriser leur saisie et leur confiscation* : au Royaume-Uni (art. loi de 1986 sur les infractions de trafic de drogue), à Malte (art. 22A loi, amendement par loi n° 8 de 1986) et en France (art. L. 626 c. santé publ. al. 3 loi du 17 janv. 1986) aux dépens selon certaines critiques de la présomption d'innocence et de la personnalité des peines (atteinte à la famille).

b) Le quantum des peines

Les législations sont très divisées sur cette question. Pour les peines d'incarcération, l'échelle concernant le trafic de base va d'un minimum de 3 mois (Belgique) à 4 ans (Italie), certains pays (Irlande, Norvège) ne prévoyant pas de minimum.

Le maximum est de 2 ans au Danemark et en Finlande mais de la perpétuité en Irlande et au Royaume-Uni.

En matière d'aggravation, la durée d'incarcération peut atteindre 40 ans maximum en France (récidive), la perpétuité en Grèce (trafic en bande) l'Italie allant jusqu'à ne pas fixer de maximum mais seulement un minimum (20 ans). L'Espagne a très récemment (1988) porté la peine de prison à 23 ans pour les dirigeants d'organisation de trafic et il ne faut pas oublier la peine de mort prévue en Turquie.

Certains pays au contraire ne disposent que de possibilités réduites dans leur arsenal, même dans les cas très graves : 10 ans maximum pour la Suède, la Finlande et le Danemark, 12 ans maximum pour les Pays-Bas.

Cette impressionnante disparité conduit à s'interroger sur ses fondements. Une analyse très rapide permet de constater que, à l'exception de l'Irlande et du Royaume-Uni très répressifs, les pays du nord de l'Europe sont beaucoup plus indulgents que ceux du sud. Peut-on faire une relation entre cet état de fait et leur reli-

gion dominante : le protestantisme, religion admise comme beaucoup moins normative, laissant ainsi à chacun une plus large autonomie de comportement ? Le catholicisme étant la religion des pays du sud (sauf la Turquie où règne l'Islam, ce qui paraît être directement lié avec une répression sévère). Cette remarque doit certainement être nuancée par des considérations d'ordre économique (pays riches et pays plus pauvres) et politiques, les pays du sud n'étant venus à la démocratie que plus tardivement.

*
* *

En définitive, quels enseignements peut-on retenir de cette analyse ? Il ne peut s'agir que d'un bilan théorique. En effet, et c'est enfoncer une porte ouverte que de le rappeler, l'état du Droit ne peut pas s'étudier qu'à travers les textes mais doit également être observé dans leur application, c'est-à-dire la jurisprudence.

Cette comparaison permet tout de même de constater que les législateurs européens ont été inspirés dans l'ensemble par les mêmes motivations en matière d'incrimination surtout pour les infractions de trafic. La lecture même des textes en devient fastidieuse tant on y retrouve des termes identiques. C'est dire combien sur ce point les politiques criminelles législatives convergent.

Il faut cependant relever que seuls 4 pays sur 19 (la France, le Royaume-Uni, la Norvège et le Danemark) ont créé une infraction spécifique de blanchiment des profits obtenus grâce au trafic illicite. A l'heure où une convergence de vue s'opère sur l'urgence d'une harmonisation tant les failles du système financier international offre de possibilités aux trafiquants, il semble évident que cet exemple doive être suivi prochainement par d'autres législations européennes.

Par contre, le paysage des sanctions apparaît comme très diversifié surtout en ce qui concerne la rigueur de la répression du trafic. Or il semblerait que l'importance extrême des profits espérés et obtenus par les trafiquants devrait être contrebalancée par une bien plus grande sévérité des peines dans certains pays, en particulier scandinaves, pour être dissuasives.

La plupart des pays mettent en évidence des progrès sensibles dans la recherche et la découverte des infractions de trafic.

Il convient sur ce point de mentionner que de nombreuses législations se sont dotées de procédures de recherche très dérogoires au droit commun pour ces infractions spécifiques : par exemple la possibilité d'élargissement de la durée de garde à vue a été portée à 4 jours en France (art. 627-1 c. santé publ.), à 20 jours à Malte (art. 27 L, depuis 1986) et à 8 jours en Ecosse qui possède une législation pénale spéciale (art. 50 loi de 1986, réformée en 1987). Les autorités disposent également de facilités offertes par les lois sous certaines conditions en matière de perquisitions, y compris de nuit, et de fouilles en France (art. 627 al. 8 c. santé publ.), au Royaume-Uni (art. 24 de la loi de 1971), en Belgique (art. 7 de la loi de 1975), en Irlande (art. 23 de la loi de 1977) et au Portugal (art. 48 de la loi de 1983). Enfin au Luxembourg, le ministre de la Santé a la compétence d'assermenter des agents spéciaux aux pouvoirs élargis pour l'arrestation, les perquisitions et les fouilles (art. 2 et 3 loi de 1973). La France a, dans le même esprit, prévu un allongement de la prescription de l'action publique à 10 ans et de la peine à 20 ans, alors que l'infraction reste un délit (art. 627-6 c. santé publ., loi de 1987).

Ces pouvoirs de procédure élargis, ainsi qu'une coopération internationale de plus en plus étroite, ont certainement permis les succès mentionnés, mais on peut se demander si l'augmentation des « prises » de drogue par les services de police n'est pas également le fait d'un accroissement de la demande qui amène les trafiquants à intensifier leur commerce.



C'est qu'en effet tous les documents de politique criminelle et les quelques bilans fournis par certains pays⁴ font état et déplorent une forte recrudescence du phénomène de la consommation de drogues prohibées, quel que soit le système de répression de l'usage adopté, sévère ou laxiste.

Cette constatation décourageante conduit à s'interroger sur « l'utilité » même de la répression pénale dans ce domaine, puisque de l'aveu clair ou implicite de chacun aucune « réponse pénale étatique »⁵ ne paraît de nature à endiguer cette redoutable progression.

Ce désarroi est bien traduit par le double mouvement mentionné ci-dessus, à savoir la récente criminalisation de l'usage par la Suède et les tentations de décriminalisation que connaît actuellement la Suisse. Quant aux pays qui, sans avoir décriminalisé légalement l'usage de drogues douces, le tolèrent dans les faits, l'alarme y est grande puisqu'une nouvelle réforme plus répressive est actuellement examinée par le Parlement en Italie et que la politique criminelle suivie aux Pays-Bas est de plus en plus critiquée, tant à l'intérieur que par les pays frontaliers dont les ressortissants profitent largement des facilités offertes.

Il conviendrait de procéder, par une analyse fine de la jurisprudence Etat par Etat, à une évaluation des bilans obtenus dans l'application des textes afin de creuser plus profondément ces quelques pistes. Cette recherche permettrait de découvrir si les pays qui pratiquent une politique pénale axée davantage sur la prévention, et en particulier ceux dont la législation prévoit des mesures thérapeutiques incitatives, obtiennent des résultats plus satisfaisants.

Ainsi serait conforté le sentiment des acteurs de la lutte qui savent bien, pour l'avoir pratiquée sur le terrain, que cette « délinquance » ne peut être comparée à aucune autre et donc traitée comme nulle autre. Et il y aurait là, bien entendu, matière à réflexion pour les autres membres du Groupe Pompidou, adeptes du tout répressif.

4. V. sur ce point par exemple la *Brochure de référence* du Central Office of Information n° 270 « La prévention et le traitement de l'abus des drogues au Royaume-Uni », 1985, p. 1.

5. Selon l'expression empruntée à M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983.

Les « Treasury Counsel » conseils ou conseillers de la Couronne ?

Antoine J. BULLIER

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Dans le système judiciaire anglais, le barreau constitue un corps d'avocats très jaloux de son indépendance. Le barrister peut représenter une des parties au civil comme au pénal. Il existe cependant un groupe de barristers qui entretient des relations privilégiées quoique informelles avec la Couronne : ce sont les « Treasury Counsel ». Le terme prête souvent à confusion. Au civil, il désigne à juste titre un nombre d'avocats recevant en priorité les dossiers du Treasury Solicitor's Office¹. Au pénal, ce même terme est utilisé, mais l'usage l'a imposé alors que l'intitulé n'est pas officiel². La confusion vient du fait que les bureaux du « Treasury Solicitor » distribuent des dossiers civils et pénaux jusqu'à ce que la fonction de « Treasury Solicitor » devienne exclusivement civile.

UN PRODUIT DE L'HISTOIRE

C'est en 1655 qu'est instituée la fonction de « Solicitor to the Treasury »³. Cet office est aussi appelé alors « Solicitor to the Exchequer » par Sir Francis North Attorney General de 1673 à 1675 qui le nomme aussi : « A sort of mechanic Attorney General ». Ce « solicitor » peut être un barrister. Il est employé à plein temps et est fonctionnaire de

* L'auteur tient à remercier le British Council qui a accordé la bourse lui ayant permis d'étudier la fonction de Treasury Counsel. Il remercie tout particulièrement M. Roland Phillips du Treasury Solicitor's Office sans l'aide duquel ce travail n'aurait pu être effectué.

1. Le terme « Treasury Solicitor » vient de ce que cet officiel se voyait être représentant direct de l'Etat. La fonction date de 1655 : J.L. Edwards, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, p. 371. Le qualificatif « Treasury » est utilisé car les services de ce solicitor étaient directement payés par le Trésor. Le mot « treasury » signifie aujourd'hui l'Etat dans cette acception spécifique. On fera remarquer que le terme arabe « Makhzen » signifie en arabe marocain Trésor mais aussi Etat: Abdallah Baroudi « Maroc : l'Etat Makhzen », *Les Temps modernes*, 40^e année, oct. 1983, n° 447, p. 700. Pour une explication de l'origine du qualificatif Treasury V. : J.L. J. Edwards, *op. cit.* 1964, p. 391.

2. Les « Treasury Counsel » qui plaident au pénal pour la Couronne le font exclusivement à l'Old Bailey : la « Central Criminal Court » de Londres. Ces avocats sont officiellement dénommés « Prosecuting Counsel to the Crown » at the Central Criminal Court. Au civil, les avocats qui reçoivent les dossiers du « Treasury Solicitor » par priorité sont officiellement appelés « Junior Treasury Counsel » et « Junior Counsel to the Crown ».

3. T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Londres, Butterworth, 1948, 4^e éd. p. 218. La date de 1655 est contestée par certains auteurs, V. G. Drewry, « Lawyers in the U.K. Civil Service », *Public Administration*, vol. 59, Spring 1981, p. 43, n° 8. Le « Treasury Solicitor » est nommé officiellement par les Lords Commissioners of the Treasury qui sont cinq députés de la Chambre des Communes. Selon le *Civil Service Yearbook 1989* les cinq Lords Commissioners quoique siégeant de façon formelle au département du Trésor n'en font pas partie : *Civil Service Yearbook*, Londres, H.M.S.O. 1989, col. 697, 698, 699. En pratique, ce sont les « Law Officers of the Crown » qui décident en consultation avec des hauts fonctionnaires d'autres ministères : lettre de Roland Phillips, datée The Treasury Solicitor, 24 nov. 1989. Notre correspondant nous a d'ailleurs fait part de ce que : « Autrefois, nos difficultés financières continuelles avaient pour raison que nous n'avions pas de ministre pour nous défendre, c'est-à-dire pas de ministre directement responsable de nous devant le Parlement. En théorie, le ministre idoine était, je pense, le ministre du Trésor, mais en pratique, nous avons toujours eu un lien très étroit avec l'Attorney General et nous l'avons toujours de façon officieuse considéré comme notre ministre de tutelle ».

la Couronne. Il prépare les dossiers du gouvernement qui doivent se plaider devant les cours de justice et sélectionne à cet effet les barristers les mieux à même de représenter l'Etat. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, la fonction de « Treasury Solicitor » était de représenter la Couronne au civil comme au pénal. Les affaires pénales n'avaient pas grande importance (pour son office) jusqu'au début du XIX^e siècle⁴. A partir de 1696, un second solicitor est nommé pour s'occuper des affaires de l'Etat à Westminster Hall. Ce second « solicitor to the Treasury » se voit doter d'un assistant en 1746 à cause du volume des affaires qui lui sont confiées⁵. En 1786, le « Treasury Solicitor » s'occupe des dossiers qui lui sont remis par l'Attorney General et d'autres ministres. Dès 1729, certains ministères s'étaient dotés d'un solicitor afin de pouvoir ester en justice. Les impôts, la poste et les droits sur le sel ainsi que l'enregistrement avaient leur solicitor.

En 1842, le Treasury Solicitor (minute datée du 18 mars) devient solicitor pour le ministère de l'Intérieur, des Affaires étrangères, des Colonies, du Conseil privé.

La création de la Metropolitan Police en 1829 et la fusion entre le Treasury Solicitor's Office et le Solicitor to the Home Office en 1841 ne firent qu'augmenter les affaires confiées au Treasury Solicitor. C'est à partir de cette époque que s'établit la pratique de désigner un avocat dans les affaires les plus graves au pénal et devant être jugées dans le ressort de la Metropolitan Police, c'est-à-dire le Grand Londres à la Central Criminal Court ou aux Middlesex et Surrey Sessions⁶.

En 1849, avec l'abolition du « Solicitor to The Mint » toutes les affaires de contrefaçon et fausse monnaie sont remises au Treasury Solicitor. Puis suivant les conclusions du rapport Jessel de 1875⁷, l'office de solicitor de l'Amirauté, du ministère de la Guerre et de celui des Travaux publics furent aussi confiés au Treasury Solicitor. En 1884, celui-ci était donc responsable de toutes les affaires judiciaires où l'Etat était impliqué à part les impôts, les douanes, le ministère du Commerce et les postes.

En 1876 était voté le *Treasury Solicitor's Act* qui faisait de cet office une « corporation sole » apte à ester en justice. Le Treasury Solicitor peut avoir un assistant avec tous ses pouvoirs et être instruit par la Couronne.

En 1879 était votée le *Prosecution of Offences Act*. Un Director of Public Prosecutions était créé pour l'Angleterre et le Pays de Galles. Il prenait sous sa direction les affaires pénales autrefois gérées par le « Treasury Solicitor ». Sir Augustus Stephenson avait plaidé pour que le Treasury Solicitor qu'il était puisse garder la gestion des affaires civiles et pénales de l'Etat, en 1884, le *Prosecution of Offences Act* unifiait les services civils et pénaux du Treasury Solicitor qui devenait Director of Public Prosecutions and Solicitor to the Treasury. Le département du Treasury Solicitor avait deux branches l'une civile, l'autre pénale ayant à chaque tête un Assistant Solicitor. En 1908, les deux postes : T.S. et D.P.P. furent définitivement scindés avec deux bureaucraties différentes. Aujourd'hui, le Director of Public Prosecutions est nommé par l'Attorney General (autrefois par le Home Secretary). L'A.G. est responsable politique du Crown Prosecution Service dirigé par le D.P.P. Le Treasury Solicitor a pour chef théorique le chancelier de l'Echiquier responsable politique de ce service⁸.

4. M. Birks, *Gentlemen of the Law*, Londres, Stevens, 1960, p. 126-131.

5. Gavin Drewry, « The Office of Treasury Solicitor », *New Law Journal*, 21 août 1980, p. 753.

6. J.L.I. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, p. 372.

7. *Departmental Committee on the System upon which the Legal Business of the Government is conducted*, First, Second, Third Reports, H.C. Paper 199 of 1877, p. 59-61, 62-69.

8. Politiquement (devant la Chambre des Communes) c'est le Chancelier de l'Echiquier qui est responsable du Treasury Solicitor's Office et non l'Attorney General, *V. contra*: Wade & Philips, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Longman, 1977, 9^e éd. p. 334. Cette affirmation n'est pas reprise dans la 10^e éd. : Wade & Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Longman, 1987, p. 360-361. Cette affirmation est relevée par John L.I. J. Edwards, *The Attorney General, Politics and The Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, p. 194, n° 63. S. de Smith et R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, Harmondsworth, Penguin, 1989, 6^e éd. p. 178 n° 6 sont du même avis. L'Attorney General actuel se considère cependant responsable du Government Legal Service dont le Treasury Solicitor est le chef: *Lawyers in Government*, London Government Legal Services s.d. 1989? Foreword by Sir Patrick Mayhew Attorney General (brochure destinée au recrutement). En cela Sir Patrick rejoint

Depuis le Moyen Age, la Couronne utilise les services d'avocats pour la représenter dans les cours de justice du royaume. Dès 1461, on voit apparaître un solicitor chargé d'agir au nom de l'Etat. Ce solicitor a pour client privilégié la Couronne. Bientôt (XV^e siècle), les « royal attorneys » se voient remplacés par la fonction de « King's Attorney » qui deviendra au XVI^e siècle Attorney General. Un seul Attorney et Solicitor General ne pouvait assumer toutes les tâches exigées par l'Etat anglais du XVI^e siècle. On voit alors émerger un groupe d'avocats les « King's Counsel Learned in the Law »⁹. Ces barristers sont en priorité au service de la Couronne et assistent l'Attorney comme le Solicitor General. Ces barristers recevaient de la Couronne un « retainer » c'est-à-dire une provision permanente d'honoraires afin de les empêcher de plaider contre l'Etat¹⁰.

Au XVIII^e siècle, avec le développement de l'administration, on assiste à la création de nouveaux départements et ministères qui demandent aux Law Officers of the Crown (AG et SG) assistance juridique. C'est à cette époque qu'ils nomment des solicitors afin de les aider dans leurs tâches mais répartis entre les différents services. Le « Treasury Solicitor » garde cependant sa prééminence. Pour les questions les plus compliquées et les plus techniques, les solicitors des différents ministères peuvent toujours en référer aux Law Officers. W.S. Holdsworth le dit bien : « En 1877, il y avait huit ministères à côté de celui du Trésor qui possédaient un service juridique. Mais il ne fait aucun doute que le Trésor et son solicitor ont toujours joué le plus grand rôle dans la gestion des affaires juridiques de l'Etat ; le solicitor du Trésor étant le plus important de tous les solicitors attachés aux autres ministères.

En 1877, le Treasury Solicitor représentait seize ministères à côté de celui du Trésor. Il était normal qu'il absorbât petit à petit le travail effectué par les solicitors des différents ministères »¹¹.

Au cours du XIX^e siècle, on va assister à la création d'offices de conseillers juridiques dans les différents ministères. Ces conseillers utilisés à plein temps par leur département seront toujours fidèles à leur corps d'origine (barreau pour les barristers, « Law Society » pour les solicitors). Ces conseillers gardent un lien avec le Treasury Solicitor's Office, interlocuteur privilégié du gouvernement et solicitor par excellence de celui-ci. La commission Compton recommandera d'ailleurs que le T.S. soit le chef du Legal Career Service (1971). Aujourd'hui (1989), le Treasury Solicitor est le chef des Government Legal Service¹². C'est lui qui est responsable de la gestion des carrières des juristes attachés aux différents ministères. Les Parliamentary Counsel et les conseillers juridiques du Foreign et Commonwealth Office ne font pas partie du Government Legal Service. Ceux-ci ont un Legal Adviser's Department dont les relations avec les Law Officers of the Crown en matière de droit international sont similaires à celles du Treasury Solicitor par rapport aux solicitors des différents ministères pour le droit interne¹³.

DES JURISTES FONCTIONNAIRES DE LA COURONNE

Jusqu'en 1879¹⁴, le Treasury Solicitor confie les dossiers les plus compliqués à un groupe d'avocats spécialisés appelés « Treasury Counsel ». Après cette date est créée

les conclusions de Sir Robert Andrew qui déclarait : « Le Treasury Solicitor et le Director of Public Prosecutions ont des liens directs avec l'Attorney et le Solicitor General, et en cela, l'AG et le SG sont responsables devant le parlement de tout ce qui ressort de leur compétence » ; Robert Andrew, *Government Legal Services*, Londres, GLS, 1988, p. 14, 3-22.

9. T.F.T. Plucknett, *A Concise History for the Common Law*, Londres, Butterworth, 5^e éd., 1956, p. 230. Sir Francis Bacon contribue à la définition de cette fonction.

10. J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Londres, Butterworth, 1979, 2^e éd. p. 142-143.

11. W.S. Holdsworth, *A History of English Law*, Londres, Methuen, 1938, vol XII, p. 13.

12. *Lawyers in Government*, op. cit. p. 3.

13. Peter Archer, cité in Gavin Drewry, « Lawyers in the U.K. Civil Service », *Public Administration*, vol. 59, Spring 1981, p. 44 n° 15.

14. *Prosecution of Offences Act 1879* (création du Director of Public Prosecutions).

la fonction de Director of Public Prosecutions. Les dossiers pénaux les plus importants seront gérés par le D.P.P. alors que les civils le seront pas le T.S. De 1884 à 1908¹⁵, c'est la même personne qui exerce les deux fonctions d'ailleurs liées. Après 1908¹⁶ et dorénavant, ce seront deux fonctions, deux personnes distinctes¹⁷. Le Treasury Solicitor¹⁸ peut être un barrister mais devient automatiquement solicitor lorsqu'il assume les fonctions de T.S.¹⁹. Dans les différents ministères, les membres du Government Legal Service sont aussi bien « barristers » que « solicitors ». Dans les cours inférieures, le département ou ministère peut être représenté aussi bien par un fonctionnaire de la Couronne « barrister » ou « solicitor ». Il ne faut pas oublier que, même fonctionnaire, « barristers » et « solicitors » sont toujours soumis aux règles d'« étiquette » et de déontologie de leurs différents corps.

Les solicitors fonctionnaires sont considérés comme « practising solicitors » par les cours devant lesquelles ils représentent la Couronne (cours inférieures) alors que les « barristers » n'agissent que comme simples particuliers. En pratique, les cours ont le pouvoir de laisser agir les « barristers » comme avocats²⁰. Pour les cas les plus difficiles²¹, le « departmental solicitor » (qu'il soit « solicitor » ou « barrister ») peut toujours en référer au Treasury Solicitor qui peut prendre l'affaire en main, ester en justice pour la Couronne ou en référer à l'Attorney General et ses services²².

15. *Prosecution of Offences Act 1884* (création du poste de Director of Public Prosecutions and Solicitor to the Treasury).

16. *Prosecution of Offences Act 1908* (scission des deux offices : D.P.P. et T.S.).

17. Pour l'évolution du poste de D.P.P. à partir de celui de T.S. V. J.L.I. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, ch. 17, p. 367-401.

18. Le *Treasury Solicitor Act 1876* est muet quant à la qualité de « solicitor » ou « barrister » du titulaire. Le nom officiel de la fonction est « Solicitor for the affairs of Her Majesty's Treasury ». Jusque dans les années 1930, le titulaire fut aussi bien un « solicitor » qu'un « barrister ». La section 12 de l'*Attorney and Solicitors Act 1874* précise que le Treasury Solicitor est réputé, de par sa fonction, être « solicitor » ainsi que ceux employés comme « solicitor » dans un ministère.

19. V. *Halsbury's Laws of England*, Londres, Butterworth, 1977, 4^e éd. vol. 8, § 1288 ff.

20. Gavin Drewry, 1981, *op. cit.* p. 39 et 41. Pour la responsabilité du ministre quant aux conseils juridiques qui lui sont donnés V. Gavin Drewry, *New Law Journal*, 6 nov. 1980, p. 1032.

21. Entretien avec Sir Nicholas Lyell, M.P.Q.C., Solicitor General (oct. 1989).

22. Si on examine la liste des affaires pour l'automne 1989 et gérées par le Treasury Solicitor, on peut voir :

Treasury Solicitor's Department
List of cases for Hearing
Michaelmas term 1989

The Rt. Hon. HM Attorney General QC. MP.

Contents	Number of cases
1. House of Lords	6
2. Court of Appeal	36
3. Crown Office List	78
4. Queen's Bench Division	22
5. Chancery Division	43
6. Restrictive Practices Court	4
7. County Court	17
8. Family Division	6
9. Employment Appeal Tribunal	9
10. Industrial Tribunal	14
11. Other Tribunals	6
12. Arbitration	1
13. European Court of Justice	7
14. Public Inquiry	2

Liste communiquée par Roland Phillips du Treasury Solicitor's Department. Cette liste est appelée l'« Attorney General's List of Cases ». Chaque affaire y est résumée et chaque avocat choisi nommé. L'Attorney General se trouve ainsi informé du choix du « barrister » : lettre datée Londres 30 oct. 1989 The Treasury Solicitor. Dans le rapport *The Government Legal Services*, Sir Robert Andrew considère p. 92 (3) : « Les services de l'Attorney et du Solicitor General ainsi que ceux du Treasury Solicitor devraient fusionner pour donner naissance à un service élargi des Attorney et Solicitor General sous le contrôle direct de l'AG avec inclusion des services des conseillers parlementaires, ceux

Selon le *Crown Proceedings Act 1947* une liste définit les compétences du Treasury Solicitor quant à la représentation des différents ministères²³. Bien que conseillée par les fonctionnaires spécialisés en droit, l'administration fait souvent appel à des barristers indépendants pour une opinion ou une intervention ponctuelles. Ces avocats entretiennent une relation informelle avec la Couronne. Ils sont invités par lettre de l'Attorney General à devenir « Junior Treasury Counsel » ou « Junior Counsel to The Crown » au civil ou « Prosecuting Counsel to The Crown » au pénal et se voient alors distribuer en priorité les dossiers émanant de l'Etat.

UN GROUPE D'AVOCATS CHOISIS

Lord Hailsham, alors Lord Chancelier (1980), explique cette situation de façon très claire : « Quand j'étais secrétaire d'Etat pour l'Education puis ministre d'Etat pour l'Education et la Science, nous avions un service juridique très compétent, et je dois dire que pour les affaires concernant directement l'éducation, je préférerais obtenir l'avis des conseillers juridiques du ministère plutôt que celui de tout autre juriste n'appartenant pas à mon ministère. Cela dépendait du genre de problème à résoudre. On consulte le Treasury Solicitor qui conseille à qui s'adresser. Cela peut être un problème de droit pénal et on prend avis auprès d'un des Treasury Counsel qui plaide

du Director of Public Prosecutions pour l'Irlande du Nord et l'Office de répression des fraudes ». Robert Andrew, *Review of Government Legal Services*, Londres, M.S.O. 1988.

23. La liste officielle publiée en avril 1986 selon la section 17 du *Crown Proceedings Act 1947* répertorie les ministères et agences gouvernementales représentés par le Treasury Solicitor :

Authorized Government Departments

Advisory, Conciliation and Arbitration Service
 Board of Trade
 Ministry of Defence
 Department of Education and Science
 Department of Employment
 Department of Energy
 Department of Environment
 Export Credits Guarantee Department
 Director General of Fair Trading
 Director General of Telecommunications
 Registry of Friendly Societies
 Health and Safety Commission
 Health and Safety Executive
 Department of Health and Social Security
 Home Office
 Management and Personnel Office
 Manpower Services Commission
 Department for National Savings
 Northern Ireland Office
 Office of Population Censuses and Surveys
 Public Works Loan Board
 Her Majesty's Stationery Office
 Department of Trade and Industry
 Department of Transport
 Her Majesty's Treasury
 Welsh Office
 Ministry of Agriculture, Fisheries and Food
 Forestry Commissioners
 Intervention Board for Agricultural Produce
 Commissioners of Customs and Excise
 Commissioners of Inland Revenue
 Crown Estate Commissioners

Solicitors for service

Treasury Solicitor

Solicitor to the Ministry of
 Agriculture, Fisheries and Food

Solicitor for the Customs and Excise
 Solicitor of Inland Revenue
 Solicitor to the Crown Estate Commissioners

près la Central Criminal Court de Londres. Quand c'est un problème de brevets, on prend conseil auprès d'un avocat spécialisé »²⁴.

Au civil, il y a un « First Junior Treasury Counsel » Common Law assisté de neuf Junior Counsel to the Crown, Common Law (The Panel). Il y a aussi un First Junior Treasury Counsel, Chancery assisté de deux Junior Counsel to The Crown Chancery (The Panel).

L'Attorney General publie aussi une liste supplémentaire avec spécialisation : Agriculture, Fisheries & Food, Customs & Excise, Education & Science, Employment, Environment, Treasury. Ces avocats autres que les First Junior Treasury Counsel peuvent accepter des dossiers autres que ceux qui leur sont soumis par la Couronne. Celle-ci est leur client privilégié avec lequel ils ont une relation de « retenir ». Ces avocats ne sont en aucune façon fonctionnaires et leur relation avec la Couronne peut prendre fin à tout moment (de part et d'autre). Cette position est considérée comme un honneur et une marque de confiance de l'Etat pour l'avocat. Le fait de figurer sur la liste fait que les barristers qui sont choisis seront surtout pour les « Junior Counsel to The Treasury » presque automatiquement promus juges dans une cour supérieure²⁵. Une telle position révèle une autorité de compétence et une garantie d'apport de dossiers spécialisés surtout en droit administratif. Les avocats choisis doivent accepter en priorité les dossiers de la Couronne et démissionner s'ils sont nommés Queen's Counsel. En aucun cas ces avocats ne forment un ordre à eux, ce sont des barristers en libre exercice soumis à leur Inn of Court comme leurs confrères. Au pénal, il existe une liste parallèle : Standing Counsel (Criminal Matters), Prosecuting Counsel to The Crown.

Aujourd'hui, en 1989, il y a six Senior Counsel par ordre d'ancienneté et un premier Junior Counsel et cinq autres Juniors. Leur nombre a été réduit en 1984²⁶. Depuis 1856, l'Attorney General a nommé des barristers spécialisés dans la poursuite pénale à la Central Criminal Court de Londres. Ces avocats au nombre de douze ne forment pas plus un barreau que leurs confrères travaillant pour le Treasury Solicitor. Ce sont, avant tout, les conseillers du Director of Public Prosecutions (ancien First Senior Counsel lui-même, Alan Green Q.C.) ; celui-ci dirige désormais le tout nouveau Crown Prosecution Service. Le premier Senior est toujours président *ex officio* de l'Old Bailey Bar Mess. Dès qu'ils sont nommés, les Treasury Counsel consacrent 95 %²⁷ de leur temps à la poursuite pénale alors que théoriquement ils peuvent accepter des dossiers de défense. Lors de la création en 1985-1986 du Crown Prosecution Service, certains émettent l'idée qu'un corps d'avocats spécialisé dans la poursuite fût constitué et intégré au C.P.S. La Royal Commission on Criminal Procedure déclarait : « Nous nous sommes aussi demandé s'il était souhaitable de créer un corps d'avocats avec droits exclusifs de plaidoirie pour poursuivre au pénal selon les règles des Advocates Depute écossais. La plupart des personnes interrogées refusèrent cette proposition. On fit remarquer qu'il est de règle pour les membres du barreau d'accepter des dossiers de défense comme de poursuite. Cela permet aux avocats de ne pas avoir un

24. H.L. Deb. vol. 407, col. 203 (18 mars 1980).

25. P.F. Smith et S.H. Bailey, *The Modern English Legal System*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, p. 160.

26. Graham Mansfield et Jill Peay, *The Director of Public Prosecutions*, Londres, Travistock Publications, 1987, p. 56 n° 15. En 1977, l'Attorney General Sam Silkin Q.C. nomma sept nouveaux Treasury Counsel à la Central Criminal Court. Il voulait que les Treasury Counsel puissent aussi accepter les dossiers de défense afin de ne pas poursuivre en permanence pour la Couronne. Une telle politique avec 17 Treasury Counsel à l'« Old Bailey » fit que les « barristers » se trouvant sur la liste supplémentaire se trouvèrent moins sollicités par le D.P.P. En 1984, l'Attorney General Sir Michael Havers annonça qu'il réduirait le nombre des Treasury Counsel ce qui ne manqua pas de redonner des dossiers de poursuites au reste du barreau et à la liste supplémentaire : Tudor Price, « Treasury Counsel at the Old Bailey, Past, Present and Future », *Criminal Law Review*, août 1985, p. 473. Tudor Price considère aussi qu'il n'est pas souhaitable qu'il y ait un corps d'avocats de l'Accusation employé à plein temps et fonctionnaires de la Couronne, Tudor Price, *op. cit.* 1985, p. 474.

27. Tudor Price, « Treasury Counsel at the Old Bailey, Past, Present and Future », *Criminal Law Review*, août 1985, p. 473.

comportement trop répressif. A Londres, en tout cas, le système du Treasury Counsel permet une certaine continuité et l'assurance de la disponibilité de conseils expérimentés au service du Director of Public Prosecutions dans les affaires graves. Certains d'entre nous pensent avec d'autres personnes interrogées que cette affaire est close après les recommandations de la Royal Commission on Legal Services. Ils en ont conclu que le barreau n'est pas en faveur de changement dans l'agencement des droits de plaidoirie sauf pour une extension limitée demandée par la Prosecuting Solicitors' Society exprimée par certains d'entre nous »²⁸.

C'est pour les affaires pénales les plus graves, les plus compliquées et les plus techniques entendues devant la Central Criminal Court de Londres « Old Bailey » que les « Treasury Counsel » interviennent pour le D.P.P. Ils constituent un véritable vivier d'avocats et doivent accepter en priorité les dossiers d'accusation et non de défense (à la différence de leurs confrères). Ces avocats spécialisés dans l'Accusation travaillent en véritable symbiose avec les services de l'A.G. et du D.P.P.

Au civil comme au pénal, les Treasury Counsel sont rémunérés au dossier. Au civil, les honoraires de ces avocats sont versés à partir de fonds alloués au Treasury Solicitor même si le dossier provient d'un autre ministère que celui du Trésor. Pour la rémunération des dossiers pénaux, ce sont les fonds alloués au C.P.S. et à ceux alloués aux services du D.P.P. qui sont utilisés pour régler les honoraires des avocats spécialisés dans l'Accusation à l'« Old Bailey ». Auparavant, les honoraires de ces avocats représentant la Couronne étaient versés par le Treasury Solicitor²⁹.

Payés au dossier, pleinement indépendants dans leur profession mais liés à la Couronne par un « gentleman's agreement », les Treasury Counsel sont des conseils écoutés de l'Etat. Pour les affaires difficiles et complexes où celui-ci doit être représenté, ils le servent de façon ponctuelle en apportant leur spécialité en droit administratif et pénal.

Cette relation informelle fait d'eux des conseils et conseillers, de véritables consultants indispensables pour le contentieux de la Couronne britannique.

28. *Royal Commission on Criminal Procedure* 1981 (Cmnd, 8092, p. 150-151).

29. Lettre de Roland Phillips, *The Treasury Solicitor*, 15 déc. 1989.

A. – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

André VITU

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

Amnistie. Circonstances atténuantes. Confusion des peines. Prescription. Presse. Relèvement. Ventes avec primes.

1. Confusion des peines et effets des circonstances atténuantes en matière criminelle

Une jurisprudence remontant au fameux arrêt rendu par la Chambre criminelle le 13 juillet 1888 (D. 1888. 1. 445, rapport conseiller Poulet, S. 1890. 1. 148) affirme que la confusion des peines a pour seul résultat d'empêcher l'exécution de la peine absorbée. Mais elle ne fait pas disparaître cette peine, qui conserve son existence propre et qui peut, bien qu'insusceptible d'exécution, constituer le premier terme d'une éventuelle récidive ou faire obstacle à l'octroi ultérieur d'un sursis en cas de rechute. Mieux : si la peine absorbante vient à disparaître, la peine confondue avec elle reprend vie complète et sera ramenée à exécution, sans qu'il y ait à distinguer selon l'événement qui a pu éliminer cette peine absorbante : amnistie (Crim. 20 juill. 1967, *Bull. crim.* n° 224, cette *Revue*, 1968.615, obs. A. Légal), cassation de l'arrêt qui la prononçait (Crim. 13 juill. 1888, préc.), prescription (Crim. 4 déc. 1958, *Bull. crim.* n° 724, cette *Revue*, 1959.669, obs. A. Légal), ou absorption de la peine absorbante par une peine plus élevée (Crim. 24 juill. 1968, *Bull. crim.* n° 237, D. 1969. 255, note J.-M. R., cette *Revue*, 1969.656, obs. A. Légal).

Il arrive parfois que les trois peines en présence (que pour plus de clarté nous appellerons A, B et C, A étant la peine absorbée au départ et tout juste rendue à la vie, B la peine dans laquelle elle avait été résorbée, et C la troisième peine, la plus élevée, qui vient d'absorber la peine B) sanctionnent des infractions qui, toutes trois, se trouvent en situation de concours réel l'une par rapport à l'autre. En ce cas, rien n'interdit que, soit d'office, soit à la requête du prévenu, la juridiction qui prononce la peine C décide que celle-ci absorbera, tout ensemble, les deux peines précédentes et pas seulement la peine intermédiaire B. La chose est parfaitement légale, mais elle doit être expressément décidée par les juges : leur silence sur la peine A ne doit pas et ne peut pas signifier que, déjà absorbée par la peine B, cette peine A se trouvait automatiquement entraînée par la confusion de la peine B dans la peine C (Crim. 24 juill. 1968, préc.).

Inversement, la juridiction pénale saisie de la troisième poursuite peut refuser d'ordonner la confusion des peines A et C, tout en décidant d'absorber la peine B dans la peine C qu'elle vient de prononcer. Encore faut-il que sa liberté à ce sujet ne soit pas exclue par le fait qu'en prononçant la peine C, la juridiction aurait atteint le maximum prévu par la loi pour la troisième infraction, la plus grave : de ce fait, la confusion de la peine A et de la peine C deviendrait obligatoire en même temps que la confusion des peines B et C.

Ces explications théoriques viennent de trouver leur illustration dans une espèce récemment déférée à la Chambre criminelle (Crim. 19 juill. 1989, *Bull. crim.* n° 294). Un sieur Blondey avait été condamné, pour des délits commis en concours réel et sur des procédures distinctes, à deux ans et six mois, puis à deux ans d'emprisonnement, et le tribunal correctionnel saisi de la seconde affaire avait ordonné la confusion des deux peines. Peu après, pour des vols aggravés par le port d'une arme et commis en concours réel avec les divers délits dont il vient d'être parlé, Blondey comparait devant la cour d'assises du Jura ; cette juridiction, après avoir accordé à l'accusé le bénéfice des circonstances atténuantes, l'avait condamné à cinq années d'emprisonnement sans sursis et déclaré que cette peine serait confondue avec celle de deux ans et six mois précédemment prononcée ; mais la cour d'assises n'avait pas soufflé mot d'une possible confusion avec la peine de deux ans d'emprisonnement, qui se trouvait brusquement libérée par la disparition de la peine de deux ans et six mois en laquelle elle avait été absorbée jusqu'à présent.

Allait-on pouvoir faire exécuter par l'intéressé deux peines cumulées (5 ans et 2 ans d'emprisonnement), soit sept ans au total ? Statuant sur la requête présentée par Blondey, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Besançon (compétente, en application de l'art. 710, al. 2 c. pr. pén., pour statuer sur ce point à la place de la cour d'assises, dernière juridiction de jugement intervenante) rejette la demande qui lui était faite, sans se douter qu'elle venait de méconnaître une règle de fond liée aux effets des circonstances atténuantes en matière criminelle.

Cette règle, la voici : la durée maximale de l'emprisonnement correctionnel, telle qu'elle est fixée par l'article 40 du code pénal et exception faite des cas où la loi en décide autrement, est de cinq ans. En conséquence, lorsqu'une cour d'assises décide d'accorder à l'individu poursuivi des circonstances atténuantes et que son indulgence la pousse à descendre jusqu'au prononcé d'une peine correctionnelle, cette peine, qu'elle soit ou mitigée par un sursis total ou partiel, simple ou avec mise à l'épreuve, a pour limite supérieure le plafond de cinq ans établi par l'article 40 (Crim. 2 nov. 1960, *Bull. crim.* n° 497 ; 20 mars 1961, *ibid.* n° 179 ; 12 janv. 1983, *ibid.* n° 17 ; 1^{er} août 1987, *ibid.* n° 303 ; cette *Revue*, 1988.302, obs. G. Levasseur, et 511, obs. A. Vitu).

En prononçant une peine de cinq années d'emprisonnement, la cour d'assises du Jura avait donc épuisé la pénalité correctionnelle dont elle disposait. Du coup, la chambre d'accusation ne pouvait pas ordonner le cumul (ou refuser la confusion), dans la mesure où l'addition des peines en concours dépassait le maximum afférent à l'infraction la plus grave, ici les cinq ans résultant de l'application de l'article 40 du code pénal. La demande du sieur Blondey aurait dû être satisfaite et la confusion être obligatoirement prononcée entre les peines de 5 ans et de 2 ans d'emprisonnement. En s'y refusant, la chambre d'accusation ne pouvait que s'exposer à la cassation, et la Chambre criminelle n'a pas manqué de censurer, par son arrêt du 19 juillet 1989, la décision qui lui était déférée.

2. Effet de l'amnistie sur la brève prescription applicable en matière de presse

Quand la loi du 23 décembre 1980 vint briser la solidarité que le code d'instruction criminelle (art. 637, 638 et 640) et le code de procédure pénale (art. 10) avaient établie entre la prescription de l'action publique et celle de l'action civile, la Cour de

cassation fut amenée à décider que, l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 étant demeuré inchangé, l'action civile née d'une infraction commise en matière de presse continuait d'être régie par le bref délai de prescription de trois mois fixé par cet article (Crim. 11 déc. 1984, *Bull. crim.* n° 398), et cela alors même que l'action serait portée, non devant une juridiction pénale, mais devant le juge civil (Civ. 2^e, 20 avr. 1983, *Bull. civ.* II, n° 97 ; Civ. 2^e, 13 juin 1985, *Bull. civ.* II, n° 120 ; Paris, 23 mars 1982, D. 1982. 374, concl. avocat général Mme Flipo ; en sens contraire, Trib. grande inst. Créteil, 9 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 430, note approb. F. Chabas). La solution est rationnelle car, dans le silence de la loi de 1980 et quelles qu'aient été à cet égard les intentions de ses promoteurs (lettre de M. Rudloff, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 431) qui auraient dû rédiger plus attentivement le texte qu'ils proposaient au vote du Parlement, l'article 65, disposition spéciale, doit l'emporter sur la disposition générale que constitue la loi de 1980. Il faudrait d'ailleurs donner la même solution pour les autres prescriptions brèves que l'on trouve encore dans notre droit (ainsi pour les infractions commises en matière de réunions publiques, art. 11, loi du 30 juin 1881, ou pour les infractions électorales, art. L. 114, c. élect.), prescriptions pour lesquelles, là encore, la loi de 1980 est aussi muette que pour la presse.

La position adoptée par la Cour de cassation — le maintien de la courte prescription édictée par l'article 65 — doit-elle persister lorsque est promulguée une loi d'amnistie qui vient enlever aux délits de presse leur caractère d'infractions pénales ? En faveur d'une réponse négative, on pourrait tenir le raisonnement suivant. Tant qu'un délit de presse conserve objectivement sa nature pénale (même s'il est devenu, en fait, impunissable parce que la prescription de l'action publique est maintenant acquise), la solidarité des prescriptions pénale et civile doit être observée ; mais, l'amnistie intervenant, le délit de presse se voit dépouillé de son coloris pénal et ne constitue plus qu'une simple faute civile, échappant alors aux dispositions particulières de la loi de 1881 : il faut donc lui appliquer la prescription propre aux délits et quasi-délits civils (trente ans jusqu'en 1985, dix ans depuis la loi du 5 juill. 1985 : art. 2270-1 c. civ.).

Cette analyse avait été accueillie par la jurisprudence parisienne au lendemain de la loi d'amnistie du 4 août 1981 (Trib. grande inst. Paris, 30 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 1. Somm. 177 ; Paris, 15 et 28 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983. 2. Somm. 287). Mais, dans une décision plus récente, la cour d'appel de Paris (5 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 16-17 févr. 1990, note J.-P. Doucet) adopte la solution inverse : malgré l'amnistie (ici, celle de la loi du 20 juill. 1988), la prescription de trois mois continue à gouverner l'action civile née d'une diffamation et soumise aux juges civils. Cet arrêt récent, justement approuvé par son annotateur, s'appuie sur deux arguments, l'un tiré de la loi sur la presse, l'autre du droit de l'amnistie.

La loi de 1881 affirme la liberté de la presse (c'est l'objet même de son article 1^{er}) et, pour éviter que cette liberté ne soit aussitôt étouffée par le carcan de règles trop rigoureuses qu'offrirait le droit commun, ses rédacteurs ont mis sur pied un réseau d'exigences procédurales, qui rendent difficile la mise en jeu de la responsabilité des auteurs d'infractions de presse (au sens large que cette expression revêt en la matière). La courte prescription est l'une des expressions de cette volonté légale : en réduisant à trois mois le délai de la prescription, quelle que soit la nature de l'infraction commise (crime, délit ou contravention), le législateur a cherché à jeter rapidement le voile de l'oubli sur les responsabilités des auteurs d'infractions de presse : le silence est imposé à l'action civile autant qu'à l'action publique (art. 65). Cette volonté de faire reculer les règles du droit commun ne saurait disparaître que par la décision expressément contraire de la loi : or rien de tel ne se dégage des lois d'amnistie, même lorsqu'elles étendent la mesure d'oubli à telle ou telle des infractions réprimées par la loi de 1881.

Il faut d'ailleurs ajouter, et c'est le second argument, que les lois d'amnistie ont, par nécessité, une portée limitée : faisant échec, pour un temps, à la répression et reposant sur une fiction, elles sont gouvernées par la règle de l'interprétation stricte, souvent affirmée en jurisprudence. Le seul effet d'une loi d'amnistie est d'interdire

que les faits infractionnels visés par elle et commis avant la date qu'elle fixe échappent à toute poursuite, et que les condamnations qui les ont frappés soient effacées. Mais le pardon légal ne va pas plus loin. Comme l'a fort exactement souligné le professeur Doucet, « la loi d'amnistie ne nie pas l'existence de ces faits, elle ne nie pas non plus que ces faits tombaient sous le coup de la loi pénale le jour où ils ont été accomplis ; elle fait simplement obstacle à toute qualification pénale ». D'où la conséquence qu'en a tirée la cour de Paris : la loi d'amnistie ne prive pas le fait infractionnel de sa spécificité, celle que, précisément, lui imprime la loi du 29 juillet 1881, dont les règles particulières continuent de lui être appliquées et, parmi elles, la disposition de l'article 65 sur la prescription de trois mois.

La Cour de cassation sera-t-elle saisie de la difficulté ? L'attitude hostile qu'elle témoigne généralement à l'égard des lois d'amnistie donne à penser qu'elle approuvera la solution donnée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 5 octobre 1989, et qui apparaît rationnellement fondée.

3. *L'amnistie et les ventes avec primes*

Commerçant en téléviseurs et matériel Hifi, un sieur P. offrait, pour la vente de tout magnéscope, une prime consistant en la remise, à l'acheteur, de cent films en location. Si l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a largement simplifié et édulcoré la réglementation des ventes et prestations de services avec primes (sur le droit antérieur à 1986, cf. M. P. Hilbert, *L'interdiction des ventes et prestations de service avec primes dans la loi du 20 mars 1951*, thèse dactylographiée, Nancy, 1986), demeurent cependant interdites les primes proposées aux consommateurs et consistant en des produits, biens ou services non identiques à ceux qui forment l'objet de la vente ou de la prestation de service (art. 29), ce qui était le cas du sieur P. Et voilà ce dernier poursuivi, non pas devant le tribunal correctionnel comme ç'eût été le cas sous l'empire de la loi du 20 mai 1951 (combinée à l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945), mais devant le tribunal de police pour s'y entendre condamner aux peines contraventionnelles de la cinquième classe prévues par le décret du 29 décembre 1986 (art. 33, al. 1^{er}). Or le tribunal de police déclara amnistiés les faits reprochés, en application de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988, ces faits étant antérieurs à la date du 22 mai 1988 fixée par cette loi.

Frappée d'appel par le ministère public, la décision a été confirmée par la cour de Douai le 17 novembre 1989 (arrêt aimablement communiqué par M. le conseiller R. Lévy). Il n'est pas inintéressant d'analyser le raisonnement suivi par la cour, car il met en relief la technique imparfaite selon laquelle sont rédigées certaines lois d'amnistie.

La loi du 20 juillet 1988 a expressément écarté du bénéfice du pardon qu'elle institue une longue liste de faits au rangs desquels figurent « les infractions prévues par les articles 17, 31, 34, 35 et 52 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ... et par les textes pris pour l'application de cette ordonnance... » (art. 29-12°, loi du 20 juill. 1988). Ecrite dans l'article 29 de l'ordonnance de 1986, la prohibition des ventes avec primes ne relève donc pas de l'énumération de textes par laquelle débute l'article 29-12° précité ; cependant, puisque les sanctions attachées aux ventes avec primes illégales sont insérées dans le décret du 29 décembre 1986 (art. 33), ne devrait-on pas dire — comme sans doute l'avait fait le ministère public, en poursuivant le sieur P. — que, ce décret constituant en l'espèce un « texte pris pour l'application de l'ordonnance » de 1986, les infractions rattachées à ce décret sont, elles aussi, écartées du bénéfice du pardon légal par l'article 29-12° ?

Les magistrats de la cour d'appel de Douai ont repoussé cette conclusion. Le décret du 29 décembre 1986 se contente de prévoir, pour les ventes avec primes, des peines contraventionnelles, mais ce n'est pas lui qui décrit l'infraction et contient l'incrimination correspondante : celle-ci est insérée dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. En raison de cette dissociation entre la norme et la sanction, la première placée

dans le texte législatif, la seconde dans le texte réglementaire, la cour d'appel a estimé que le pardon institué par la loi d'amnistie de 1988 ne pouvait pas être refusé au sieur P. En d'autres termes, et par une interprétation littérale des dispositions légales, elle a considéré qu'en visant « les infractions prévues ... par les textes pris pour l'application de l'ordonnance de 1986... », la loi d'amnistie ne pouvait désigner que des faits contraventionnels dont la norme et la sanction étaient, *tout ensemble*, insérées dans le décret du 29 décembre 1986, ce qui n'était pas le cas pour les ventes avec primes.

Cette solution, on le remarquera, a une valeur générale, car elle est applicable à toutes les infractions dont l'incrimination et la sanction sont écartelées entre l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et le décret du 29 décembre : ainsi du refus de vendre à des consommateurs, de l'omission de communiquer à des revendeurs les barèmes de prix et les conditions de vente, ou encore de la vente de produits ou de la proposition de services avec utilisation irrégulière du domaine public (respectivement : art. 30, 33 et 37, ord. 1986). Si le législateur avait entendu écarter de l'amnistie la vente avec primes et ces diverses contraventions, il lui aurait suffi de viser les articles 29, 30, 33 et 37 dans la liste des exclusions inscrites à l'article 29-12° de la loi de 1988 : en se servant d'une formulation imparfaite (« les infractions prévues par les textes pris pour l'application de l'ordonnance de 1986 »), il a manqué son but et fait naître un contentieux qui aurait pu et dû être évité.

4. Les limites d'applications du relèvement

Par un arrêt du 4 janvier 1990 (*Droit pénal*, mars 1990, n° 112), la Chambre criminelle vient de décider que la procédure du relèvement instituée par la loi du 29 décembre 1972 (art. 55-1 et 473 c. pén. ; art. 703 et 775-1 c. pr. pén.) ne peut pas être utilisée pour faire disparaître une sanction disciplinaire frappant un officier ministériel et prononcée contre lui par une instance disciplinaire. Cette décision ajoute une nouvelle pierre à la jurisprudence par laquelle la Cour de cassation s'efforce de baliser les limites d'application de l'institution du relèvement ; elle revêt une importance d'autant plus significative qu'elle a été prise sur le pourvoi formé par le procureur général près cette Cour, agissant d'ordre du Garde des Sceaux.

Les circonstances de l'affaire étaient fort simples. Une dame exerçant la profession de notaire s'était rendue coupable d'abus de confiance et, en 1984, elle avait été destituée de sa charge par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, statuant en matière disciplinaire. Comparissant ultérieurement devant le tribunal correctionnel de Digne (sans doute le ou les détournements constitutifs d'abus de confiance avaient-ils été commis hors le cadre de la fonction notariale, ce qui excluait l'application de la circonstance aggravante de l'article 408, alinéa 5, du code pénal, qui aurait conduit la coupable en cour d'assises), l'intéressée fut condamnée le 6 octobre 1988, par un jugement devenu définitif, à dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis. Par la même décision, les juges correctionnels déclaraient que la mention de la condamnation pénale serait exclue du bulletin n° 2 du casier judiciaire, et que d'autre part la coupable était relevée de l'incapacité d'exercer la profession de notaire résultant de la destitution prononcée par la cour d'appel.

Situation tout à fait extraordinaire, le jugement correctionnel réunissait ainsi, en une même décision, les deux techniques du relèvement : le relèvement instantané, réalisé ici sous la forme particulièrement simple et efficace de l'exclusion de l'inscription au bulletin n° 2, et le relèvement différé, visant la destitution prononcée quatre ans auparavant par la cour d'appel. On voit assez bien ce qui avait pu conduire les magistrats de Digne à user cumulativement de ces deux aspects du pardon qu'offre la loi : ils avaient dû penser qu'en se bornant à user du relèvement instantané leur décision aurait laissé intacte la sanction disciplinaire prononcée antérieurement, laquelle aurait frappé d'une infirmité partielle la décision de non-inscription au bulletin n° 2, alors

que l'on dit de cette exclusion qu'elle emporte relèvement de toutes les interdictions, déchéances ou incapacités de toute nature.

Mais ce raisonnement n'avait pas suffisamment tenu compte des textes qui fixent les conditions d'application du relèvement envisagé en ses deux aspects. Dans l'un et l'autre cas, ces textes ont soin de préciser que, même s'il est général, le relèvement atteint seulement les interdictions, déchéances et incapacités « résultant de la condamnation » que les juges répressifs prononcent ou ont prononcée (art. 55-1, al. 1^{er} et 2, c. pén. et art. 775-1, al. 1^{er} et 2, c. pr. pén.). Cette formulation légale écarte donc, du champ d'application de l'institution, les déchéances ou interdictions qui ne résulteraient pas directement et immédiatement de la condamnation pénale ; ainsi en va-t-il, comme l'a déjà décidé la Cour de cassation, de l'interdiction de séjour résultant automatiquement de la commutation d'une peine perpétuelle par l'effet d'un décret de grâce (Crim. 8 mai 1980, *Bull. crim.* n° 140, D. 1981. I.R. 137, obs. G. Roujou de Boubée, cette *Revue*, 1981.368, obs. J. Larguier). La même solution l'a emporté ici encore : se fondant sur l'interprétation stricte des dispositions légales, la Chambre criminelle a cassé le jugement du tribunal correctionnel de Digne, du moins en ce qu'il avait relevé l'intéressée de l'interdiction d'exercer sa profession de notaire en raison de sa destitution.

II. – INFRACTIONS CONTRE LA CHOSE PUBLIQUE

Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE

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

1. *Outrage à agent de la force publique (art. 224 c. pén.) : délit réalisé par le fait pour un automobiliste de se faire verbaliser pour défaut de port de la ceinture de sécurité alors qu'il se sait dispensé, pour des raisons médicales, de cette obligation légale.*

Circulation routière (ceinture de sécurité). Commission (infraction par). Omission (infraction par). Outrage (à agent de la force publique).

Par son arrêt du 14 novembre 1989 (aff. *Naturel*, J.C.P. 1990. II. 21441, note A. Vitu), la Chambre criminelle approuve la cour de Limoges d'avoir condamné du chef d'outrage à agent de la force publique (art. 224 c. pén.) l'automobiliste qui reconnaît s'être fait volontairement verbalisé pour défaut du port de ceinture de sécurité, alors qu'il savait que ce procès-verbal ne pourrait avoir de suite puisqu'il bénéficiait, pour raison médicale, d'une dérogation à l'obligation pénalement sanctionnée édictée par l'article R. 53-1 alinéa 3 du code de la route (sur cette obligation et ses dérogations V. P. Couvrat et M. Massé, *Circulation routière et sanctions*, nos 132-133, Sirey, 1989).

La formule utilisée par la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi du prévenu est des plus lapidaire : « attendu que la cour d'appel a justifié sa décision au regard de l'article 224 du code pénal, dès lors que le comportement du prévenu impliquait la conscience, chez son auteur, qu'il portait atteinte à l'autorité des agents de la force publique ».

A l'évidence, dans cette affaire, l'automobiliste en taisant, au départ, la dispense dont il bénéficiait quant au port de la ceinture de sécurité, avait voulu se moquer des gendarmes, leur faisant perdre du temps à constater une infraction qu'il savait inexistant. Mais cette attitude pouvait-elle être constitutive du délit d'outrage à agents de la force publique ? Réponse affirmative de la Chambre criminelle, mais réponse vivement contestée dans sa note à la *Semaine juridique* par notre collègue A. Vitu (décision « particulièrement critiquable » écrit-il) qui reproche principalement à la Cour de cassation (et à la cour de Limoges) d'avoir méconnu la règle fondamentale de l'interprétation stricte de la règle d'incrimination que commande le principe de la légalité des délits et des peines : des termes de l'article 224 du code pénal ne ressort-il pas, en effet, d'une part que le délit d'outrage à agent de la force publique ne peut être qu'une *infraction de commission* (adde, A. Vitu, *Juris-cl. pén.* art. 222 à 225, n° 61) ? D'autre part que cette infraction implique, pour sa réalisation, le recours à l'un des supports matériels limitativement énumérés par la loi (paroles, gestes, menaces, écrits, dessins, envoi d'objet... Sur ce point cf. A. Vitu, *ibid.* nos 63 et s.) ?

Or, en l'espèce, l'attitude du prévenu avait été purement passive (il avait laissé les gendarmes verbaliser) alors que, par ailleurs, aucune parole, aucun geste ... offensant n'était relevé. Double méconnaissance de la loi, *double dématérialisation* du délit transformé en *délit d'omission* qui avait été déjà sévèrement reprochée, il y a plus de vingt ans, au tribunal correctionnel de Pontoise pour avoir condamné du chef d'outrage à agent de la force publique le prévenu auquel était seulement imputé le fait

d'avoir refusé de révéler à des gendarmes sa véritable identité (Trib. corr. Pontoise, 18 janv. 1961, aff. *Corbineau*, J.C.P. 1961. II. 12243, note Fr. Lamand et obs. A. Vitu, étude préc. au *Juris-cl. pén.* n° 61).

Eu égard à l'autorité de l'annotateur du présent arrêt commenté à la *Semaine juridique*, il peut paraître vain d'essayer de prendre la défense de la solution répressive qui, en l'espèce, a été retenue, avec l'approbation de la Cour de cassation, par la cour de Limoges. Cependant nous tenterons de le faire en replaçant la décision intervenue dans le contexte d'une jurisprudence fixée depuis plus d'un demi-siècle et très généralement approuvée par la doctrine (cf. obs. Huguency, cette *Revue*, 1946.62 et 1963.344 ; A. Vitu, cette *Revue*, 1971.933 et l'étude préc. au *Juris-cl. pén.* n° 53-59) : la jurisprudence qui qualifie d'outrage au sens des articles 222 et suivant du code pénal le fait de dénoncer aux magistrats ou aux agents de la force publique des *infractions imaginaires* et d'amener ainsi ceux-ci à faire un travail d'enquête inutile.

A cet égard la formule relevée dans l'arrêt *Cayez* est significative : *la dénonciation de faits inexistantes* à des gendarmes, déclare la Chambre criminelle, « implique la conscience chez son auteur qu'il porte atteinte à l'autorité de ceux-ci en les exposant à d'inutiles recherches ... et caractérise les éléments légaux du délit de l'article 224 du code pénal et, notamment, l'intention criminelle » (Crim. 13 mai 1971, J.C.P. 1971. II. 16844 et la note ; obs. A. Vitu, préc. cette *Revue*, 1971.933 et, dans le même sens, à la même date, aff. *Chupin*, *Bull. crim.* n° 159 ; Metz, 16 déc. 1987, *Juris Data* n° 050206).

Or l'analyse de cette jurisprudence prouve que ce qui est décisif pour l'affirmation de l'existence du délit d'outrage n'est pas le fait qu'à l'origine de l'activité inutilement déployée par les autorités il y a eu une initiative, une démarche positive du prévenu. Sans doute les décisions insistent-elles, pour condamner, sur la nécessité d'une « *spontanéité* » de l'affabulation outrageante, mais seulement dans le souci de respecter les droits de la défense et d'exclure du champ de la répression le cas où une personne, pour se soustraire à des poursuites pénales ou disciplinaires, inventerait des infractions imaginaires dont elle aurait été victime (Crim. 12 déc. 1931, *Bull. crim.* n° 294, D.H. 1933. 117 ; *Gaz. Pal.* 1932. 1. 172 ; Paris, 24 juin 1965, J.C.P. 1966. II. 14700, note D. Bécourt). Comment d'ailleurs une telle initiative pourrait-elle être qualifiée de déterminante pour caractériser et matérialiser le délit d'outrage, alors qu'en général elle est exempte de toute parole, de tout geste ou écrit ... offensant ?

En réalité, ce qui, en ces cas, *matérialise* le délit, est l'activité que vont déployer en vain, inutilement, les autorités induites en erreur : les voici contraintes à procéder à des investigations, des constats, des auditions, à dresser autant de procès-verbaux pour des infractions inexistantes... *Elles se ridiculisent elles-mêmes* par les paroles qu'elles prononcent, par les écrits qu'elles dressent en parfaite inutilité ! Elles compromettent leur autorité en dépensant leur énergie et leur temps pour rien !

L'outrage « reçu » (cf. les termes mêmes de l'art. 222 c. pén.) est alors d'autant plus irritant que ce sont les victimes de celui-ci (les autorités) qui sont amenées à se l'infliger et ainsi à « *s'auto-ridiculiser* ».

Si, dans ces hypothèses, l'outrage se matérialise essentiellement en cela, il importe peu que les agents de la force publique aient été induits en erreur par une personne qui se présente comme *victime* d'une infraction imaginaire (jurisprudence *Cayez* préc.) ou comme *auteur* d'une infraction inexistante (situation rencontrée dans la présente affaire commentée où l'automobiliste, en se laissant verbaliser pour un fait qu'il savait non punissable, conduisait les gendarmes à faire des diligences parfaitement inutiles).

Ainsi replacée dans le contexte de la jurisprudence analysée, la solution répressive consacrée par l'arrêt étudié n'apparaît pas, à nos yeux, comme « particulièrement critiquable » : elle s'inscrit très naturellement dans une logique répressive qui s'est affirmée depuis longtemps déjà en la matière. Si un reproche peut lui être adressé, il ne se situe pas, pour nous, sur le terrain du fond ; il se place seulement sur celui de la forme. Et, à cet égard, nous serons d'accord avec notre collègue A. Vitu pour repro-

cher à l'arrêt commenté « *sa motivation trop succincte de nature à tromper le lecteur sur la pensée exacte de la Chambre criminelle* » (note préc. à la *Semaine juridique*, in fine).

2. Exercice illégal de la pharmacie (art. L. 517 c. santé publ.). Monopole de vente des pharmaciens : les médicaments ... par indétermination de la loi.

Exercice illégal (de la pharmacie). Médicament. Parapharmacie. Pharmacie.

Par trois arrêts récents, la Chambre criminelle (Crim. 24 oct. 1989, aff. *Jaud* ; Crim. 19 déc. 1989, deux décisions : aff. *Patraud* ; aff. *Dubois et autres* — non encore publiés) confirme sa jurisprudence antérieure consacrant une notion *très extensive* de médicament (cf. par ex. : Crim. 5 mai 1981, aff. *Valtat*, J.C.P. 1982. II. 19826, note J. Azema et obs. A. Vitu, cette *Revue*, 1982.772 et le comm. de J. Azema, *Juris-cl. pén. annexe*, v° *Pharmacie*, fasc. 1, n° 16-64) ; et ce pour la plus grande satisfaction des pharmaciens soucieux de ne pas laisser entamer le monopole établi à leur profit par la loi quant à la vente des médicaments (art. L. 511-512 c. santé publ.). Si le premier de ces arrêts confirme les condamnations prononcées du chef d'exercice illégal de la pharmacie (art. L. 517 *ibid.*) par la cour d'Angers, les deux autres annulent les décisions de relaxe rendues par les cours de Limoges et de Douai.

Ces trois arrêts viennent grossir encore le contentieux qui, depuis quelques années, oppose principalement les pharmaciens aux exploitants des « grandes surfaces ». Ces derniers ouvrent des rayons de *parapharmacie* où sont vendus des produits d'une grande banalité : boules de gomme, alcool à 70°, tablettes de vitamine C, crèmes diverses... mais produits qu'Ordre national et syndicats locaux des pharmaciens prétendent être autant de médicaments relevant du monopole de vente qui leur est réservé par la loi. D'où la multiplication des poursuites engagées pour exercice illégal de la pharmacie contre ces dirigeants de « grandes surfaces », généralement sur l'initiative de ces organismes professionnels qui, de façon systématique, se constituent parties civiles (plus de deux cents affaires de ce type seraient déjà recensées : cf. comm. J. Azema, préc. n° 64).

Au coeur de ce contentieux est la *notion de médicament* ; celle-ci conditionne, pour une part essentielle, l'étendue du monopole des pharmaciens. Or il s'agit d'une notion qui est loin d'être claire et les solutions que consacre la jurisprudence de la Chambre criminelle n'arrivent pas à s'imposer, fréquemment contredites qu'elles sont par les juridictions correctionnelles. Et, à cet égard, sont très significatives les décisions longuement motivées de la cour de Limoges (aff. *Patraud*) et de la cour de Douai (aff. *Dubois et autres*) cassées par les deux arrêts du 19 décembre 1989 que nous commentons entre autres.

Cette jurisprudence est déjà dénoncée, depuis longtemps, comme abusive en qualifiant de médicaments au sens du code de la santé publique (art. L. 511 et 512) des produits d'un usage aussi banal que ceux qui, à nouveau, étaient en question dans les trois affaires analysées : gommes, bonbons et fondants pour le nez et la gorge, oligo-éléments, vitamine C, alcool à 70°, eau oxygénée à 10 volumes (3 %), crèmes à l'arnica et au camphre, tests de grossesse... Et c'est au nom de la loi, pour en assurer fidèlement le respect conformément à sa mission première que la Chambre criminelle fonde, pour de tels produits, la qualification de médicament. Or cette affirmation est au plus haut point contestable car, en l'état actuel des choses, la notion de médicament mise en oeuvre n'est *pas une notion légale* et cela pour une *triple raison* : chacune de ces raisons, comme on essaiera de le montrer successivement, conduit à refuser de voir dans ce qui sert de fondement à cette jurisprudence répressive une loi au sens qu'exige la matière pénale, c'est-à-dire au sens qu'exige le principe de la légalité des délits et des peines.

I. — Première raison : les textes mis en avant pour justifier cette jurisprudence sont lourds d'ambiguïté et sont donc dépourvus de cette *qualité* fondamentale que doit avoir la loi pénale : la *précision*.

La preuve en est dans les innombrables *querelles* nées de la réflexion sur le sens et la portée de ces dispositions : aux *querelles* juridiques s'ajoutent des *querelles* scientifiques.

Querelles juridiques ? Les unes divisent les autorités administratives : le *ministère de la Santé* retient une notion extensive de médicament que rejette la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui relève du *ministère de l'Economie et des Finances* (cf. comm. J. Azema, préc. n° 63).

Les autres opposent les juridictions nationales entre elles : pour s'en tenir aux affaires commentées on notera qu'un même produit (par exemple la vitamine C), tenu pour un médicament par la cour d'Angers (aff. *Jaud*), ne l'est pas par la cour de Douai (aff. *Dubois et autres*). « Chaque juridiction française a sa jurisprudence » — constate à ce sujet la cour de Limoges (aff. *Patraud*) — réflexion qui nous renvoie inévitablement à celle que faisait Voltaire lorsqu'il stigmatisait l'arbitraire judiciaire de son temps : « il y a autant de jurisprudence que de villes... » (cf. sur ces divergences de jurisprudence d'une juridiction à l'autre quant à la qualification de médicament : J. Azema, comm. préc. n° 64).

D'autres désaccords surgissent entre juridictions nationales et *juridictions communautaires* : pour ces dernières, par exemple, la vitamine C n'est pas un médicament en principe (cf. la jurisprudence analysée par la cour de Douai dans l'affaire *Dubois et autres* : Cour de justice européenne, arrêt *Van Bennekom*, 30 nov. 1983), mais elle l'est pour notre Chambre criminelle (aff. *Jaud*, aff. *Dubois et autres* commentées).

A ces *querelles* juridiques s'ajoutent des *querelles scientifiques* : celles qui opposent les experts en pharmacologie, bien sûr consultés en la matière par les juristes. Une commission officielle (la Commission Cortesse) a même été mise en place en 1988 pour essayer de clarifier la situation et fixer les limites du monopole pharmaceutique (cf. les obs. de la cour de Douai, aff. *Dubois et autres*). Mais ses conclusions ne semblent guère suivies : pour elle, la vitamine C pas plus que les tests de grossesse ne doivent relever de ce monopole, ce qui ne gêne en aucune façon la Chambre criminelle pour dire le contraire (aff. *Patraud*, aff. *Dubois et autres*, commentées)...

En présence de ces *querelles* manifestes tant juridiques que scientifiques quant au sens des textes, on ne peut parler de loi, de loi pénale, et la sagesse invite alors les juridictions répressives saisies de poursuites fondées sur des dispositions aussi sérieusement controversées à refuser d'entrer en condamnation (en ce sens, par exemple, Pau, 18 nov. 1953, D. 1954. 229). Relaxes que les avant-projets de réforme du code pénal de 1978 (art. 42) et 1983 (art. 33) voulaient légaliser en érigeant en cause de non-culpabilité l'erreur de droit non fautive du prévenu.

II. — Deuxième raison : conséquence de l'imprécision des textes, la notion de médicament que défend la Chambre criminelle est, non pas légale, mais avant tout *doctrinale et jurisprudentielle*. La distinction qu'elle fait entre trois sortes de médicaments (médicaments *par présentation*, médicaments *par composition*, médicaments *par fonction*) est une construction née des réflexions des auteurs et des juges (cf. à cet égard les obs. très explicites de la cour de Limoges, aff. *Patraud*). Séduisante au plan intellectuel, elle se révèle artificielle ainsi qu'on peut le vérifier en s'en tenant aux trois affaires analysées.

Des boules de gomme qui ne sont des médicaments ni par composition, ni par fonction, le deviennent cependant *par présentation* dès lors qu'il est porté sur la pochette qui les renferme qu'elles sont bonnes pour le nez ou la gorge (aff. *Jaud*). Il en va de même pour la vitamine C si une mention portée sur son emballage à l'imprudence d'affirmer « qu'elle apporte à l'organisme certains principes indispensables à son bon fonctionnement » (aff. *Dubois et autres*).

L'alcool à 70°, l'eau oxygénée dont le conditionnement ne présente pas ces produits comme des médicaments et dont la fonction et l'usage peuvent ne rien à voir avec la médecine (conservation de prunes pour l'alcool, décoloration des cheveux pour l'eau oxygénée...) entreront cependant dans le monopole du pharmacien dès lors qu'on peut les qualifier de médicaments *par composition* à cause des substances qu'ils renferment (aff. *Patraud*, aff. *Dubois et autres*, aff. *Jaud*)...

Distinction tripartite combien arbitraire et suspecte d'être inventée et exploitée pour défendre, voire étendre, le monopole des pharmaciens (cf. J. Azema à propos des médicaments par composition, *in comm. préc.* n° 62). Classifications qu'il est facile de tourner en dérision à partir de remarques simples : ici, par exemple, au gré des particularités d'une espèce, on a pu dégager la notion nouvelle de *médicament par impression* (produit dont le prix élevé et le mode d'emploi ont pu donner à l'acheteur « l'impression qu'il s'agissait d'un médicament » : cf. J. Azema, note préc. J.C.P. 1982. II. 19826 et obs. A. Vitu, cette *Revue*, 1982.773) ! Là, au gré des prétentions des instances professionnelles on ajouterait à la catégorie des médicaments par présentation (déjà fort ouverte), celle de *médicaments par présentation implicite* : il s'agirait de produits qui ne seraient des médicaments ni par composition, ni par fonction, ni par présentation mais qui seraient « traditionnellement connus du public comme susceptibles d'avoir des effets préventifs ou thérapeutiques » (*sic* aff. *Dubois et autres* : premier moyen de cassation propre à l'Ordre national des pharmaciens) !

Toutes classifications (actuelles et à venir) qu'on pourrait, au fond, regrouper dans une catégorie qui aurait le mérite d'être unique et extensible à loisir : celle des *médicaments par imprécision de loi*.

III. — Troisième raison : les juristes romains proclamaient : « *lex est aliquid rationis* ». Ils exprimaient par là cette nécessité impérieuse pour la règle juridique de se conformer, sous peine d'être illégale, aux préceptes de la raison (cf. notre étude : « Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », *in Mélanges P. Bouzat*, Pédone, 1980, p. 153 : la loi au sens de ratio). Et aujourd'hui comme hier on ne saurait considérer comme légal ce qui heurte la raison, le bon sens.

Or ce défaut affecte incontestablement la notion de médicament que défend la jurisprudence de la Chambre criminelle : en s'en tenant aux seules espèces commentées, les injures faites au bon sens et expressément dénoncées par les cours de Limoges (aff. *Patraud*) et de Douai (aff. *Dubois et autres*) abondent : si la vitamine C est qualifiée de médicament alors que la seule propriété indiscutable qui lui est scientifiquement reconnue est de pallier sa propre carence, alors *l'eau est un médicament* puisqu'elle empêche la déshydratation du corps (cour de Douai, aff. *Dubois et autres* ; aff. *Jaud*, moyen unique de cassation, 5°).

De même, si le test de grossesse entre dans le monopole de vente des pharmaciens quoique étant un simple moyen personnel d'auto-information, alors le *thermomètre banal* doit relever du même monopole (cour de Douai, aff. *Dubois et autres*).

De même encore, comme le fait observer la cour de Limoges (aff. *Patraud*), « tout le monde sait que l'ail est bon pour la circulation sanguine et que la pomme détruit le cholestérol : donc *l'ail* et *la pomme* sont des médicaments par fonction... » et doivent relever, en conséquence, du monopole de vente des pharmaciens...

Au terme de cette triple série d'observations, une conclusion s'impose : la notion de médicament mise en oeuvre par la jurisprudence de la Chambre criminelle n'est pas une notion légale. En consacrant les solutions qu'elle retient, la Cour de cassation ne peut prétendre défendre le principe de la légalité. Elle défend le monopole des pharmaciens, ce qui est tout autre chose.

III. – INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

Georges LEVASSEUR

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

1. *Homicide volontaire*

Un mineur avait été condamné par la cour d'assises des mineurs à 15 ans de réclusion criminelle pour meurtre. Il se pourvut en cassation pour violation de l'article 348 du code de procédure pénale. Aux termes de cette disposition, le président doit donner lecture « des questions auxquelles la cour et le jury ont à répondre » (sauf si celles-ci sont posées dans les termes de l'arrêt de renvoi ou si l'accusé ou son défenseur y renoncent). Or, il ressortait du procès-verbal des débats que le président avait « posé par écrit et lu la question à laquelle la cour et le jury ont à répondre ». Cette question était celle de la culpabilité d'homicide volontaire alors que, s'il s'agit d'un accusé mineur, deux questions supplémentaires doivent être posées. (Ord. 2 févr. 1945, art. 20 al. 11 modifié par Ord. 23 déc. 1958). La première demande si des sanctions pénales doivent être prononcées, et la seconde (qui n'aura d'effet qu'en cas de réponse affirmative sur la précédente) porte sur l'exclusion éventuelle de l'excuse de minorité.

Le pourvoi a été rejeté le 11 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 358). La Chambre criminelle a affirmé que « les seules questions dont la lecture soit obligatoire... sont celles qui portent sur les *faits de l'accusation*, ce qui n'est pas le cas des questions concernant l'application à un mineur d'une sanction pénale, son exclusion éventuelle de l'excuse atténuante de minorité, ou les circonstances atténuantes ».

Cette solution est d'autant plus justifiée que l'article 348 dispense de la lecture lorsque les questions sont posées dans les termes de l'arrêt de renvoi ; or l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises des mineurs ne porte que sur l'accusation ; il n'y a donc à se soucier ni des questions relatives au mineur que l'ordonnance du 2 février 1945 prescrit de poser (sans préciser si ce doit être par écrit) ni de la question relative aux circonstances atténuantes, laquelle est toujours posée oralement même à l'égard des majeurs (art. 356 c. pr. pén.).

2. *Violences volontaires. Assureur exclu du débat pénal.*

La place que peut occuper l'assureur, que ce soit celui de la victime ou celui de l'auteur de l'infraction, dans le procès pénal, a donné lieu à de nombreuses difficultés.

L'assureur de la victime avait été admis à intervenir jusqu'au milieu du siècle (Crim. 28 juin 1859, *Bull. crim.* n° 149 ; Douai, 23 janv. 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953. 399, note André Besson). Par la suite, la Chambre criminelle a déclaré irrecevable l'action civile de l'assureur par voie d'action ou d'intervention même s'il était subrogé dans les droits de l'assuré (Crim. 10 oct. 1957, D. 1958. 386, note Meurisse ; Crim. 29 déc. 1961, *Bull. crim.* n° 552 ; Crim. 28 févr. 1967, *Bull. crim.* n° 78 ; cf. J.-Ch. Landormy, « De la représentation de l'assureur devant les juridictions répressives », *Gaz. Pal.* 1976. 2. doct. 685) car l'action civile ne peut être exercée devant le juge répressif que par la personne directement et personnellement lésée par l'infraction, ce qui n'est pas le cas de l'assureur, dont le préjudice est la conséquence du contrat d'assurance (R. Michel, J.C.P. 1964. I. 1881 ; Chesné, « L'assureur et le procès pénal », cette *Revue*, 1965.283).

Afin de renforcer la protection des victimes d'infractions, la loi du 8 juillet 1983, ajoutant au code de procédure pénale un article 388-1, autorise désormais l'assureur de la victime à intervenir au procès pénal lorsque des poursuites sont exercées pour homicide ou blessures involontaires ayant entraîné pour autrui un dommage quelconque (Vivier, « Les compagnies d'assurances devant les juridictions pénales », *La Vie judiciaire*, 13-19 juin 1986 ; Bufquin, « L'intervention de l'assureur au procès pénal, jurisprudence actuelle », *Gaz. Pal.* 1985. 2. doct. 539 et 1988. I. doct. 60 ; Crim. 25 mai 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 2. 534, note Appieto). Cette intervention est recevable même devant la cour d'assises, du moment qu'il s'agit bien d'homicide ou blessures involontaires, par exemple parce que le verdict a disqualifié des faits poursuivis comme volontaires (Crim. 30 mai 1985, *Bull. crim.* n° 206).

Mais il n'en est pas ainsi en cas de vol (Belfort, 16 sept. 1983, *Rev. trim. dr. civ.* 1984. 320, obs. G. Durry ; Grenoble, 4 juill. 1985 et Rouen 28 févr. 1985, cités par P. Bufquin ; Crim. 8 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 116). Il n'en est pas de même non plus en cas de coups et blessures volontaires (Amiens, 21 juin 1984 et Douai, 8 févr. 1985 cités par P. Bufquin).

La loi du 8 juillet 1983 a, dans l'hypothèse de l'atteinte involontaire à l'intégrité corporelle, ouvert les débats à l'intervention non seulement de l'assureur de la victime mais aussi à celle de l'assureur de la personne poursuivie (art. 388-1 c. pr. pén.). Celui-ci va joindre ses efforts à ceux de son client pour combattre la prévention ainsi que les prétentions de la partie civile ; il va d'autre part être exposé à indemniser la victime à moins qu'il puisse se prévaloir des cas de non-garantie mentionnés dans la loi, et qu'il le fasse avant toute défense au fond.

Deux arrêts récents de la Chambre criminelle ont clairement limité aux infractions d'homicide ou blessures involontaires la recevabilité de l'intervention ou de la mise en cause de l'assureur.

a) L'arrêt du 2 mars 1988 (*Bull. crim.* n° 111) concerne l'assureur du prévenu. Ce dernier avait commis un incendie involontaire ; son assureur était intervenu à l'instance sans objection de quiconque et avait fait appel du jugement intervenu. La cour de Colmar, au contraire, déclara cette intervention irrecevable, estimant que « les dispositions de l'article 388-1 du code de procédure pénale ne sauraient être étendues à d'autres infractions telles que l'incendie ». La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi, soulignant « qu'il appartient aux juges d'assurer, même d'office, le respect des dispositions de l'article 388-1 du code de procédure pénale limitant l'intervention ou la mise en cause de l'assureur en cas de poursuites pénales pour infraction d'homicide ou de blessures involontaires ».

b) L'arrêt du 31 mai 1989 (*Bull. crim.* n° 229) concerne l'assureur, non plus du prévenu, mais du civilement responsable. Dans une affaire de coups et blessures volontaires qualifiés crimes, la cour d'assises de la Loire-Atlantique, statuant sur les intérêts civils, avait condamné l'assureur à garantir Mme T. des condamnations prononcées contre elle à titre de civilement responsable de son fils D. Elle avait estimé que l'intervention des assureurs n'était exclue par aucun texte et qu'il appartenait « à tout assureur de se prévaloir, s'il le souhaite, de son contrat d'assurance, aux fins d'être garanti des condamnations qui pouvaient être prononcées contre lui ». La Chambre criminelle a cassé cette décision car la mise en cause de l'assureur dans une affaire de violences volontaires n'entrait pas dans les prévisions de l'article 388-1 (V. déjà Amiens, 21 juin 1984 et Douai 8 févr. 1985, cité par P. Bufquin, *Gaz. Pal.* 1988. 1. doct. 60, et mentionnés dans le commentaire de l'arrêt précédent n° 2-a).

C'est en vain que certains auteurs ont fait remarquer que la solution contraire à celle de ces deux arrêts aurait permis de faire l'économie d'une nouvelle instance devant les juridictions civiles ; l'intervention de l'assureur devant les juridictions répressives doit être limitée aux cas que le législateur a expressément admis.

3. *Homicide involontaire.*

I. — Activités de loisirs scolaires.

a) Au cours d'une rencontre sportive à laquelle il participait dans le cadre de sa scolarité, le jeune X. fut mortellement blessé par la chute d'une cage métallique constituant le but qu'il gardait dans un gymnase de la ville L. Cette cage aurait dû être fixée au sol quoiqu'elle fût déplacée en fonction des utilisations ; c'est pourquoi V., adjoint au maire de la ville de L. chargé des affaires scolaires et sportives, et P. contremaître au service de la commune, furent poursuivis pour homicide involontaire. Les fautes commises paraissent indiscutables, de même que la relation de cause à effet.

Le tribunal correctionnel avait relaxé les prévenus et la partie civile fut seule à faire appel. La cour de Paris infirma la décision attaquée et, estimant que l'infraction avait bien été réalisée, a condamné les prévenus à indemniser la partie civile. Le pourvoi formulé par V. soutenait assez curieusement que, la décision de première instance sur l'action publique ayant acquis l'autorité de la chose jugée, il n'était pas possible de rechercher si une faute avait été commise et que, d'autre part, la fameuse règle de l'unité des fautes empêchait de faire droit à la demande de la partie civile « en vertu des règles de droit civil » selon les termes de l'article 388-1 du code de procédure pénale dû à la loi du 8 juillet 1983.

Sur ce point, la Chambre criminelle (26 sept. 1989, *Bull. crim.* n° 328), maintenant une jurisprudence constante, a réaffirmé que « si une cour d'appel ne peut, en l'absence de recours du ministère public, prononcer aucune peine contre le prévenu relaxé, elle n'en est pas moins tenue, saisie par l'appel de la partie civile, de rechercher si le fait qui lui est déferé constitue, ou non, une infraction pénale » (V. déjà : *Crim.* 1^{er} juill. 1953, *Bull. crim.* n° 225 ; *Crim.* 7 févr. 1956, *Bull. crim.* n° 132 ; *Crim.* 9 nov. 1960, *Bull. crim.* n° 512 ; *Crim.* 6 févr. 1962, *Bull. crim.* n° 77 ; *Crim.* 24 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 35 ; *Crim.* 6 sept. 1980, *Bull. crim.* n° 93 ; *Crim.* 14 sept. 1985, *Bull. crim.* n° 284 ; *Crim.* 22 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 297).

Cependant l'arrêt attaqué a été cassé sur un autre moyen, celui qui faisait valoir que les fautes reprochées à l'adjoint V. et au contremaître P. avaient été commises dans l'exercice de leurs fonctions administratives et, n'étant pas détachables du service, ne pouvaient être appréciées que par des juridictions administratives. La Chambre criminelle a constaté qu'il en était bien ainsi et que, « si la constitution de parties civiles des consorts X. était recevable en tant qu'elle tendait à établir la culpabilité des prévenus, la réparation des conséquences dommageables du délit ne pouvait être mise à la charge des deux demandeurs au pourvoi ». (*Crim.* 22 janv. 1953, D. 1953. 109, rapport Patin ; *Crim.* 15 oct. 1970, D. 1970. 733, note Costa ; *Crim.* 8 juin 1971, D. 1971. 594, note Maury ; *Crim.* 24 mai 1973, *Bull. crim.* n° 238, J.C.P. 1974. II. 17855, note Durry ; *Crim.* 10 mai 1977, *Bull. crim.* n° 165, J.C.P. 1978. II. 18803, note Chauveau ; *Crim.* 10 févr. 1987, *Bull. crim.* n° 64).

La Chambre criminelle a d'ailleurs ajouté : « qu'il n'importe que ceux-ci n'aient pas opposé devant les juges du fond l'exception dont ils pouvaient se prévaloir, l'incompétence des juridictions étant, en pareil cas, *d'ordre public* ».

b) Le 16 juillet 1984, le jeune Michel Da. qui faisait partie d'un groupe d'enfants pensionnaires d'une colonie de vacances se trouvait avec eux autour de la piscine municipale, très fréquentée semble-t-il, où les avaient conduits Dr. et Do. moniteurs de cette colonie. Une bousculade se produisit, Michel Da. tomba dans la piscine et succomba immédiatement à une hydrocution. Les moniteurs, poursuivis pour homicide par imprudence, furent relaxés en première instance.

Sur le seul appel de la partie civile (les parents de la victime), la cour d'appel d'Aix confirma cette décision en adoptant la position juridique développée par le demandeur du pourvoi de l'affaire précédente (*supra a*). Pour elle, la décision de relaxe ayant au-

torité de la chose jugée, aucune faute ne pouvait plus être reprochée aux prévenus ; d'autre part, elle estimait que l'article 1384 ne pouvait être retenu à l'encontre des instituteurs et assimilés que si une faute avait été commise par les élèves qui leur étaient confiés ; or il n'était pas établi que ce soit l'un de ceux-ci qui ait poussé la victime.

Un pourvoi fut formé qui aboutit à l'arrêt de cassation du 28 novembre 1989 (*Bull. crim.* n° 441) sous la présidence de M. Le Gunehec et au rapport de Mme Ract-Madoux. La Chambre criminelle a réaffirmé (comme dans l'affaire précédente) « que l'action publique et l'action civile sont indépendantes ; que par suite les juges du second degré, saisis du seul appel de la partie civile ne sont nullement liés, en ce qui concerne les intérêts civils, par une décision de relaxe rendue en première instance ». En déclarant que, faute d'appel sur l'action publique, aucune faute d'imprudance ou de négligence ne pouvait être retenue à l'encontre des prévenus relaxés, « alors qu'il lui appartenait de rechercher si les faits qui lui étaient soumis constituaient ou non une infraction pénale, et de se prononcer sur l'action civile », la cour d'appel avait violé les articles 319, 470-1 et 593 du code de procédure pénale.

On remarquera, et on s'en étonnera, que le pourvoi ne s'était pas attaqué à l'argument excluant toute recherche d'une négligence à raison de l'autorité prétendue de la chose jugée, mais se bornait à vouloir faire reconnaître, en dehors de cette négligence, l'existence d'un manquement par l'instituteur aux obligations inhérentes à sa fonction (notamment, de ne pas avoir informé le maître-nageur du fait que le groupe comprenait plus d'enfants que prévu et que plusieurs d'entre eux ne savaient pas nager). La Chambre criminelle, au contraire, a replacé le litige sur son véritable terrain.

II. — Responsabilité du corps médical.

La revue *Droit pénal* a publié partiellement, dans sa livraison d'avril 1990, sous le n° 122, un arrêt de la Chambre criminelle du 17 octobre 1989 qui n'a pas été inséré au *Bulletin*.

Le médecin T. avait été condamné par la cour de Lyon pour homicide involontaire sur la personne d'une de ses patientes, la jeune L. Le pourvoi qu'il forma contre cette décision a été rejeté car, ainsi que l'indique M. Véron dans ses brèves observations, la faute relevée et son lien de causalité avec le dommage ressortaient assez clairement de l'arrêt attaqué.

Les experts avaient, en effet, estimé « qu'il eût été conforme aux règles de l'art d'effectuer sur cette enfant atteinte d'une occlusion intestinale et hospitalisée dans le service (du Dr. T.) ... une laparotomie, aucun autre examen que ceux pratiqués n'étant susceptible de conduire à un plus grand degré de certitude dans un délai utile ». D'une part, il existait des signes révélateurs d'une très probable occlusion intestinale, d'autre part aucun élément objectif du dossier ne permet de dire que l'état de santé de la jeune malade contre-indiquait la laparotomie dont l'urgence s'imposait. On comparera la faute ici retenue avec la situation du Dr. S. dans l'arrêt du 3 novembre 1988 (*Bull. crim.* n° 366 et nos obs. cette *Revue*, *supra* p. 71, n° 2).

Il semble que le présent arrêt ait considéré la faute de ce médecin hospitalier comme une faute personnelle détachable des fonctions (*Comp. Crim.* 7 juin 1988, D. 1989. somm. comm. 312, obs. Penneau et nos obs. cette *Revue*, 1989.109, n° 4-a et les réf.).

III. — Responsabilité du garagiste réparateur.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 21 novembre 1989 (n° X-89-80.324) non publié au *Bulletin* le garagiste n'était pas seulement réparateur mais chargé de préparer et de mettre au point, en vue d'une compétition sportive (probablement le rallye de Corse) le véhicule d'un concurrent. L'accident était survenu lorsque le véhicule avait brusquement « quitté la route, sans raison apparente, pour heurter un ro-

cher sans que le conducteur ait pu esquisser la moindre manoeuvre salvatrice ». Le navigateur avait été tué et le pilote (le sieur O.) blessé. Au cours de l'information ouverte, O. avait attribué l'accident à une défaillance mécanique et affirmé avoir à plusieurs reprises attiré l'attention du garagiste J. sur l'état et les déficiences du véhicule. Une commission rogatoire fut alors délivrée conduisant, après expertise, à l'inculpation de J. lequel fut finalement condamné par la cour d'appel de Bastia.

C'est en vain que J. prétendit devant la Chambre criminelle que son inculpation avait été tardive et que l'expertise à laquelle il avait été procédé était entachée de nullité ; nous ne nous attarderons pas sur ces points. Mais il prétendait également que le dossier n'apportait pas la preuve de la faute, fondement nécessaire de sa condamnation, et relevait que O., ayant constaté des anomalies au niveau du train avant du véhicule, l'accident avait sa source dans l'imprudence du pilote qui avait consenti à prendre le départ dans ces conditions.

Le pourvoi fut rejeté au vu des constatations souveraines des juges du fond. L'arrêt attaqué avait bien caractérisé la faute retenue contre le prévenu et estimé le comportement du conducteur exempt de tout reproche. En effet J., qui reconnaissait avoir personnellement vérifié le véhicule avant sa livraison à O., lui avait remis en fait « une voiture totalement impropre à l'utilisation qui devait en être faite et qu'il connaissait ». Cela résultait notamment des constatations des experts et du fait que des éléments du train avant avaient été retrouvés sur la chaussée en amont de l'accident. Ajoutons qu'à supposer même qu'une imprudence ait pu être reprochée au pilote, il eut fallu, pour faire disparaître la responsabilité pénale de J. qu'elle fût la cause exclusive de l'accident (*Rép. pén. v° Homicide*, n° 109 et 118, V. pour les fautes concurrentes : Crim. 6 mars 1931, *Bull. crim.* n° 68 ; Crim. 17 déc. 1953, *Bull. crim.* n° 347 ; Crim. 8 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 11 ; et, pour la faute exclusive de la victime : Crim. 29 nov. 1928, D. 1929. I. 41, note Savatier ; Crim. 23 avr. 1955, D. 1956. 475 ; Crim. 29 janv. 1976, D. 1976. I.R. 80).

4. Viol — Huis clos

Nous avons signalé à plusieurs reprises les décisions relatives à la réglementation du prononcé du huis clos en matière de viol depuis la loi du 23 décembre 1980 modifiant l'article 306 du code de procédure pénale (nos obs. cette *Revue*, 1989.507, n° 4 ; 1989.744, n° 6 ; 1990.341, n° 5-a).

Un nouvel arrêt sur cette question est intervenu le 29 novembre 1989 (*Bull. crim.* n° 454). Le nommé C., condamné pour meurtre, viols aggravés, viol et viol avec arme, s'était pourvu en alléguant que le procès-verbal des débats, où le huis clos avait été ordonné sur la demande de la victime, ne mentionnait pas que celle-ci se soit constituée partie civile, ce qui est une condition indispensable pour pouvoir exiger le huis clos (V. nos obs. préc. et les réf. qu'elles contiennent).

Le pourvoi a été rejeté pour la raison très simple que ladite victime s'était constituée partie civile au cours de l'instruction préparatoire et avait été citée comme telle à la cour d'assises ; dès lors, « ayant conservé ladite qualité à défaut de renonciation expresse, elle n'était pas tenue de renouveler sa constitution au cours des débats auxquels elle intervenait de plein droit ».

5. Dénonciation calomnieuse.

I. — Conditions de recevabilité de la constitution de partie civile

a) Nécessité d'une décision de classement ; conditions d'un classement implicite.

La dénonciation calomnieuse implique la fausseté des faits dénoncés. Depuis la réforme, par la loi du 8 octobre 1943, de l'article 373 du code pénal (sur la période an-

térieure, V. nos obs. cette *Revue*, 1981.93 et les réf.), cette fausseté peut résulter du classement de la dénonciation par celui à qui elle a été adressée ou transmise et qui avait qualité pour y donner suite (essentiellement le procureur de la République).

Le sieur D. avait adressé aux autorités de police et de gendarmerie la dénonciation de faits de nature à faire poursuivre le sieur P. pour détention et trafic d'explosifs. Une enquête fut effectuée par la gendarmerie, comportant notamment la visite du véhicule du sieur P. A la réception de cette enquête, le procureur intenta immédiatement une poursuite en dénonciation calomnieuse contre D. Relâché en première instance, D. fut condamné par la cour de Besançon à trois mois de prison avec sursis, 1 000 F d'amende et des réparations civiles. Cet arrêt précisait que la fausseté des faits dénoncés résultait du classement sans suite effectué par le ministère public au moins implicitement, puisqu'aucune suite n'avait été donnée à l'affaire de trafic d'explosifs dénoncée.

D. forma un pourvoi en cassation. Il pouvait s'appuyer sur les arrêts de la Chambre criminelle du 22 décembre 1958 (*Bull. crim.* n° 765) et du 15 janvier 1959 (*Bull. crim.* n° 46), lesquels avaient affirmé que la simple abstention du parquet ne saurait équivaloir à la décision de classement visée par l'article 373.

Si la Cour de cassation a pris, le 19 avril 1989 (*Bull. crim.* n° 161 ; *Dr. pén.*, déc. 1989, n° 64, obs. Véron) une position différente, et a rejeté le pourvoi, c'est que les circonstances étaient fort dissemblables. Dans l'arrêt de 1959, deux ans s'étaient écoulés sans que le procureur de la République ait réagi à la plainte en omission de porter secours dont il avait été saisi. Son silence pouvait donc paraître équivoque. Dans la présente affaire, au contraire, l'enquête diligentée sur la plainte avait fait apparaître si rapidement et si complètement l'inanité de la dénonciation que le ministère public avait entrepris immédiatement une poursuite en application de l'article 373.

Faisant abstraction d'un motif erroné, la Chambre criminelle a souligné que « le fait que le ministère public prenne l'initiative des poursuites du chef de dénonciation calomnieuse implique nécessairement de sa part une décision de classement de la dénonciation au sens de l'article 373 alinéa 3 du code pénal ». Il ne faudrait donc pas tirer de cet arrêt, et surtout des sommaires qui en ont été publiés, des conséquences trop hâtives. Récemment encore, le 16 février 1988 (*Bull. crim.* n° 75, et nos obs. cette *Revue*, 1988.786, n° 5), la Chambre criminelle avait maintenu que l'absence de classement viciait la poursuite en dénonciation calomnieuse, dans des circonstances assez voisines de celles de la présente espèce (il est vrai que les auteurs ayant été poursuivis et condamnés en même temps pour séquestration, le pourvoi qu'ils avaient formé, quoique accueilli sur le principe, a été rejeté en vertu de la théorie de la peine justifiée).

En conséquence, il reste vrai que « l'attitude négative » de l'autorité qui s'abstient de prendre parti ne réalise pas cet élément constitutif du délit (Vitu, *Droit pénal spécial*, I, n° 517, p. 394 ; Hugueney, obs. cette *Revue*, 1963.807, Guyon ; J.C.P. 1965. I. 1895 ; comp. Vouin, *Droit pénal spécial*, 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 231-3° ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3^e éd. p. 188).

b) Le préjudice invoqué doit-il être actuel ?

La dame A. avait déposé une plainte avec constitution de partie civile contre B. inspecteur de police, lequel, ayant finalement bénéficié d'un non-lieu, utilisait la procédure de l'article 91 du code de procédure pénale et réclamait des dommages et intérêts pour dénonciation téméraire.

Encore fallait-il que B. établisse la preuve du préjudice dont il avait souffert du fait de cette plainte (dont on ne sait quelle infraction précise elle visait). La cour de Colmar avait accueilli la demande de B., estimant que la plaignante avait fait preuve de légèreté et de témérité en déposant plainte, laquelle « risquait de compromettre la carrière de cet inspecteur de police ».

Le pourvoi formé par Mme A. a entraîné la cassation de l'arrêt le 7 juin 1989 (*Bull. crim.* n° 245) sous la présidence de M. Le Gunehec, et au rapport du conseiller Malibert. Il semble que l'arrêt attaqué ait été motivé avec un soin insuffisant en se référant au simple risque que la procédure ainsi déclenchée faisait courir au sieur B. ; il n'eût sans doute pas été très difficile de découvrir des sources de préjudice actuel tant matériel que moral.

La Chambre criminelle a rappelé, en « chapeau », que « l'allocation de dommages-intérêts ne peut réparer qu'un préjudice réel et certain, et non purement éventuel ». Elle a estimé que la procédure d'instruction, secrète par nature, était sans effet par elle-même sur la réputation de l'intéressé. (L'arrêt ne mentionne pas si des témoins avaient été entendus et, dans l'affirmative, lesquels) ; or, il paraît certain que la convocation du témoin, lorsqu'elle porte qu'il sera entendu dans la procédure d'instruction ouverte contre A. du chef de ..., est susceptible de nuire à la réputation du prévenu, surtout si le témoin appartient, comme le prévenu lui-même, au corps de la police. La dénonciation téméraire supposerait donc un résultat et ne serait pas un comportement de « mise en péril ».

Le principe rappelé par la Chambre criminelle est, semble-t-il, parfaitement établi depuis longtemps (sur le plan procédural, V. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, II, 4^e éd. n° 77, p. 96 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, 14^e éd. nos 170, 172, 731 ; G. Viney, *La responsabilité civile ; conditions*, n° 277 ; note H. Mazeaud, S. 1933. I. 49 ; comp. *Crim.* 4 mai 1987, *Bull. crim.* n° 180). Il était jusqu'à présent beaucoup moins reconnu sur le plan du droit pénal spécial. Tous les auteurs estiment que, si un certain préjudice (autre que l'atteinte à la réputation) sépare le délit de dénonciation calomnieuse de celui de diffamation, le nécessaire préjudice peut être purement éventuel (Vitu, *op. cit.* I, n° 515 ; Vouin, *op. cit.* 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 231-2° ; Véron, *op. cit.* 3^e éd. p. 187), et soulignent que l'action est recevable alors même que le dommage redouté était (ou est devenu) impossible pour des causes juridiques : amnistie (Nîmes, 24 nov. 1966, J.C.P. 1967. II. 15209, note Michaud), immunité familiale (Paris, 4 juin 1969, J.C.P. 1970. II. 16464, note de Lestang), décès de la victime (Bourges, 21 nov. 1878, S. 1879. 2. 81) ou prescription de l'action publique (*Crim.* 4 juill. 1962, *Bull. crim.* n° 235 ; *Crim.* 9 juin 1964, *Bull. crim.* n° 195). Dans ces conditions le droit positif paraissait bien se contenter jusqu'ici d'un préjudice éventuel, et l'arrêt attaqué semblait bien ne pas dire autre chose.

La censure dont il a fait l'objet constituerait-elle dans ces conditions un revirement de jurisprudence ? Nous inclinons à le croire, alors que nous avons exprimé un avis différent sur l'arrêt commenté dans la précédente espèce (n° 6-I-a).

II. — Éléments constitutifs et causes de non-responsabilité

a) L'arrêt rendu le 9 janvier 1990 (*Droit pénal*, avr. 1990, n° 128) met en évidence plusieurs éléments constitutifs du délit de dénonciation calomnieuse.

Il semble (l'arrêt n'est rapporté que partiellement) que les prévenus avaient adressé au procureur de la République une plainte relative à des faits d'ingérence imputables au maire et à un conseiller municipal qui auraient bénéficié de commandes de travaux de la commune. La cour de Poitiers les avait condamnés en considérant que les faits dénoncés « étaient matériellement exacts mais que leur présentation était exagérée » (sur l'imputation de faits déformés, V. Vitu, *op. cit.* I, n° 516, p. 393 ; Vouin, *op. cit.* 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 231-3°-a ; Véron, *op. cit.* 3^e éd. p. 188 ; V. aussi les décisions citées par ces auteurs). Elle remarquait également que, quoique incapables de caractériser dans leur plainte les faits démontrant l'intérêt personnel du maire dans les opérations reprochées, ils se déclaraient convaincus de la culpabilité de celui-ci et, « dans le but d'obtenir des poursuites pénales et la condamnation du maire », ils s'étaient adressés au procureur de la République sans se contenter de saisir les autorités administratives de tutelle.

La Chambre criminelle a cassé cette décision. Elle a observé d'abord que les faits étaient faux et pas seulement déformés, puisque le maire avait bénéficié d'un jugement de relaxe lors de la poursuite pour ingérence qui avait été effectivement intentée contre lui. Elle a estimé d'autre part que les juges n'avaient pas constaté la mauvaise foi des prévenus, laquelle « ne saurait résulter que de la connaissance qu'ils pouvaient avoir, lors du dépôt de la plainte, de l'inexactitude des faits dénoncés ou de la qualification juridique qu'ils leur attribuaient, et non pas de la circonstance qu'ils avaient agi par la voie pénale plutôt que par la voie administrative ». Il semble en effet que ce soit sur cette seule circonstance que l'arrêt attaqué ait fait reposer la mauvaise foi des prévenus, alors qu'il mentionnait par ailleurs que ceux-ci s'étaient dits convaincus de la réalisation du délit de l'article 175 du code pénal.

Le présent arrêt manifeste une fois de plus que, alors que l'intention coupable est toujours présumée en matière de diffamation et d'injure, la dénonciation calomnieuse exige non seulement la preuve de la fausseté des faits, mais également celle de la connaissance de cette fausseté chez le prévenu. Il ne suffit ni de s'appuyer sur l'esprit de vengeance du dénonciateur (Crim. 26 oct. 1944, *Gaz. Pal.* 1944. 2. 181) ni sur son intention de nuire (Crim. 30 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 41 ; Crim. 11 oct. 1983, *Bull. crim.* n° 241), ce qui avait été le cas dans la présente espèce. Une simple négligence à s'informer ne réalise pas l'élément moral (Crim. 22 nov. 1971, J.C.P. 1972. II. 17057, note P.M. B. et nos obs. cette *Revue*, 1973.125, n° 37 ; Crim. 24 janv. 1973, *Bull. crim.* n° 36 et nos obs. cette *Revue*, 1973.415, n° 7 ; ainsi que les références doctrinales et jurisprudentielles citées). Cette solution est admise de longue date en jurisprudence (Crim. 12 oct. 1850, *Bull. crim.* n° 359 ; Crim. 6 mai 1899, *Bull. crim.* n° 115 ; Crim. 28 févr. 1902, *Bull. crim.* n° 86), et enseignée par les meilleurs auteurs (Vitu, *op. cit.* I, n° 519, p. 396).

b) L'arrêt du 4 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 338, *Droit pénal*, avr. 1990, n° 127, obs. Véron) écarte la justification que le dénonciateur pensait tirer du fait qu'il n'avait agi que sur l'ordre de ses supérieurs.

Le nommé Mu. ayant été soupçonné par un commerçant d'avoir subtilisé certains produits, ce commerçant chargea Mme Mi. chef caissière de son magasin d'aller déposer à la police une plainte pour vol. L'enquête n'ayant pas permis d'établir la réalité du vol allégué, il semble qu'un classement soit intervenu. C'est alors que Mu. cita directement Mme Mi. en dénonciation calomnieuse. La cour d'Amiens relaxa la prévenue, en constatant qu'il était établi que celle-ci n'avait fait qu'obéir à un ordre donné par son supérieur hiérarchique, le directeur du magasin, lequel était au surplus la seule personne habilitée à déposer une plainte pour les faits en question.

Mu. forma un pourvoi en cassation faisant valoir que tous les éléments constitutifs de l'infraction étaient bien réunis (on peut cependant se demander s'il en était bien ainsi de l'élément moral, si on se réfère à la décision précédente commentée ci-dessus en II-a), et « qu'il importait peu que la dénonciation soit portée à la connaissance de l'autorité ayant pouvoir d'y donner suite par une personne n'ayant pas qualité pour déposer plainte du chef énoncé, ni que celle-ci ait agi à la demande d'un tiers à cette autorité, eût-il par ailleurs pouvoir hiérarchique à son égard ».

La Chambre criminelle lui a donné raison. Après avoir rappelé que l'article 373 punit toute personne qui aura commis une dénonciation calomnieuse *par quelque moyen que ce soit*, elle ajoute en chapeau : « Attendu en outre que l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique ne constitue pour l'auteur d'une infraction ni un fait justificatif ni une excuse lui permettant d'échapper aux conséquences de cette infraction ». C'est exactement la formule qui avait été utilisée le 12 janvier 1977 (*Bull. crim.* n° 18) dans la fameuse affaire du salarié condamné du chef de pollution pour avoir pulvérisé un produit herbicide à proximité du ruisseau alimentant une entreprise de pisciculture.

On peut penser que Mu. aurait pu poursuivre le directeur du magasin (puisque, après tout, la plainte était déposée en son nom et qu'il était à tout le moins complice par instructions d'une dénonciation calomnieuse). On peut se demander aussi com-

ment Mme Mi. aurait pu échapper aux poursuites. Sans doute y serait-elle parvenue en se bornant à apporter à la police la plainte écrite qu'elle aurait fait rédiger par son patron ; en effet, elle n'aurait pu être considérée comme complice du délit de dénonciation calomnieuse par aide et assistance dans les faits ayant consommé l'infraction qu'à la condition qu'il soit établi qu'elle connaissait le caractère mensonger de la dénonciation.

M. Véron, dans son commentaire, considère que la dénonciation de Mme Mi. n'avait rien de spontané. C'est parfaitement exact. La Chambre criminelle aurait-elle alors oublié la spécificité de l'infraction de dénonciation calomnieuse lorsqu'elle lui a appliqué une règle dont la plupart des auteurs admettent une certaine généralisation (Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 13^e éd. n° 334 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal*, n° 274-2 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, p. 267 ; W. Jeandidier, *Droit pénal général*, n° 257 ; Puech, *Droit pénal général*, nos 779 et 1165 ; Pradel, *Droit pénal général*, 7^e éd. n° 286 ; Merle et Vitu, *Traité de droit pénal* I, 6^e éd. n° 420 et s.) notamment chaque fois qu'il s'agit de rapports entre employeur et salarié, et dont elle-même avait fait usage en matière de contrefaçon musicale (Crim. 4 mai 1961, *Bull. crim.* n° 236), de transmission de correspondance (Crim. 22 janv. 1953, J.C.P. 1953. II. 7444, note A.C.), de pollution (Crim. 12 janv. 1978, *Bull. crim.* n° 17, préc.), etc.

IV. – INFRACTIONS CONTRE LES BIENS

Pierre BOUZAT

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

1. *Escroquerie. Association d'aide humanitaire.*

Où va l'argent ? devant les sollicitations de nombreuses associations charitables ou humanitaires, cette question revient de plus en plus souvent. L'affaire que nous rapportons aujourd'hui renforcera encore le doute que certains manifestent à l'égard des quêtes de toute sorte.

Frappée à 26 ans d'un cancer du foie, N. G., (aujourd'hui 38 ans), sait ce qu'est la maladie : plusieurs années de chimiothérapie très difficiles et la fréquentation des autres malades, pour lesquels le cancer c'était aussi la solitude. Sortie de là, N.G., avec le slogan « Cancer tendresse », a créé, en 1983, la *ligne bleue*, association d'aide aux cancéreux. Objectif : aider les malades, les informer, les guider. Ce qui fut fait, et bien fait : de grands noms de la cancérologie en ont témoigné !

Mais, l'idée généreuse est devenue aux yeux de la justice, escroquerie. A partir de 1984, la *ligne bleue* a permis en fait à N.G. et à son entourage de vivre de l'association. C'est ce qu'a montré la présidente de la 12^e chambre du tribunal correctionnel de Paris, le 6 novembre, lorsque après avoir rendu hommage à N.G. : « Nous savons tous le mal qui vous a frappée et que vous avez vaincu avec un courage exceptionnel. Dans ce prétoire, personne n'y est insensible », elle a voulu l'enfermer dans la logique mathématique des recettes et des dépenses. Les chiffres : 5,3 millions de F perçus en quatre ans, 1,4 million de pertes, 1,2 million de découvert, 519 000 F de charges sociales impayées... En fait, l'association était devenue une véritable entreprise et le tribunal a chiffré l'escroquerie à ... 3,9 millions de F. En conséquence, le tribunal, dans un jugement du 27 novembre 1989 (inédit), a estimé fondée l'accusation d'escroquerie commise « en créant et en maintenant artificiellement en activité, grâce à des découverts bancaires, une association censée avoir été créée dans un but philanthropique, alors que son objet réel était d'assurer à sa dirigeante un train de vie élevée ».

A la vérité, l'idée initiale n'était sans doute pas de s'assurer un train de vie élevé, mais, si l'idée était généreuse, la gestion fut désastreuse et la réalisation tourna bien juridiquement à l'escroquerie. Il paraît incontestable que les manoeuvres utilisées pour recueillir des dons avaient permis en partie à N.G. de vivre de l'argent recueilli pour aider les cancéreux.

N.G. n'est pas retournée en prison car, le tribunal, s'il a bien suivi les réquisitions du parquet en prononçant deux ans de prison, a accordé un sursis avec mise à l'épreuve pendant trois ans. On l'approuvera d'avoir choisi l'indulgence au bénéfice de la générosité.

Signalons que pour collecter les fonds, la *ligne bleue* avait créé une société de courtage publicitaire, dont les méthodes ont étonné le tribunal. Lorsqu'une société acceptait d'acheter un espace publicitaire dans une publication de l'association, la société de courtage DAM, dont N.G. était la gérante rémunérée, ne donnait que 30 % du contrat à la *ligne bleue*. M. S., poursuivi pour complicité et condamné à quinze mois de prison avec sursis en tant que responsable des courtiers déclara : « 30 % c'était très satisfaisant » ; « L'Institut Pierre et Marie Curie, la Fondation de France, les

Aveugles de France et bien d'autres associations ne touchent que de 10 % à 15 % des régies publicitaires ; 30 % c'est le double de ce que tout le monde a sur Paris ! ». Ces moeurs financières parurent quand même bien étranges au tribunal. Nous estimons malsain que les sociétés achetant un espace soient souvent ignorantes que 70 %, et même souvent plus, de leurs contrats passés avec des associations humanitaires enrichissent les sociétés de publicité.

2. *Escroquerie. Medium. Marabout.*

Comme nous l'avons rapporté souvent dans cette chronique (V. notamment cette *Revue*, 1987.702 et 1988.796), marabout, médium, devin, voyante-extralucide, désenvenimeur : sous des noms divers, ils sont nombreux à profiter du désarroi de personnes trop crédules pour leur soutirer de fortes sommes. Pourtant, rares sont les victimes qui portent plainte, d'où l'intérêt du jugement du tribunal correctionnel de Rennes, du 20 septembre 1989 (inédit) : le pseudo magicien est condamné et son client récupère les 72 000 F qu'il lui a versés.

M. B.C., venu du Sénégal, s'était installé à Rennes en 1988. Il avait fait passer des annonces dans les journaux gratuits d'Ille-et-Vilaine, avec sa photo, « Maître Mamadou, medium international, travail très rapide et étudié ». Les patients affluèrent, hélas ! Parmi eux, se trouvait M.G. qui cherchait un moyen magique pour retenir son épouse. Pour obtenir l'intervention du « médium », il vendit sa maison et versa au total 72 000 F. Malgré les incantations, les produits liquides ou en poudre, la belle s'envola. Le mari saisit la justice. Une perquisition effectuée au domicile de B. donna des résultats tout à fait révélateurs de l'ampleur de ses activités : cinq livrets de Caisse d'Épargne crédités d'une somme totale de 110 140 F, cinq chèques de clients pour un montant total de 13 700 F étaient découverts. La même opération révélait l'envoi de mandats postaux au Sénégal, destinés selon le mis en cause, à son épouse et amenait, en outre, la découverte de nombreuses photos de clients. A l'audience, le substitut s'étonna à bon droit que les autres victimes n'aient pas porté plainte et, en particulier, que certains clients aient refusé de reprendre les chèques découverts chez M. B.C.

La défense déclara avec humour et non sans une certaine pertinence, il faut bien le reconnaître, pourquoi poursuivre mon client, alors, d'une part, que les clients avaient versé spontanément de l'argent et d'autre part, surtout en France, tant d'autres, hommes et femmes, pratiquent leur activité lucrative sans être inquiétés ; il suffit d'ouvrir les pages de journaux (même certains de la catégorie dite sérieuse), pour voir s'étaler les annonces pour les mediums, astrologues de toute espèce.

Certes, ce laxisme de la répression qui ressort plus de la politique en général que de la politique criminelle est tout à fait regrettable. Mais, il était incontestable que M. B.C. avait employé des manoeuvres frauduleuses, en particulier, en fournissant à la victime des produits « magiques », pour persuader l'existence d'un pouvoir imaginaire et avait ainsi escroqué une partie de la fortune de M.G. Douze mois d'emprisonnement avec sursis et 10 000 F d'amende, ce n'est pas bien cher !

3. *Recel*

Dans un arrêt du 17 mai 1989 (*Gaz. Pal.* 29-31 oct. 1989. 15, note J.-P. Doucet), la Cour suprême commence par rappeler deux principes qui sont incontestables :

1°) « Le recel n'est constitué que si les choses détenues proviennent d'une action qualifiée crime ou délit par la loi ». Précisons bien qu'il s'agit du recel de choses qu'on appelle souvent le recel-complicité. Rappelons que suivant une autre formule plus développée, on dit le plus souvent que ce recel-complicité n'existe que s'il existe préalablement un acte principal qualifié crime ou délit.

2°) « Que, sauf disposition contraire expresse, une loi nouvelle qui abroge une incrimination s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non encore définitivement jugés ».

Les faits de la cause étaient les suivants : un nommé O. avait été condamné pour avoir sciemment recelé quatre camions et quatre remorques qui lui avaient été donnés, en règlement préférentiel de sa créance au préjudice de la masse par C., commerçant en état de cessation de paiements, lequel avait ainsi commis le délit de banqueroute simple prévu par l'article 128-6 de la loi du 13 juillet 1967. La Cour constate que ce texte a été abrogé, à compter du 1^{er} janvier 1986, par l'article 238 de la loi du 25 janvier 1985 lequel ne contient aucune incrimination applicable à l'acte commis par C. En conséquence, en l'absence d'infraction originaire, le délit de recel n'est pas légalement constitué. Et, la Cour suprême casse l'arrêt de la cour de Grenoble du 6 décembre 1985 qui avait, lui, prononcé condamnation.

La raisonnable juridique est justifié et tout à fait imparable. On peut regretter cependant que, par suite de l'abrogation du fait principal, le recel, qui peut manifester un état particulièrement dangereux, ne soit pas punissable. Pour qu'il le soit, il faudrait faire du recel de choses un délit distinct, ce qui paraît très difficile ou encore édicter une disposition spéciale prévoyant le cas d'abrogation du fait principal par le jeu de la rétroactivité *in mitius*, ce qui n'est peut-être pas très facile à faire admettre par le législateur.

4. Chèque sans provision

Nous avons souvent relevé dans cette chronique (V. cette *Revue*, 1984.91 ; 1986.618 ; 1987.437 et 1988.799) que d'après l'article 66 du décret-loi du 30 octobre 1935 (rédaction loi du 3 janv. 1975) pour que l'émission de chèques sans provision soit punissable, il faut que soit établie l'existence de l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui. Cette nouvelle formule a donné lieu à bien des interprétations et des craintes. Il semble que la jurisprudence soit maintenant bien orientée dans le sens d'une interprétation se contentant d'un *dolus generalis*. C'est ce que montre un arrêt de la Chambre criminelle du 22 mai 1989 (J.C.P. 1989. IV. 295) qui déclare : « En énonçant que le prévenu avait conscience au moment de l'émission du chèque que celui-ci ne serait pas payé lors de sa présentation et qu'en agissant ainsi il avait alors l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, la cour d'appel, qui apprécie souverainement l'existence de l'intention au regard des éléments de fait contradictoirement débattus, justifie sa décision de retenir la culpabilité de l'intéressé du fait d'émission de chèques sans provision ».

5. Jeux. Loteries.

Il arrive que des publicitaires particulièrement adroits arrivent à tourner les lois sur les loteries. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre criminelle du 21 novembre 1989 (inédit), déclare : « Ne constitue par une loterie prohibée par la loi du 21 mai 1836 le fait d'exiger du consommateur, pour avoir connaissance du lot attribué par le tirage au sort, un sacrifice financier correspondant aux frais d'envoi en timbres pour une valeur de 11 F, dès lors que ce sacrifice financier n'était pas consenti par le participant en contrepartie de l'offre qui lui était faite et n'avait d'autre effet que de lui permettre d'entrer en possession de ce qui n'était qu'une libéralité ». En effet, relève la Chambre criminelle, la cour de Douai avait eu raison de déclarer le 22 juin 1988 (inédit) « que le client, en l'absence de commande, avait la faculté soit de se manifester par téléphone, soit de retourner son titre gagnant en y joignant une somme de 11 F en timbres pour frais de mise à disposition du lot ». En résumé, « la participation du client au coût de l'expédition ne conférait pas en l'espèce un caractère onéreux à l'opération ».

6. Usure. Détermination du taux effectif¹.

Nous avons déjà exposé dans cette chronique (V. cette *Revue*, 1978.187) qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 28 décembre 1966, dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus, de quelque manière que ce soit, dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels. Nous avons eu aussi l'occasion d'exposer dans cette chronique (V. cette *Revue*, 1968.355 et 647 ; 1975.715 ; 1977.109, 599 et 826) que les prêteurs cherchent toujours à utiliser des combinaisons permettant de tourner la loi, notamment en ce qui concerne l'évaluation des frais, commissions ou rémunérations de toute nature. Nous avons relevé par la suite toute une série de décisions qui affirment la volonté des juges d'appliquer rigoureusement la loi de 1966. Nous avons ainsi commenté trois fois la même affaire lorsque :

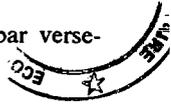
- 1) la Cour suprême, dans un arrêt du 30 janvier 1975, (V. notre chron. dans cette *Revue*, 1975.715), a décidé : a) pour calculer le taux effectif global, l'article 3, alinéa 1, de la loi de 1966, prescrit de tenir compte des frais, commissions et rémunérations, même indirects, lesquels peuvent, dès lors, résulter des stipulations que les parties ne croient pas devoir insérer dans l'acte de prêt, dont l'article 8 de la loi impose la rédaction par écrit, et notamment d'un accord verbal. b) Que ce même article 8 précise que ces frais, commissions ou rémunérations « sont ajoutées aux intérêts », ce qui implique leur inscription au compte de l'emprunteur en capital et non en pourcentage, et à la date de leur retenue ou de leur versement. c) Que, même si elle est licite, la retenue du montant des intérêts à échoir au cours de la première année du prêt réduit le montant du capital mis à la disposition de l'emprunteur pendant cette période et entraîne une augmentation du taux contractuellement prévu.
- 2) Sur renvoi, la Cour de Paris, le 29 mai 1976, (V. notre chron. dans cette *Revue*, 1977.599), a décidé que, lorsque deux actes juridiquement distincts concourent à la réalisation d'un prêt litigieux, l'ensemble des frais, commissions et rémunérations qui grèvent l'un et l'autre doit être pris en considération pour le calcul du taux effectif global défini par l'article 3 de la loi du 28 décembre 1966, et nous signalâmes à ce propos les attendus très détaillés et très précis de la cour de Paris que l'on ne pouvait qu'approuver chaleureusement.
- 3) Sur nouveau pourvoi, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 8 juin 1977, (V. chron. dans cette *Revue*, 1977.827), confirma les solutions de son arrêt précédent du 30 janvier 1975 en y ajoutant une précision importante : c'est selon la méthode des intérêts composés que le taux effectif global de l'intérêt doit être évalué, en répartissant les versements de l'emprunteur dans les temps suivant leur date. En effet, le taux effectif global est fonction du temps pendant lequel l'emprunteur a effectivement disposé des sommes qui lui étaient prêtées.

Entretemps, la Cour suprême, dans un arrêt du 12 octobre 1976 (V. notre chron. dans cette *Revue*, 1977.109), a précisé que la première prime du contrat d'assurance sur la vie, dont la souscription subordonne l'octroi d'un prêt, entre au sens de l'article 3 de la loi dans les frais indirects qui doivent être pris en compte pour le calcul du taux effectif global dudit prêt. Il n'importe que cette prime ne soit pas encaissée par le prêteur lui-même, dès lors que l'emprunteur se trouve dans l'obligation de la payer pour obtenir la délivrance de son emprunt.

Un récent arrêt de la Chambre criminelle, du 5 juin 1989, (*Gaz. Pal.* 1^{er}-2 nov. 1989, Somm. de jurispr. 17, note J.-P. Doucet) s'inscrit heureusement dans cette jurisprudence sévère pour l'emprunteur, en déclarant : « Entre dans les prévisions de l'article 3 de la loi du 28 décembre 1966, pour la détermination du taux effectif global d'un prêt, l'ensemble des frais et émoluments versés à l'intermédiaire. Il en est ainsi, que lesdites sommes soient ou non stipulées par des actes distincts du prêt, et payées

1. Sur la loi du 31 décembre 1989 modifiant le régime de l'usure, V. *infra* p. 601.

intégralement au moment de celui-ci ou qu'elles le soient ultérieurement par versements échelonnés ».



7. Usage illicite de marques

Nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de commenter l'application de l'article 422-2° du code pénal qui punit ceux qui auront fait usage d'une marque sans autorisation de l'intéressé même avec l'adjonction de mots tels que : « formule, façon, système, imitation, genre » et nous avons dit à ce propos que la jurisprudence semblait hésiter entre une interprétation extensive et une interprétation modérée du texte légal.

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 20 mars 1989 (D. 1989. I.R. 160 ; *Gaz. Pal.* 5-6 juill. 1989. *Jp.* 13, rapport Bayet) semble adopter l'interprétation extensive, alors que comme nous l'avons rapporté dans des chroniques précédentes, elle semble avoir penché jusqu'ici pour l'interprétation modérée (V. notamment notre chron. dans cette *Revue*, 1988.537). Il pose en effet comme principe : « Commet le délit prévu par l'article 422-2°, c. pén., celui qui, sans l'autorisation du propriétaire d'une marque, propose à sa clientèle, en faisant référence aux produits de cette marque présentés comme équivalents, des produits portant une marque distincte ». Puis, examinant les faits, il précise : « Fait une exacte application de l'article 422-2°, du code pénal, de l'article 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, et caractérise en tous ses éléments le délit d'usage de marque sans autorisation, la cour d'appel qui, pour déclarer le gérant d'une société coupable d'usage de marque sans autorisation du titulaire de celle-ci, constate que le prévenu a distribué, par l'intermédiaire de sa société, divers produits de parfumerie portant la marque « Diane d'Orphée », et retient que l'intéressé reconnaît avoir établi des tableaux dits de « généalogie » et des « listes de concordance » présentant les parfums « Diane d'Orphée » comme équivalents à certains parfums « Christian Dior » et relève que la réalisation et l'usage de ces documents, prétendument destinés à la formation de ses vendeurs, suffisent à établir l'infraction, dès lors que ces derniers ont été mis en mesure, par l'emploi de ces tableaux, de commercialiser les parfums « Diane d'Orphée » directement par référence aux marques « Dior » et ainsi de tirer profit du prestige des produits de la société titulaire de ces marques ». La nouvelle astuce, ici révélée, (encore une ! Comme nous l'avons dit, elles poussent comme des champignons avec les progrès techniques !), était assez remarquable et le fraudeur pouvait penser qu'il pouvait aller très loin sans franchir la limite légale. Mais, la Cour suprême a pu très légitimement le condamner parce que l'article 422-2° interdit l'adjonction de mots tels que : « système, imitation, genre ». « Référence » rentrait bien dans ce genre de mots.

V. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

Jacques BEAUME

Substitut du procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence

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

VI. — INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE

Jean PRADEL

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers
Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers*

1. Loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile. Champ d'application.

On sait que, dans l'intérêt de la protection des consommateurs, la loi du 22 décembre 1972 a prévu à la charge des démarcheurs un certain nombre d'obligations, à peine de sanction pénale. Toutefois l'article 8 de cette loi exclut de son champ d'application divers actes, et notamment « les ventes, locations ou locations-ventes de marchandises ou objets ou les prestations de services lorsqu'elles sont proposées pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou d'une activité professionnelle » (art. 8-1-e). Deux arrêts récents viennent contribuer à déterminer comment on doit entendre cette exception et, par voie de conséquence, à délimiter le champ de la loi.

1°) Deux époux sont condamnés, notamment pour infraction à la législation sur le démarchage à domicile, à une amende de 30 000 F (cour d'appel de Paris, 19 janv. 1989). Démarcheurs pour le compte d'une société, le Groupement national de diffusion immobilière industrielle et commerciale, ils offraient les services de celui-ci à des personnes se proposant d'acheter ou de vendre un fonds de commerce. Ces deux personnes avaient utilisé des contrats non conformes à la loi et avaient en outre perçu du numéraire ou des effets avant l'expiration du délai de réflexion. Ainsi se trouvaient violées les dispositions des articles 2 et 4 de la loi de 1972 aux yeux des juges du fond, qui condamnèrent.

Les prévenus firent un pourvoi en cassation en invoquant l'article 8-1-e précité. Toute la question était évidemment de savoir comment qualifier les agissements des prévenus. Le pourvoi prétendait que la cession d'un fonds de commerce est un acte de commerce par accessoire et est donc relatif à l'exploitation du commerce. La Chambre criminelle, par arrêt du 4 décembre 1989, ne l'a pas suivi et, en conséquence, a confirmé la condamnation prononcée. Cet arrêt est-il bien fondé ?

L'opération en cause n'est certainement pas une vente de marchandises ou d'objets, car un fonds de commerce n'est ni l'une ni l'autre, même si, dans un tel fonds, il y a des marchandises. Le fonds de commerce, en effet, est une « universalité juridique et un meuble incorporel » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v° *Fonds*). Cette opération peut-elle en revanche constituer une prestation de services proposée pour les besoins d'une exploitation commerciale ? Pas davantage, puisque les prévenus étaient des intermédiaires entre propriétaires et acquéreurs éventuels d'exploitations commerciales, comme le remarque l'arrêt. On pourrait préciser que l'exploitation prévue à l'article 8 implique que le client du démarcheur possède déjà l'exploitation commerciale et que le démarcheur se borne à l'aider à gérer celle-ci. Le concept de « besoins d'une exploitation » implique qu'il y ait une exploitation, alors qu'en l'espèce le client n'en possède pas, ou pas encore, ou peut-être n'en possédera jamais. Car, lorsque le client du démarcheur possède déjà un fonds, la prestation de ce dernier est censée être réduite et le dispositif de protection du consommateur ne paraît pas utile.

L'arrêt du 4 décembre 1989 applique cette idée de droit pénal général que les exceptions à l'application d'un texte d'incrimination sont de droit étroit. Et ce principe

est parfaitement justifié, puisque sans lui le domaine des incriminations se rétrécirait comme une peau de chagrin et que — en l'espèce — la protection du consommateur deviendrait vaine.

D'ailleurs ce principe n'est pas sans évoquer les restrictions apportées à l'article 8 par le législateur lui-même. Alors que le texte de 1972 prévoyait comme exception notamment les ventes de véhicules automobiles neufs (art. 8-1-b), cette disposition a disparu avec une loi du 23 juin 1989, suite aux recommandations de la doctrine (J. Calais-Auloy, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », D. 1973. chron. 266 et s.).

2°) Voici maintenant deux individus qui sont poursuivis pour avoir vendu à une commerçante en bijoux qu'ils avaient démarchée un extincteur, sans avoir mentionné dans le contrat la faculté de renonciation (décrite à l'article 3 de la loi de 1972). La cour d'appel (Colmar, 23 nov. 1988) relaxe ces prévenus en invoquant le fait qu'une telle vente porte sur des marchandises de nature à faciliter l'exploitation commerciale. Sur pourvoi du procureur général, la Chambre criminelle, dans son arrêt du 27 juin 1989, considère la relaxe bien fondée. A ses yeux, il est évident que l'achat d'un extincteur, destiné à assurer la sécurité de la clientèle ou du personnel, a été fait pour les besoins du commerce. C'est indéniable, et l'on mesure après coup que la poursuite et, plus encore, l'acharnement du parquet, étaient assez peu compréhensibles.

Il est utile d'ajouter que, comme le note l'arrêt, il importe peu que la marchandise ayant fait l'objet du contrat lors du démarchage soit sans rapport avec l'activité habituelle du client : un bijoutier ne vend pas d'extincteur ! Mais, comme il a « besoin » de posséder un extincteur dans son magasin, l'article 8 s'applique et les dispositions pénales de la loi de 1972 se trouvent mises en échec.

2. *Publicité trompeuse. Prix en partie indéterminé.*

Un sieur Olry est condamné par la cour d'appel de Colmar (22 janv. 1988) pour publicité de nature à induire en erreur dans les conditions suivantes. En qualité de président-directeur général de la Société Marli, qui construit des maisons d'habitation, le prévenu avait fait paraître dans deux quotidiens et dans deux mensuels locaux des annonces reproduisant un dessin de maison accompagné de légendes incomplètes. Mais le prix annoncé ne correspondait pas à celui du modèle présenté. En outre, ces encarts comportaient une partie détachable à envoyer à une adresse indiquée pour obtenir des renseignements complets. C'est sur la base de ce dernier élément que le prévenu forma un pourvoi en cassation. Il fut rejeté par arrêt de la Chambre criminelle du 30 mai 1989.

Que le délit s'applique au prix indiqué aussi bien qu'aux autres éléments du contrat (nature et composition du produit, espèce, origine, qualités substantielles...) est évident. L'article 44-I de la loi du 27 décembre 1973 vise en effet notamment « le prix et conditions de vente des biens ou services qui font l'objet de la publicité ». C'est ainsi que le délit est constitué en cas de vente d'un objet à un prix supérieur à celui figurant dans un catalogue publicitaire (Crim. 6 janv. 1981, inédit, n° 80.90.041). Et, dans une espèce où les marchandises étaient vendues à un prix de 50 % supérieur au prix normal, il fut admis que les mentions « spécial publicitaire » et « prix publicitaire incroyable » justifiaient la condamnation pour publicité trompeuse (Paris, 15 avr. 1971, *Gaz. Pal.* 1972. I. 407). Tout cela est simple.

En l'espèce, la difficulté provenait de ce que les candidats à l'achat des maisons étaient invités à solliciter des renseignements complémentaires auprès du promoteur annonceur. Il y avait en effet omission partielle dans le message publicitaire, et la question était de savoir si cette omission était délictueuse. Deux conceptions s'opposent. Ou bien le client alléché par l'annonce a le devoir de s'informer puisqu'il y est invité : alors le délit n'est pas constitué si son défaut d'information provient de sa passivité. Ou bien l'on considère que l'annonceur est tenu d'apporter au lecteur une information juste, précise, complète. C'est cette deuxième thèse que retient la Chambre criminelle quand elle précise que, « fussent-elles ultérieurement précisées

par des renseignements complémentaires, les indications d'un message publicitaire doivent être appréciées en elles-mêmes lorsqu'elles ont été rendues publiques ». Il faut donc que tous les éléments entrant dans la décision du client figurent dans le document publicitaire. Ainsi cet arrêt pousse très loin la protection du consommateur. Il y met même un accent social en approuvant l'arrêt d'appel qui parlait « d'investisseurs aux moyens modestes, dont la situation peut être compromise par des engagements présentés fallacieusement » (V. déjà de façon voisine Trib. corr. Paris, 15 avr. 1985, *Rev. trim. dr. com.* 1985. 823, obs. Bouzat, décision parlant « de personnes de condition modeste particulièrement vulnérables »).

A vrai dire la solution n'étonnera pas. Le silence en publicité justifie la poursuite dès lors qu'il est de nature à induire en erreur. On savait déjà que le délit est consommé lorsque l'annonceur, dans un placard publicitaire, omet de mentionner des clauses ou énonciations fondamentales du contrat de vente proposé et qu'il résulte de ces omissions une exagération des avantages annoncés. Par exemple, un annonceur ne peut impunément vanter les performances d'un appareil médical en omettant d'indiquer que ces performances ne sont pas celles de l'appareil de base, mais celles d'un matériel à acquérir en option (Crim. 26 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 39, *Rev. trim. dr. com.* 1988. 724, obs. Bouzat).

Ce qui en l'espèce est original, c'est qu'il appartenait au consommateur de s'informer à titre complémentaire (il y était même invité par l'encart, qui comportait un volet détachable à envoyer à une adresse qui y figurait). Or le consommateur moyen, ont pensé les juges, même sans le dire, ne pousse pas les investigations au delà de ce qu'il lit. Et, selon une circulaire d'application du ministère de la Justice du 1^{er} octobre 1974, « l'appréciation doit être faite au regard de la psychologie du consommateur moyen » (D. 1975. L. 52).

3. Infractions relatives aux droits d'auteur des entreprises de communication audiovisuelle. Preuve.

Les infractions aux dispositions de la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle peuvent, selon l'article 53 de cette loi, être prouvées soit par procès-verbal des officiers ou agents de la police judiciaire, soit par les constatations d'agents assermentés désignés par le Centre national de la cinématographie.

Des poursuites pénales ayant été lancées pour contrefaçon et pratique concurrentielle illicite contre des personnes qui avaient fait télédiffuser, dans le cadre d'une « télévision pirate », des films cinématographiques sans l'autorisation des titulaires des droits afférents à ces oeuvres de l'esprit, les juges du fond avaient prononcé la relaxe en se fondant sur le fait que les seules preuves alléguées étaient des attestations et constats d'huissier. Et, ajoutaient-ils, ces preuves ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 53 précité, qui déroge au principe général de l'article 427 du code de procédure pénale selon lequel « les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve ».

Par arrêt du 5 septembre 1989, la Chambre criminelle casse cette décision. Pour elle, en effet, l'article 427 est applicable : des modes de preuve autres que ceux qu'énumère l'article 53, comme des attestations et constats d'huissier, sont admissibles. En somme le fait qu'un texte particulier prévoit des modes particuliers de preuve n'empêche pas le juge de se fonder sur tout mode de preuve, en application de l'article 427. Un mode spécial de preuve légalement prévu n'exclut pas l'application du principe général que toute preuve est admissible. Le droit de la preuve ne fait pas sien l'adage connu en droit de fond selon lequel *specialia generalibus derogant*. Cette prééminence de l'article 427 est d'ailleurs de règle. Aussi, bien que l'article L. 1^{er}-III du code de la route prescrive certains modes de preuve en matière d'alcool au volant, rien n'interdit de faire appel à d'autres moyens de conviction (Crim. 24 janv. 1973, D. 1973. 241, rapport E. Robert).

VII. — INFRACTIONS CONTRE LA QUALITE DE LA VIE : CONSTRUCTION ET URBANISME

Fernand BOULAN

*Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille
Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique*

1. Amnistie. Loi du 20 juillet 1988. Champ d'application.

Comme toutes les lois d'amnistie, la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 a suscité un contentieux portant sur son champ d'application.

L'objectif principal du législateur étant alors de rejeter dans l'oubli des infractions mineures en relation avec les conflits du travail ou les revendications sociales, avec les élections de toute nature ou avec le code de justice militaire et celui du service national, il était prévisible qu'en 1989 la Cour de cassation soit appelée à statuer sur plusieurs affaires relevant de ces domaines.

Le domaine du droit pénal de la construction et de l'urbanisme devait à son tour essayer de profiter de ce « blanchiment » législatif en invoquant une disposition d'ordre général de la loi du 20 juillet 1988.

En effet l'article 2-1° de cette loi prévoit que sont amnistiés, lorsqu'ils ont été commis avant le 22 mai 1988, les « délits pour lesquels seule une peine d'amende est encourue ». Comme il ne faisait aucun doute que les dispositions de cette loi d'amnistie puissent être invoquées pour toutes les affaires en cours non encore définitivement jugées, la Chambre criminelle de la Haute juridiction a, par plusieurs décisions, reprenant toutes des motifs identiques, rejeté les pourvois fondés sur ce texte.

Deux arrêts en date du 14 novembre 1989 (aff. *Amelineau*, n° T. 88-86-595, public. *Flash*, et *Straub*, n° M-88-87-141D), un arrêt du 19 décembre 1989 (aff. *Guerci*, *Se-maine juridique*, 1989. IV. 114), et enfin celui du 19 février 1990 (aff. *Mazeron*, non publié), précisent : « Attendu que l'article 2 de la loi précitée, selon lequel sont amnistiés, lorsqu'ils ont été commis avant le 22 mai 1988, les délits pour lesquels seule une peine d'amende est encourue, ne peut recevoir application en l'espèce, dès lors que l'infraction relevée est sanctionnée en application des articles L. 480-4 et L. 480-5 du code de l'urbanisme non seulement par une amende, mais aussi par des mesures de publicité et d'affichage ».

Cette position, parfaitement justifiée, s'explique-t-elle par la nature des mesures accessoires ou complémentaires à la peine d'amende prévue par le code de l'urbanisme, ou seulement par l'interprétation du texte de la loi d'amnistie ?

Dans les trois affaires citées, les moyens des pourvois tentaient d'entraîner la Haute juridiction sur le terrain de la nature des mesures autres que l'amende.

En prétendant que la démolition était une peine complémentaire, les moyens invoquaient l'article 19 de la loi du 20 juillet 1988, suivant lequel l'amnistie entraîne l'amnistie de toutes les peines principales, accessoires ou complémentaires, ainsi que de toutes les incapacités ou déchéances subséquentes.

Par ailleurs, en prétendant que l'astreinte, les mesures de publicité ou d'affichage étaient de nature civile, les moyens soutenaient que la seule sanction pénale prévue était l'amende, et que dès lors la construction sans permis entrait dans le champ de l'article 2-1° de la loi d'amnistie.

La Chambre criminelle n'est pas entrée dans ces types de raisonnement.

S'il est vrai que, dans l'un des arrêts du 14 novembre 1989 (aff. *Amelineau*) et l'arrêt du 6 juin 1990, elle corrige une erreur d'analyse du juge du fond, en rappelant que, « si la cour d'appel a considéré à tort que lesdites mesures constituent des sanctions pénales alors que, destinées à faire cesser une situation illicite, elles ont un caractère réel » (V. notre précédente chron., cette *Revue*, 1990.103, n° 2), elle ne censure pas pour autant les arrêts attaqués, car elle se situe à un autre niveau de justification.

En réalité, sans le dire expressément, la Chambre criminelle se borne à appliquer dans ces espèces sa jurisprudence traditionnelle à propos de la détermination du champ d'application d'une loi d'amnistie.

Les lois d'amnistie sont des lois d'exception, et à ce titre sont d'interprétation stricte.

L'article 2-1° de la loi du 20 juillet 1988, ne prévoyant l'amnistie que des délits pour lesquels « seule une amende est encourue », dès lors qu'une autre mesure à caractère réel peut être prononcée par le juge, la construction sans permis échappe au domaine d'application de cette disposition.

Cette position est certes empreinte de rigueur juridique dans la mesure où, comme nous l'avons rappelé plus haut, les lois d'amnistie sont d'interprétation stricte et que la Haute juridiction procède toujours par économie de motifs.

Néanmoins cette analyse assez abrupte est peut-être révélatrice de deux aspects. D'une part, l'embarras de la qualification de ces « mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite », qui constituent une catégorie nouvelle *sui generis*, ni pénale, ni civile. D'autre part, peut-être aussi l'espèce d'allergie épidermique que suscitent de plus en plus chez les magistrats des lois d'amnistie, notamment quand elles vont trop loin !

2. Distinction entre l'affectation et la destination d'un immeuble.

L'arrêt *Guerci* du 19 décembre 1989 (préc.) présente son intérêt majeur dans les exigences qu'il impose aux juges du fond quant à la qualification exacte des faits objet de la poursuite et les caractéristiques techniques qu'il leur demande de contrôler.

Pour n'avoir pas été suffisamment rigoureux sur ces deux aspects, l'arrêt de la Cour de Lyon du 14 décembre 1988 fut cassé.

Le prévenu ayant acquis un « grenier », y avait fait installer le chauffage central et une salle de bains et l'avait utilisé pour l'habitation. Les premiers juges l'avaient déclaré coupable, en vertu des articles L. 421-1 et L. 480-4 du code de l'urbanisme, ainsi que de l'article L. 160-1 du même code, d'avoir procédé à un tel changement en infraction aux règles du plan d'occupation des sols de la commune.

La cour d'appel avait confirmé le jugement en retenant la culpabilité du prévenu pour deux infractions distinctes : la violation des dispositions d'un POS prévue par l'article L. 160-1, et la réalisation de travaux sur des constructions existantes lorsqu'ils ont pour effet d'en changer la destination sans l'obtention préalable d'un permis de construire, prévue par l'article L. 421-1, alinéa 2, du code de l'urbanisme.

Or la citation initiale ne visait pas la violation des dispositions d'un POS, dont les éléments constitutifs sont différents de ceux du délit prévu par l'article L. 421-1, alinéa 2.

La censure était donc inévitable.

Elle fut prononcée après le rappel du principe : « La cour d'appel ne pouvait confirmer la déclaration de culpabilité prononcée par les premiers juges pour une infraction aux règles d'occupation des sols, dont les éléments constitutifs sont différents de ceux de l'infraction résultant de l'exécution des travaux sans permis de construire, alors qu'elle ne constatait pas que le prévenu avait formellement accepté d'être jugé sur un délit non visé par la citation ».

En second lieu, l'arrêt de la Chambre criminelle précise que la modification de l'affectation donnée à un local n'a pas nécessairement pour effet de modifier la destination de l'immeuble où il se trouve.

En l'espèce, un immeuble bâti ayant été divisé en plusieurs lots, pour des raisons relatives à un calcul de surface, l'état descriptif joint du règlement de copropriété mentionnait que le deuxième étage était constitué de « greniers ». Cette astuce permettait de déduire de la surface hors oeuvre brute de la construction la surface hors oeuvre de cet étage.

En réalité les fameux « greniers » consistaient en un appartement divisé en plusieurs pièces éclairées par des fenêtres, d'une hauteur sous plafond de trois mètres, et disposant de l'eau et l'électricité. L'affectation aurait pu être modifiée sans changer la destination de l'immeuble.

Dès lors la cour d'appel aurait dû rechercher si, avant l'exécution des travaux réalisés par le prévenu, les caractéristiques techniques de ces locaux permettaient de les considérer effectivement comme des combles non aménageables pour l'habitation indépendamment de leur qualification dans l'acte de vente ou le règlement de copropriété.

Si tel était le cas, rechercher alors si les travaux rendaient ces locaux propres ou non à l'habitation et changeaient leur destination.

L'arrêt est censuré pour n'avoir pas procédé ainsi.

Il semble en l'espèce que les soi-disant « greniers » étaient dès l'origine destinés à l'habitation, et que de ce fait les aménagements qu'avait effectués le prévenu ne modifiaient en rien leur destination réelle.

3. Inefficacité de l'exception d'illégalité d'un refus de permis de construire.

Un individu avait créé entre 1980 et 1984 un élevage de poneys, puis une école d'équitation. Pour les besoins de ces activités, il avait, sans autorisation, construit plusieurs bâtiments et abris, pour lesquels il n'avait présenté une demande de permis de construire qu'en mai 1985, soit un mois après qu'un agent de la Direction départementale de l'équipement ait dressé procès-verbal des constructions irrégulières.

Sa propriété étant située dans une zone où, selon les dispositions du plan d'occupation des sols, de telles constructions n'étaient pas autorisées, le permis de construire lui avait été refusé.

Sa requête en annulation de l'arrêté de refus de permis de construire ayant été rejetée par le tribunal administratif, il avait interjeté appel devant le Conseil d'Etat et demandait rien moins que la juridiction pénale surseoie à statuer en attendant la décision du Conseil d'Etat, ce que la cour d'appel de Nîmes avait refusé.

L'un des moyens du pourvoi soutenait qu'il appartient aux juridictions pénales de vérifier si les règlements ou arrêtés auxquels il leur est demandé d'attribuer sanction ont été légalement pris par l'autorité compétente.

C'est une position classique de la jurisprudence criminelle que de considérer, malgré le principe de la séparation des pouvoirs, que le juge répressif devant qui l'on invoque l'exception d'illégalité d'un règlement administratif qui sert de base à la poursuite peut apprécier lui-même la légalité de ce règlement, et, s'il l'estime illégal, relaxer le contrevenant (Cf. Stefani-Levasseur-Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, n° 19).

Mais généralement cette faculté reconnue au juge répressif est considérée comme un signe de l'autonomie du droit pénal, puisqu'il ne sera pas tenu de surseoir à statuer. De plus, en matière de poursuites pour construction sans permis, l'exception d'illégalité est totalement dépourvue d'efficacité.

Comme le précise fort justement l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 27 février 1990 (aff. *Rosant*, non publiée), « aussi longtemps que l'autorisation de construire un ouvrage n'a pas été obtenue, la construction ne peut être licitement entreprise ».

Dès lors, le fondement de la poursuite réside dans le fait de ne pas avoir obtenu une autorisation avant d'entreprendre une construction, et non dans le fait que cette autorisation ait été refusée.

4. *Permis tacite. Régularité du retrait ou exclusion.*

Il est relativement rare qu'au niveau de la Chambre criminelle de la Cour de cassation l'existence d'un permis tacite soit invoquée dans les moyens des pourvois. C'est pourquoi cela mérite d'être signalé.

La raison principale à cette rareté tient à ce que les permis tacites sont eux-mêmes très exceptionnels, puisqu'ils ne représentent, quand ils sont possibles, qu'environ 3 % des permis de construire (cf. D. Labetoulle, *Le permis de construire*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1982).

Il n'empêche que l'existence d'un permis tacite a été, d'ailleurs vainement, invoquée dans deux affaires jugées par la Chambre criminelle le 1^{er} mars 1990 (aff. *Vidal*, non publiée) et le 8 mars 1990 (aff. *Azoulay*, non publiée).

Le premier de ces deux arrêts illustre la possibilité du retrait d'un tel permis pour cause d'illégalité, alors que le second illustre l'un des cas d'exclusion de la naissance d'un permis de façon tacite.

a) Dans l'arrêt du 1^{er} mars 1990, il s'agissait d'une personne qui avait présenté une demande de permis de construire d'un hangar pour les besoins de son exploitation agricole. Ce permis lui avait été refusé en raison de l'importance du projet, qui ne correspondait pas à la surface de l'exploitation. Mais la notification du refus étant faite hors délai, le pétitionnaire pouvait, conformément à l'article R. 421-12 du code de l'urbanisme, prétendre à l'existence d'un permis tacite.

Bien que la Direction départementale de l'équipement lui ait adressé, dans le délai du recours contentieux, une notification de retrait, l'individu construisait le hangar, ainsi d'ailleurs que d'autres bâtiments, et utilisait l'ensemble des locaux pour l'exploitation d'un club de tennis, alors que le plan d'occupation des sols interdisait dans cette zone la création d'aires de jeux.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir contrôlé la légalité du retrait, ni d'avoir recherché si ce retrait avait été prononcé par le maire, seule autorité habilitée à en décider.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation constatait, d'une part, que la régularité du retrait du permis tacite avait été admise et non contestée en cause d'appel, et que, d'autre part, les infrastructures sportives avaient été édifiées en violation des dispositions légales (sans demande spéciale préalable) et contrairement aux dispositions du POS.

Malgré la condamnation qui est intervenue dans cette affaire, de même que l'ordre de démolition, ce cas d'espèce est révélateur des « déviations » dont sont menacées les zones classées N.C. dans les POS. Par souci de protection des agriculteurs, les Directions départementales de l'agriculture et de la forêt ont fait admettre depuis longtemps qu'il ne fallait pas inscrire de coefficient d'occupation des sols pour les zones agricoles, en considérant que la vocation agricole des constructions et l'évaluation des besoins de l'exploitation agricole constituaient des instruments de contrôle suffisants.

Mais ces espaces libres à la périphérie des villes sont objet de convoitises de la part de non-agriculteurs, ou même de la part des agriculteurs qui envisagent leur reconversion. Un hiatus dans la procédure peut, comme c'était le cas en l'espèce, laisser passer un délai et voir se construire un hangar soi-disant agricole qui se transforme en gymnase !

b) Le second arrêt de la Chambre criminelle, qui a été rendu le 8 mars 1990, concernait des faits relevant de l'article R. 421-19 du code de l'urbanisme, qui prévoit les cas dans lesquels la construction ne peut bénéficier d'un permis de construire tacite.

On sait que les permis subordonnés à une enquête publique, les projets soumis à des règles spéciales du fait de la législation des monuments historiques et des sites, ceux situés dans une réserve naturelle ou une zone de protection du patrimoine architectural et urbain, ou encore ceux soumis à une autorisation de changement de destination dans le cadre de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, sont exclus du bénéfice du permis tacite.

Le contentieux administratif est loin d'avoir épuisé toutes les questions qui se posent en ce domaine (V. not. Auby et Perrinet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 2^e éd., n^{os} 541 et s. ; Gilli-Charles-de Lanversin, *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, Dalloz, not. p. 185).

En matière pénale cette question est, comme cela est signalé précédemment, plus rarement évoquée.

Dans l'espèce en cause, le prévenu avait fait une demande de permis de construire pour des travaux consistant à transformer la devanture de son magasin. Le maire, en l'occurrence de Paris, lui avait notifié les délais d'instruction, avec la prévision d'une date limite pour la signification de la décision, mais en visant aussi l'article R. 421-19 prévoyant l'impossibilité de bénéficier d'un permis tacite, car l'immeuble du pétitionnaire était situé aux abords de la station de métro « Villiers », édifice protégé au titre des monuments historiques.

Dès lors la Chambre criminelle constatait que la cour d'appel avait parfaitement justifié sa décision de condamnation en vertu de l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

VIII. — INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

Christine LAZERGES

Professeur à l'Université de Montpellier I

Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.)

1. Amnistie : loi du 20 juillet 1988. Durée du travail. Heures supplémentaires.

Le dirigeant d'une société française de gardiennage, Thozet, condamné par la cour d'appel de Paris pour infraction à l'article L. 212-5 du code du travail à 50 amendes de 600 F chacune, sollicite la cassation de cette décision.

La Chambre criminelle, le 17 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 363, p. 876), dans un attendu initial sous forme d'attendu de principe interprétatif de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988, rappelle que les infractions reprochées à Thozet, qui ont été commises antérieurement au 22 mai 1988 et constituent les contraventions de quatrième classe prévues et réprimées par les articles L. 212-5 et R. 261-4 du code du travail, sont exclues du bénéfice de l'amnistie par application de l'article 29-16° de la loi du 20 juillet 1988.

Dans le cas contraire, bien entendu l'argumentation du chef d'entreprise n'aurait pas donné lieu à examen par la Cour suprême.

Si l'interprétation des lois d'amnistie ou de certains de leurs articles peut être extrêmement délicate (preuve en sont de nombreuses situations dont la presse n'omet pas de se saisir et qui conduisent à s'interroger sur le bien-fondé des lois d'amnistie), en l'occurrence l'interprétation de l'article 29-16° de la loi du 20 juillet 1988 ne présentait aucune difficulté.

En bref Thozet ne pouvait être amnistié, mais il prétendait ne pas avoir violé les textes du code du travail sur la durée du travail. Condamné pour avoir omis de procéder en faveur de 50 salariés de son entreprise au paiement majoré d'heures supplémentaires dans les conditions prescrites par l'article L. 212-5 du code du travail, il affirmait n'avoir fait que se conformer aux dispositions d'un accord d'entreprise du 20 juin 1984, lequel avait substitué à la base habituelle de calcul de 39 heures de travail hebdomadaire une « unité de travail mensuelle » de 169 heures, au-delà de laquelle seulement devait être versée une majoration pour heures supplémentaires.

La Chambre criminelle confirme l'argumentation de la cour d'appel, qui déjà confirmait le jugement entrepris, et que l'on peut résumer de la façon suivante :

Il résulte des articles L. 212-5 du code du travail que la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à 39 heures par semaine et que les heures supplémentaires effectuées au-delà de cette durée donnent lieu à majoration du salarié.

Le chef d'entreprise ne saurait invoquer pour sa défense les termes d'un accord d'entreprise du 20 juin 1984 qui, en méconnaissance des prescriptions de l'article L. 312-23 du code du travail, comporte, s'agissant du paiement des heures supplémentaires, des dispositions moins favorables aux salariés que celles de l'accord national du 9 juin 1982. En appliquant cet accord d'entreprise moins favorable, Thozet contrevient aux dispositions d'ordre public de l'article L. 212-5 du code du travail. Cette analyse classique et incontestable n'appelle pas de commentaires.

La Chambre criminelle ajoutera, en réponse au moyen unique du dirigeant en cause de l'entreprise privée de surveillance et de gardiennage, qu'il ne saurait être fait état des dispositions de la loi du 19 juin 1987 prévoyant la possibilité d'exécution du tra-

vail par cycles et le calcul des heures supplémentaires par rapport à leur durée effective « dès lors que ce texte, qui maintient d'ailleurs le principe du décompte des heures supplémentaires par semaine civile et n'autorise la mise en oeuvre des dérogations, hormis pour les entreprises fonctionnant en continu, que par décret, convention ou accord collectif étendu, est susceptible de s'appliquer aux seuls agissements commis depuis son entrée en vigueur ».

S'il est incontestable que dans notre espèce le chef d'entreprise ne pouvait dégager ni sa responsabilité pénale ni sa responsabilité civile, on conviendra que pour certaines professions la complexification des règles sur la durée du travail est croissante.

Il semble, et ce serait une conséquence de cette complexification, que la Chambre criminelle connaisse un nombre croissant d'affaires relatives à la durée du travail. Un pointage statistique serait intéressant à effectuer.

2. *Durée du travail. Repos dominical. Consentement de la victime.*

Il s'agit ici, non pas d'enchevêtrement de textes sur la durée du travail, mais d'une question de fond pour les pénalistes : le consentement de la victime est-il un fait justificatif ?

La Chambre criminelle le 5 décembre 1989¹ (*Bull. crim.* n° 466, p. 1138) répond par la négative, ce qui ne surprendra pas. En résumé le consentement des salariés, lorsqu'il est invoqué par un employeur poursuivi pour infraction au repos dominical, ne peut constituer un fait justificatif, ni permettre audit employeur de se soustraire à la règle du repos dominical, dès lors qu'il ne figure pas au nombre des dérogations à cette règle limitativement énumérées par le code du travail.

Ledit employeur formait un pourvoi en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 2 mars 1989 qui, pour infraction à l'article L. 221-5 du code du travail, l'avait condamné à huit amendes d'un montant de 2 000 F chacune.

Il reconnaissait avoir ouvert le dimanche sans autorisation administrative son commerce d'électroménager, mais arguait devant la Cour de cassation de ce que l'on devait retenir comme dérogation au principe du repos hebdomadaire le dimanche l'accord des salariés dûment exprimé pour travailler ce jour-là et choisir une autre date pour le repos légal.

Revenons aux textes :

- l'article L. 221-5 dispose : « Le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche » ;
- les articles L. 221-5-1 et L. 221-6 ne prévoient de dérogations à l'obligation de principe du repos dominical qu'en vertu d'arrêtés préfectoraux, municipaux, ou d'accords collectifs étendus.

Tel n'était pas le cas et l'on ne peut qu'approuver la solution de la Chambre criminelle, mais que reste-t-il du champ d'intervention du fait justificatif tiré du consentement de la victime si même dans ce type d'hypothèse il n'est pas opératoire ?

Il n'en reste rien, et cela n'est pas étonnant, car en réalité le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif, sauf à être complété par la permission de la loi. L'absence de texte général sur le consentement de la victime dans le code pénal de 1810 n'est pas une lacune, comme l'est l'absence de texte général sur l'état de nécessité, mais la conséquence logique de ce que l'on ne peut déroger par des conventions particulières à des textes d'ordre public, ce que sont l'intégralité des textes d'ordre pénal même lorsque apparemment il s'agit de protéger des intérêts privés.

Si l'on a pu pendant des décennies et aujourd'hui encore enseigner aux étudiants en droit que le consentement de la victime pouvait dans certains cas constituer un fait justificatif, c'est que la définition même d'un nombre relativement important d'infractions (pensons au viol ou au vol) suppose l'absence de consentement de la vic-

1. V. également A. Lyon-Caen, cette *Revue*, 1990.364.

time. En réalité, lorsque l'absence de consentement de la victime est un élément constitutif de l'infraction, l'infraction n'est pas effacée *a posteriori* par un fait justificatif qui s'appellerait consentement de la victime, elle disparaît *ab initio* parce qu'il manque un des éléments constitutifs, à savoir l'absence de consentement de la victime.

Nous ne reviendrons pas dans le cadre de cette courte chronique sur les hypothèses où concurremment avec la permission de la loi, ce qui change les données du problème, le consentement de la victime peut alors opérer fait justificatif.

Dans le cas du repos hebdomadaire qui, selon l'article L. 221-5 du code du travail, doit être donné le dimanche, des dérogations sont prévues mais, qui ne peuvent résulter du seul consentement des salariés ; comme le rappelle utilement la Chambre criminelle dans sa décision du 5 décembre 1989, « le consentement donné en pareille hypothèse par les salariés, qui ne figure pas au nombre des dérogations à la règle du repos dominical énumérées par le code du travail, ne saurait constituer un fait justificatif ».

3. *Appréciation de la légalité du refus d'autorisation de licenciement d'un inspecteur du travail. Délit d'entrave. Responsabilité pénale d'un président d'association.*

Cette autre décision de la Chambre criminelle du 5 décembre 1989 (*Bull. crim.* n° 467, p. 1140) soulève deux questions fort intéressantes.

Les faits sont simples. Le président d'une association (loi du 1^{er} juill. 1901) de travailleurs migrants demande, après décision en ce sens de son conseil d'administration, de licencier un délégué du personnel. La décision de refus prise par l'inspecteur du travail est confirmée par le ministre, mais le salarié, qui avait été immédiatement mis à pied, n'a pu obtenir d'être réintégré dans son emploi. Le président de l'association est poursuivi et condamné pour entrave à l'exercice régulier des fonctions de délégué du personnel.

La première question que soulève le pourvoi en cassation du président de cette association de travailleurs migrants (l'ATRAMI) est celle de l'étendue de la compétence des juridictions répressives en matière d'appréciation de la légalité d'un acte administratif et des conséquences de que l'on appelle l'exception d'illégalité.

La seconde question a trait à la désignation de la ou des personnes pénalement responsables dans le cadre d'une association dite 1901.

Pour le chef d'entreprise la nullité des poursuites à son encontre résulterait de l'illégalité de la décision de refus de licenciement du 8 octobre 1986 qui selon lui sert de base. Cette décision est bien un acte administratif individuel, mais non assorti d'une sanction pénale, que le président de l'ATRAMI considère comme entaché d'erreur manifeste d'appréciation. On sait que depuis la jurisprudence *Dame Le Roux* (Crim. 21 déc. 1961, D. 1962. 102) le juge répressif est compétent même pour apprécier la légalité d'un acte administratif individuel, à la condition toutefois que cet acte soit assorti d'une sanction pénale. On sait également que la jurisprudence *Dame Montorio* (Crim. 21 oct. 1987, D. 1988. 58), tout en refusant au juge répressif la faculté d'apprécier l'opportunité d'un acte administratif, inclut dans l'appréciation de la légalité interne celle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Observons que dans notre espèce accepter de se livrer à l'analyse de la légalité d'un acte administratif individuel non assorti d'une sanction pénale aurait consisté pour les juges répressifs à appliquer avant qu'il ne soit voté définitivement l'article 111-5 du Projet de code pénal, qui étend le champ d'application de l'exception d'illégalité dans les termes suivants (termes ayant vraisemblablement inspiré le rédacteur du pourvoi) : « Les juridictions répressives sont compétentes pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis » (version adoptée par le Sénat et l'Assemblée nationale lors de la première lecture du Livre I du Projet de code pénal).

Pour la cour d'appel de Reims dont la décision du 24 février 1989 fait l'objet du pourvoi : « Le juge répressif n'a pas le pouvoir d'apprécier la légalité d'un acte administratif individuel qui n'est pas lui-même pénalement sanctionné, comme c'est le cas de la décision critiquée de l'inspecteur du travail ; de plus un recours a été formé par l'ATRAMI contre la décision du 8 octobre 1986 confirmée par le ministre des Affaires sociales devant le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne.

« Si le premier argument de la cour d'appel ne fait que confirmer une jurisprudence bien établie, le second par contre est inutile et mal fondé ; les juges répressifs s'estimant d'ordinaire compétents pour apprécier la légalité d'un acte administratif même si la question est pendante devant les juridictions administratives ».

A supposer que la cour d'appel ait anticipé sur l'adoption définitive de l'article 111-5 du Projet de code pénal par un revirement de jurisprudence sur le domaine d'application de l'exception d'illégalité lorsque l'acte administratif est individuel et non assorti d'une sanction pénale et ait conclu à l'illégalité du refus d'autorisation, cela aurait-il entraîné la nullité des poursuites à l'encontre du président de l'association ATRAMI ? Non, affirme sans ambiguïté et à juste titre la Chambre criminelle : « En effet, contrairement à ce qui est allégué, la décision de l'inspecteur du travail n'était pas la base nécessaire de la poursuite dès lors que son illégalité prétendue, à la supposer démontrée, n'équivaudrait pas à une autorisation de licenciement sans laquelle un représentant du personnel ne peut être privé de son emploi, et qu'elle n'aurait pas pour effet d'ôter aux faits poursuivis leur caractère punissable ».

Privé dès lors de son premier moyen de cassation, le président de l'ATRAMI avait-il quelque chance de se voir disculper sur la base d'un second moyen selon lequel le président bénévole d'une association de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne tient pas ses pouvoirs de la loi, mais des statuts de l'association, lesquels, en l'espèce, ne conféraient au président que le pouvoir d'exécuter les directives du conseil d'administration ?

La question est claire : le président d'une association, dite loi 1901, peut-il se retrancher derrière la décision de son conseil d'administration pour échapper à toute poursuite pénale personnelle ? La réponse de la Chambre criminelle, sans surprise, n'est pas moins claire : le président d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 est le représentant légal de cette association, il est à ce titre tenu d'assurer le respect des prescriptions du code du travail et il est responsable de leur violation.

En filigrane est posée par le président de l'ATRAMI, peu chanceux devant la Chambre criminelle, le problème de la responsabilité pénale des personnes morales ; d'une certaine façon il anticipait aussi dans son second moyen sur l'adoption définitive du Livre I du Projet du nouveau code pénal qui, malgré les hésitations du Sénat, comprendra un texte consacrant la possibilité de poursuites pénales à l'encontre des personnes morales, y compris les associations régies par la loi de 1901.

On a toutes les raisons de penser que la Commission mixte paritaire proposera une rédaction de l'article 121-2 du Projet de code pénal proche de celle adoptée par l'Assemblée nationale en deuxième lecture dans les termes suivants : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénales des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques pour les mêmes faits ».

IX. — PROCÉDURE PÉNALE

André BRAUNSCHWEIG

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

1. *Chambre d'accusation. Composition. Incompatibilités. Actes d'instruction. Requête en confusion de peines.*

La Chambre criminelle a eu l'occasion de préciser par plusieurs arrêts comment, dans certains cas, devait être observée l'incompatibilité prévue par l'article 49, alinéa 2, du code de procédure pénale, en application duquel ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales le magistrat qui en a connu en qualité de juge d'instruction (V. notamment Crim. 14 janv. 1953, *Bull. crim.* n° 16 ; 2 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 245, cette *Revue*, 1982.167, obs. J. Robert ; 18 oct. 1982, *Bull. crim.* n° 221 ; 11 mars 1986, *Bull. crim.* n° 100 ; 31 mai 1988, *Bull. crim.* n° 235).

Un arrêt rendu le 21 septembre 1989 (*Bull. crim.* n° 325) complète utilement cette jurisprudence. Une chambre d'accusation ayant rejeté sa requête en confusion de deux peines criminelles, le condamné a formé un pourvoi contre cette décision. Or la Chambre criminelle a constaté que l'un des magistrats ayant siégé à la chambre d'accusation avait accompli des actes d'instruction dans la procédure qui avait abouti à l'une des condamnations en cause, et, estimant qu'il y avait ainsi méconnaissance du principe énoncé par l'article 49 précité, elle a prononcé la cassation.

2. *Détention provisoire. Chambre d'accusation. Annulation d'actes de la procédure. Mandat de dépôt. Délai d'exécution de la mise en liberté.*

Lorsque la chambre d'accusation saisie par le juge d'instruction, conformément aux dispositions des articles 170 et 171 du code de procédure pénale, d'une procédure d'annulation d'un acte de l'information exécuté en méconnaissance des articles 114 et 118 du même code constate l'irrégularité, elle doit annuler tant l'acte lui-même que la procédure ultérieure. S'il y a détention provisoire, le mandat de dépôt est donc annulé par voie de conséquence et l'inculpé doit être mis en liberté.

Un arrêt rendu le 24 avril 1990 par la Chambre criminelle (*Bull. crim.*, sera publié) vient de préciser, en modifiant la jurisprudence antérieure, le moment à partir duquel la décision de la chambre d'accusation devient exécutoire. Jusqu'ici, en effet, la Cour de cassation admettait que, lorsque l'annulation du titre de détention était la conséquence d'une procédure menée en application de l'article 171 du code de procédure pénale, la mise en liberté de l'inculpé était exécutoire immédiatement après le prononcé de l'arrêt, et qu'aucun texte de loi n'interdisait alors au juge d'instruction de décerner, dans le cadre de la même procédure et à raison des mêmes faits, un nouveau mandat de dépôt à l'encontre du même inculpé. Dans une espèce où l'intéressé avait, à l'appui d'une demande de mise en liberté, soulevé l'illégalité de ce second mandat de dépôt, la chambre d'accusation avait confirmé l'ordonnance du juge d'instruction rejetant la demande, et la Chambre criminelle avait approuvé cette décision en considérant que la détention était régulière (Crim. 14 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 356).

Le récent arrêt statue dans une procédure comportant un interrogatoire de première comparution au cours duquel le nommé C. a été inculpé de certains faits, alors que ceux-ci n'étaient pas visés par le réquisitoire du procureur de la République. Saisie en application de l'article 171 du code de procédure pénale, la chambre d'accusation,

par un arrêt du 19 septembre 1989, a annulé le procès-verbal de première comparution, et, par voie de conséquence, a ordonné l'annulation du mandat de dépôt, prescrit la mise en liberté de C. et renvoyé le dossier au juge d'instruction. Le jour où cet arrêt a été rendu, la levée d'écrou de l'intéressé a été effectuée, mais le procureur de la République a aussitôt rédigé un réquisitoire supplétif contre lui à raison des mêmes faits, et le magistrat instructeur, après avoir délivré un mandat d'amener, immédiatement exécuté, a inculqué à nouveau C., puis l'a placé sous mandat de dépôt.

Saisie d'un appel de l'inculqué contre une ordonnance du juge d'instruction rejetant une demande de mise en liberté, la chambre d'accusation, le 3 octobre 1989, a annulé la nouvelle ordonnance de mise en détention provisoire du 19 septembre 1989, ainsi que le mandat de dépôt lui faisant suite, et, sur pourvoi du procureur général près la cour d'appel, la Chambre criminelle a, par son arrêt du 24 avril 1990, tout en lui substituant un autre motif, approuvé cette décision.

Après avoir constaté, en effet, que la mise en liberté de l'inculqué était seulement la conséquence de l'annulation de pièces de la procédure en raison du défaut de saisine du juge d'instruction, sans que les juges du second degré se soient prononcés sur le bien-fondé de la détention provisoire au regard des articles 144 et 145 du code de procédure pénale, et sans avoir fait appel aux dispositions de l'article 201 dudit code, la Cour de cassation déclare que « la chambre d'accusation a décidé à bon droit que le juge d'instruction ne pouvait inculper à nouveau C. et le placer en détention provisoire en l'état de la procédure ». Mais il est surtout intéressant de noter la motivation de l'arrêt de la Chambre criminelle. Celle-ci précise « qu'en effet, en vertu des articles 570 et 571 du code de procédure pénale, l'arrêt du 19 septembre 1989 n'était pas exécutoire, y compris en ce qui concerne la mise en liberté, lorsque le magistrat instructeur a, ce même 19 septembre, et à raison des mêmes faits, notifié la nouvelle inculpation et décerné un nouveau mandat de dépôt ».

Ainsi, alors que la Cour de cassation admettait précédemment, comme le démontre l'arrêt précité du 14 novembre 1985, le caractère immédiatement exécutoire de l'arrêt d'annulation rendu par la chambre d'accusation, c'est l'application des articles 570 et 571 qui entraîne la modification de la jurisprudence en la matière. Et il est vrai que, selon le dernier alinéa de l'article 571, les dispositions de l'article 570, relatives aux décisions distinctes de celles statuant sur le fond, et mettant ou ne mettant pas fin à la procédure, « sont applicables aux pourvois formés contre les arrêts préparatoires, interlocutoires et d'instruction rendus par les chambres d'accusation ». Or des diverses prescriptions de ces deux textes il résulte que, dans le cas où la décision n'a pas mis fin à la procédure : 1) jusqu'à l'expiration des délais de pourvoi, l'arrêt n'est pas exécutoire ; 2) si le demandeur en cassation a adressé une requête au président de la Chambre criminelle, l'arrêt ne devient exécutoire que si cette requête est rejetée ; 3) si le président fait droit à la requête, la Chambre criminelle doit statuer dans les deux mois qui suivent son ordonnance, et l'exécution de l'arrêt est alors suspendue jusqu'à ce qu'intervienne l'arrêt de la Haute juridiction.

En résumé donc, lorsqu'il y a mise en liberté par suite d'une annulation de pièces survenue en application des deux articles susvisés, la mesure ne peut être exécutée, et un nouveau mandat de dépôt ne peut éventuellement être décerné contre l'inculqué qu'à l'expiration des délais de pourvoi, ou, s'il y a pourvoi admis par le président de la Chambre criminelle, qu'après le prononcé par cette juridiction d'un arrêt de rejet.

Il importe cependant d'insister sur le fait que cette nouvelle jurisprudence s'applique strictement au cas où le titre de détention est annulé en conséquence de la constatation de la nullité textuelle prévue par l'article 170. Rappelons en effet, d'une part, que la Chambre criminelle déclare que la procédure instituée par l'article 171 ne saurait être utilisée à l'égard des décisions juridictionnelles telles que les ordonnances de placement en détention provisoire ou de prolongation de cette détention contre lesquelles la voie de l'appel pouvait être employée (Crim. 4 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 320) ; d'autre part, qu'elle estime que le contentieux de la détention provisoire, dans son

ensemble, échappe aux prévisions des articles 570 et 571 (Crim. 26 juill. 1989, *Bull. crim.* n° 298) ; et que par ailleurs, comme elle l'a souligné dans son arrêt du 3 août 1985 (*Bull. crim.* n° 278), une dérogation à l'effet suspensif du pourvoi en cassation résulte des dispositions du premier alinéa de l'article 207 du code de procédure pénale, lequel prescrit l'exécution immédiate de l'arrêt de la chambre d'accusation qui, statuant sur l'appel relevé contre une ordonnance du juge d'instruction en matière de détention provisoire, ordonne la mise en liberté ou le maintien en détention.

Une dernière observation malgré tout s'impose. Il ne saurait être reproché à l'arrêt du 24 avril 1990 d'être fondé sur l'application de l'article 571 du code de procédure pénale, mais celle-ci aboutit paradoxalement à maintenir l'inculpé en détention au moins pendant cinq jours, peut-être pendant un peu plus de deux mois, alors que la loi du 9 juillet 1984 a supprimé dans l'article 186 du même code l'alinéa 6 aux termes duquel l'appel du ministère public était suspensif. Ainsi l'inculpé mis en liberté à la suite d'une irrégularité grave de procédure se trouve moins bien traité que celui qui bénéficie d'une décision découlant du contentieux normal de la détention, soit au stade de l'appel, soit à celui de pourvoi, et cette discordance n'est apparemment pas très heureuse. On peut toutefois objecter, en premier lieu, que la chambre d'accusation, bien que saisie en vertu des articles 170 et 171, a la faculté, aux termes de l'article 201, de prononcer d'office la mise en liberté de l'inculpé, décision devenant alors, comme nous l'avons vu, immédiatement exécutoire ; en second lieu, que la liberté octroyée par suite de l'annulation du titre de détention est de toute façon précaire dès lors que, sur réquisition du parquet, le juge d'instruction peut décerner un nouveau mandat de dépôt, la Chambre criminelle n'ayant pas remis en cause, dans sa récente décision, sauf en ce qui concerne le délai d'exécution, l'emploi de ce procédé admis par son arrêt précité du 14 novembre 1985.

Certes, s'il est juridiquement indiscutable, ce procédé peut apparaître comme un moyen assez inélégant de ne pas tenir compte de la finalité, sur le plan des libertés, d'une procédure d'annulation, mais on peut comprendre que, dans certaines circonstances, les magistrats soient tentés d'y recourir pour des raisons de sécurité et d'ordre public.

Ajoutons que, dès le prononcé de l'arrêt de la chambre d'accusation du 3 octobre 1989 annulant le second mandat de dépôt, le procureur général a bien entendu fait remettre C. en liberté, et que son pourvoi a eu pour seul but d'inviter la Chambre criminelle à statuer sur le principe.

3. Cassation. Pourvoi. Déclaration. Mandataire.

A quelques jours d'intervalle la Chambre criminelle a rendu deux décisions portant sur l'application de l'article 576 du code de procédure pénale, qui prévoit que la déclaration de pourvoi peut être signée par un avoué près la juridiction ou un fondé de pouvoir spécial.

Dans la première espèce, la Cour de cassation relève que si, selon ledit article, « l'avoué près la juridiction qui a statué est dispensé de produire une procuration écrite lorsqu'il déclare se pourvoir en cassation au nom de son client, encore faut-il qu'il ne résulte pas des termes mêmes de cette déclaration que celui-ci ne l'a pas mandaté à cette fin ».

Or l'acte de pourvoi porte qu'au greffe de la cour d'appel a comparu un avoué près ladite cour, « lequel a déclaré au nom de M^e A., avocat, conseil de D., se pourvoir en cassation... ».

La Chambre criminelle constate « qu'il résulte de ces mentions que l'avoué n'avait reçu pouvoir que d'un tiers sans qualité pour le faire » et, par un arrêt du 4 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 336), déclare le pourvoi irrecevable.

Le second arrêt a été prononcé le 9 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 344). La Chambre criminelle, examinant la recevabilité du pourvoi qui lui est soumis, rappelle qu'aux

termes du même article 576, dans le cas où le pourvoi est signé par un fondé de pouvoir spécial, « le pouvoir est annexé à l'acte dressé par le greffier », et qu'il résulte de ces dispositions que ce document doit faire preuve du mandat dont le fondé de pouvoir est investi.

Or la Haute juridiction estime « que tel est le cas, comme en l'espèce, du pouvoir transmis par télécopie qui comporte la signature de celui dont il est émané », et admet donc la recevabilité du pourvoi.

Cette décision est à rapprocher d'un arrêt rendu le 28 janvier 1988 (*Bull. crim.* n° 43) qui avait déclaré le pourvoi irrecevable, le document produit étant un télex ne comportant pas la signature du mandant.

4. Juridictions pour mineurs

I. — *Chambre d'accusation. Composition. Ministère public. Magistrat spécialement chargé des mineurs.*

La chambre d'accusation ayant infirmé l'ordonnance du juge d'instruction qui avait accueilli sa demande de mise en liberté, un mineur s'est pourvu contre cette décision. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 26 septembre 1989 (*Bull. crim.* n° 329), décision déjà citée dans notre précédente chronique à propos de l'insuffisance de la motivation du refus de mise en liberté (cette *Revue*, 1990.366), a écarté l'un des moyens du pourvoi qui soutenait que les débats avaient eu lieu en présence d'un substitut du procureur général qui n'avait pas été désigné par celui-ci pour suivre les affaires de mineurs, et qu'il y avait eu violation de l'article L. 223-2 du code de l'organisation judiciaire. La Cour de cassation estime en effet que, si cet article « prévoit la désignation par le procureur général d'un magistrat spécialement chargé au parquet de la cour d'appel des affaires de mineurs, aucune disposition n'exige que ce magistrat soit nécessairement le représentant du ministère public aux audiences de la chambre d'accusation appelée à connaître de telles affaires ».

II. — *Détention provisoire du mineur. Consultation du Service de l'Education surveillée.*

Le même arrêt a également écarté un autre moyen du pourvoi qui faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné le placement en détention du mineur, alors qu'en violation de l'article 12, 2^e alinéa, de l'ordonnance du 2 février 1945 le Service de l'Education surveillée n'avait pas été consulté.

La Chambre criminelle déclare en effet que, si ce texte, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 1985, « prescrit qu'avant toute réquisition ou décision de placement en détention provisoire d'un mineur le Service de l'Education surveillée compétent doit obligatoirement être consulté, cette exigence ne saurait être étendue aux cas où le juge est appelé à se prononcer, au cours de cette détention, sur la validité ou l'opportunité du maintien de la mesure ; qu'il en est ainsi lorsque, comme en l'espèce, saisie comme juridiction d'appel, la chambre d'accusation, infirmant l'ordonnance du juge d'instruction remettant en liberté le mineur détenu, rend son plein effet au titre de détention initial ».

Cette interprétation de l'article 12 de l'ordonnance du 2 février 1945 découle donc de la jurisprudence de la Chambre criminelle selon laquelle, effectivement, en cas d'infirmité par la chambre d'accusation d'une ordonnance de mise en liberté, un nouveau mandat de dépôt n'a pas à être délivré (*Crim.* 22 avr. 1985, *Bull. crim.* n° 150 ; 14 mai 1985, *Bull. crim.* n° 182 ; 7 nov. 1989, *Bull. crim.* n° 397 ; V. notre précédente chron. cette *Revue*, 1990.367).

III. — *Cour d'assises des mineurs. Questions.*

Condamné à quinze ans de réclusion criminelle pour homicide volontaire, le mineur X., à l'appui de son pourvoi contre l'arrêt prononcé par la cour d'assises des

mineurs, a invoqué la violation de l'article 348 du code de procédure pénale, le président n'ayant lu à l'audience qu'une seule des quatre questions auxquelles la cour et le jury ont eu à répondre.

Dans son arrêt de rejet du 11 octobre 1989 (*Bull. crim.* n° 358) la Chambre criminelle n'a pas admis ce grief, après avoir déclaré qu'en ne donnant lecture que de la question relative au crime de meurtre à raison duquel l'accusé avait été renvoyé devant la cour d'assises des mineurs le président n'a pas méconnu les dispositions dudit article 348. L'arrêt précise « qu'en effet les seules questions dont la lecture soit obligatoire, sous réserve des exceptions prévues par ce texte, sont celles qui portent sur les faits de l'accusation, ce qui n'est pas le cas des questions concernant l'application à un mineur d'une sanction pénale, son exclusion éventuelle de l'excuse atténuante de minorité ou les circonstances atténuantes ».

Cette réponse parfaitement logique ne peut qu'être approuvée.

B. — CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1^{er} janvier au 31 mars 1990)

I. — DROIT PENAL GENERAL

1. *Amnistie des infractions liées au financement des campagnes électorales*

Encore une disposition accordant le bénéfice de l'amnistie ! En effet, la *loi n° 90-55 du 15 janvier 1990* (*J.O.* 16 janv. 1990, p. 639) relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, tout en précisant les techniques de financement normales, a passé l'éponge sur le passé. Son article 19 déclare amnistiées toutes infractions commises avant le 15 juin 1989 en relation avec le financement direct ou indirect de campagnes électorales ou de partis et de groupements politiques, à l'exclusion des infractions prévues par les articles 132 à 138 et 175 à 179 du code pénal et de celles commises par une personne investie à cette date d'un mandat de parlementaire national. En outre, leurs auteurs ne doivent pas s'être enrichis personnellement. Contrairement à ce que l'on a pu dire, la loi d'amnistie n'est pas une voie large : elle exclut les parlementaires nationaux, comme elle exclut les faits de corruption et de trafic d'influence, ou ceux ayant permis l'enrichissement de l'auteur.

En cas de difficultés, ce sont les dispositions de la loi du 20 juillet 1988 qui sont applicables pour la constatation et les effets de l'amnistie et les contestations y relatives.

2. *Droit disciplinaire*

On signalera différentes dispositions prises en application de la loi du 2 août 1989 concernant les marchés à terme et d'une manière plus générale les marchés financiers. Pour le Conseil constitutionnel, on le sait (déc. 28 juill. 1989, *J.O.* 1^{er} août 1989, p. 9676), le pouvoir de sanction attribué à la Commission des opérations de bourse ne méconnaît pas la règle *non bis in idem*, car cette règle « ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives », étant toutefois indiqué qu'en application du principe de proportionnalité le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne devrait pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (V. Ch. Gavalda, « Commentaire de la loi du 2 août 1989... », *Rev. sociétés*, 1990. 1, spéc. n° 5 et 27 ; Couret, Martin et Faugérolas, « Sécurité et transparence du marché financier », *Bull. mens. Joly*, n° 11 bis, n° 60 à 70).

a) Quoi qu'il en soit, un décret n° 90-256 du 21 mars 1990 (*J.O.* 23 mars 1990, p. 3528) a trait à l'organisation et au fonctionnement du Conseil du marché à terme, et fixe quelques règles en matière disciplinaire. On notera que le délai accordé à la personne poursuivie pour faire parvenir ses observations est un délai de dix jours

(art. 6) ; qu'un nouveau délai de dix jours est accordé pour préparer la défense avant la date du débat, et que le Conseil des marchés prend sa décision en présence du commissaire du gouvernement, qui est la partie poursuivante (art. 11), ce qui nous semble peu compatible avec la règle du jugement par un tribunal impartial et indépendant. Le recours contre les décisions est porté devant le Conseil d'Etat dans un délai de deux mois (art. 12) (V. aussi le règlement général du Conseil du marché à terme approuvé par *arrêté du 8 mars 1990*, *J.O.* 23 mars 1990, p. 3529).

b) Un décret n° 90-263 du 23 mars 1990 (J.O. 25 mars 1990, p. 3655) a trait à la procédure d'injonctions et de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse. Comme en matière de marchés à terme, la personne poursuivie disciplinairement dispose d'un délai de dix jours pour faire valoir sa défense contre une mise en cause énonçant les griefs retenus. Si elle ne décide pas un non-lieu à suivre, la Commission désigne un rapporteur chargé de toutes diligences utiles (art. 3 du Décr.).

La décision est prise après une audience dont la personne poursuivie a été informée dix jours au moins avant la date prévue ; la personne poursuivie doit avoir la parole en dernier. Seuls les membres de la COB participent à la décision. Le recours contre les décisions doit être formé dans les dix jours à compter de la notification, par une déclaration déposée au greffe de la cour d'appel de Paris en quatre exemplaires comportant les mentions prescrites par l'article 648 du nouveau code de procédure civile et précisant l'objet du recours. Un délai d'un mois suivant ce dépôt est accordé pour l'exposé des moyens invoqués. Le premier président fixe les délais de communication des observations ainsi que la date des débats. Une demande de sursis à exécution peut être présentée au premier président de la cour d'appel, qui fixe la date de l'audience (art. 11).

c) Un décret du 28 mars 1990 (J.O. 29 mars 1990, p. 3818) établit la procédure disciplinaire en matière d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Cette procédure ressemble à celle prévue pour le fonctionnement du marché à terme.

II. — DROIT PENAL SPECIAL

3. *Publicité commerciale*

La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 (*J.O.* 2 janv. 1990, p. 9) sur le développement des entreprises commerciales et artisanales comporte différentes interdictions de publicité. La peine prévue, à l'encontre de l'annonceur qui effectue ou fait effectuer une publicité interdite, est une amende de 1 000 à 250 000 F, pouvant être portée à 50 % du montant des dépenses consacrées à la publicité illégale. En outre le tribunal peut ordonner la cessation de la publicité interdite aux frais des personnes reconnues coupables.

a) L'interdiction de publicité concerne les opérations commerciales soumises à autorisation au titre soit de la loi du 30 décembre 1906 sur les ventes au déballage, soit des articles 29, 32 et 39 de la loi du 27 décembre 1973, soit de l'ordonnance du 11 septembre 1945 sur les foires et salons et lorsque ces opérations n'ont pas fait l'objet de cette autorisation.

De même est interdite toute publicité commerciale pour des opérations dont la réalisation nécessite l'emploi de personnel requérant une autorisation au titre du code du travail (avant que l'autorisation ait été obtenue) ou qui seraient en infraction avec les articles 41a, 41b, 105a à 105i du code des professions applicable dans les départements d'Alsace-Moselle.

Est aussi interdite toute publicité portant sur une opération commerciale réalisée ou devant être réalisée en infraction avec les dispositions de l'article L. 221-17 du code du travail.

Enfin est interdite toute publicité portant sur des matériels susceptibles d'être raccordés au réseau des télécommunications de l'Etat dont la conformité aux dispositions réglementaires ne peut être justifiée.

b) Les infractions aux dispositions de la loi du 30 décembre 1906, de l'article 29 de la loi du 27 décembre 1973 et de celles définies par l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1989, peuvent être constatées et poursuivies aux conditions fixées par les articles 45, alinéa 1 et 3, 46, 47, 51 et 52 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence (art. 9, al. 1^{er}, loi du 31 déc. 1989).

Les infractions aux articles 422, 422-1, 422-2 et 423-4 du code pénal et celles définies à l'article 8, alinéa 4, de la loi du 31 décembre 1989 peuvent être constatées par les agents de la Direction de la concurrence et de la consommation et poursuivies dans les conditions prévues par la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes. La procédure de consignation est applicable aux produits suspectés d'être contrefaits.

D'une manière indirecte le législateur tente de rétablir une notion d'« infraction économique » au regard du droit procédural...

c) La même loi, dans son article 15, donne une nouvelle rédaction à l'article 8-1-e de la loi du 22 décembre 1970 sur la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. Sont exclues des articles 1 à 5 de la loi les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services, lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale, artisanale ou de toute autre profession. La formule est un peu plus large que l'ancienne rédaction.

4. Assurances sociales

La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (J.O. 2 janv. 1990, p. 13) renforce les garanties offertes aux assurés contre certains risques. Parmi les nombreuses dispositions, on relèvera l'existence d'une commission de contrôle des institutions de retraite ou de prévoyance complémentaire, qui dispose de pouvoirs d'injonctions dont le non-respect expose à des sanctions disciplinaires (art. L. 732-10, L. 732-18 et L. 732-19 c. séc. soc.). Le fait de mettre obstacle aux fonctions de la commission de contrôle ou des fonctionnaires mis à disposition et commissionnés par elle est passible d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de 15 000 F à 2 000 000 F (art. L. 732-20 c. séc. soc.). Par ailleurs la participation aux travaux de la commission entraîne l'obligation de garder le secret professionnel sous les peines de l'article 378 du code pénal, étant précisé que ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire (art. L. 732-22 c. séc. soc.).

Des dispositions de contrôle sont prévues aussi dans le code de la mutualité en ce qui concerne les mutuelles. Un nouvel article L. 541-2 prévoit l'emprisonnement de quinze jours à deux ans et l'amende de 15 000 à 2 000 000 F contre tout dirigeant d'une mutuelle ou d'une personne morale visée à l'article L. 531-1-5 qui mettra obstacle à l'exercice des fonctions de la commission de contrôle mentionnée à l'article L. 732-10 du code de la sécurité sociale.

5. Prévention et règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers

A côté du dispositif nouveau tendant à élaborer un plan en vue du règlement du passif des non-commerçants fortement endettés (V. sur ce texte P. Le Cannu, *Bull. mens. Joly*, 1990, p. 135 et s.), la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 (J.O. 2 janv.

1990, p. 18) aménage certaines dispositions de la loi du 10 janvier 1978 tendant à la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit.

Mais surtout son article 29 modifie profondément le régime du délit d'usure. En effet, l'article 1^{er} de la loi du 28 décembre 1906 prévoit désormais qu'il y a prêt usuraire si le taux global excède de plus du tiers le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par un arrêté du ministre chargé de l'Economie, après avis du Conseil national du crédit. Désormais il n'y a plus qu'un taux et non deux ; par ailleurs, l'excès se situe à 33 % au-dessus du taux moyen. Il reste à souhaiter que la nouvelle disposition ne rende pas illusoire l'interdiction de l'usure à compter du 1^{er} juillet 1990...

6. *Adaptation du code des assurances*

La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 (J.O. 3 janv. 1990, p. 63) porte adaptation du code des assurances en vue de l'ouverture du marché européen.

On notera que des sanctions administratives peuvent être prises par la Commission de contrôle des assurances à l'encontre des entreprises opérant en France en libre prestation de services (art. L. 351-7 et L. 351-8 nouveaux). Cette commission peut aussi, en outre de sanctions disciplinaires, prononcer des sanctions administratives, consistant en une sanction pécuniaire d'un montant n'excédant pas 3 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois (art. L. 310-18). Un recours est possible devant le Conseil d'Etat. Sans préjudice de ces sanctions, la Commission de contrôle des assurances peut transmettre au parquet, avec son avis motivé, le dossier qu'elle a établi s'il s'agit de faits de nature à justifier des poursuites pénales. Si ce sont des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la Commission informe le ministre de l'Economie (art. L. 310-23 c. assur.).

Les membres et les agents de contrôle de la Commission sont astreints au secret professionnel, qui n'est pas opposable à l'autorité judiciaire (art. L. 320-21). En outre, ce secret n'est pas opposable aux organismes de même nature chargés de la surveillance des opérations d'assurances dans d'autres pays, ni au Conseil de la concurrence, à la Commission bancaire, aux conseils de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la Commission des opérations de bourse (art. L. 310-20 c. assur.).

Un délit d'obstacle aux missions de la Commission de contrôle des assurances ou des commissaires-contrôleurs est institué par l'article L. 328-15-1 du code des assurances. Il est punissable d'un emprisonnement de quinze jours à deux mois et d'une amende de 15 000 à 2 000 000 F.

Les interdictions de fonder, diriger ou administrer une entreprise soumise au contrôle de l'Etat sont revues par le nouvel article L. 322-2 du code des assurances (art. 40 de la loi). L'interdiction concerne les condamnés pour crimes, pour violation des articles 150, 151, 151-1, 177, 178, 179, 419 ou 420 du code pénal, vol, escroquerie, abus de confiance, pour délit puni des peines prévues par les articles 405, 406 et 410 du code pénal, ou pour soustraction commise par dépositaire public, extorsion de fonds ou valeurs, banqueroute, atteinte au crédit de l'Etat ou infraction à la législation sur les changes. Elle concerne aussi ceux qui ont été condamnés « au titre de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés, des articles 6 et 15 de la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1972 sur le démarchage financier, de l'article 40 de la loi du 3 janvier 1983 sur la protection de l'épargne, des articles 75 et 77 à 84 de la loi bancaire du 24 janvier 1984. En outre, l'interdiction s'applique en cas de condamnation supérieure à deux mois en application de l'article 66 du décret-loi du 30 octobre 1935 sur le chèque, comme en cas d'application d'une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction prévue aux articles

185 à 195 de la loi du 25 janvier 1985, ou au titre de l'article 108 de la loi du 13 juillet 1967, ou d'une mesure de destitution des fonctions d'officier ministériel en vertu d'une décision judiciaire. Une interdiction peut aussi être prononcée par un tribunal à l'encontre de toute personne condamnée pour infractions à la législation ou à la réglementation des assurances. Les condamnations prononcées à l'étranger pour crimes ou délits mentionnés à l'article L. 322-2 sont prises en compte, après appréciation de la régularité et de la légalité de la décision par le tribunal correctionnel, l'intéressé étant appelé. Il en est de même d'une procédure de faillite prononcée par une juridiction étrangère, si le jugement déclaratif a été déclaré exécutoire en France.

S'agissant des agents généraux d'assurances et des courtiers, ils ne doivent pas davantage avoir été condamnés ou frappés par les interdictions visées par l'article L. 322-2 du code des assurances, tandis que leurs employés ou mandataires se trouvent, en pareil cas, frappés par une interdiction de présenter des opérations d'assurance ou de réassurance (art. L. 511-2 c. assur.).

En vue de protéger les tiers, et notamment les assurés, les courtiers doivent justifier d'une garantie financière (caution donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurances) et d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle. Le non-respect de ces obligations est puni, selon l'article L. 514-4 nouveau du code des assurances, d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 2 000 à 60 000 F.

On signalera, enfin, une modification de la loi du 11 décembre 1972 sur l'organisation de la profession d'expert en automobile (nécessité d'une inscription sur une liste arrêtée annuellement par une commission nationale) et une modification relative à l'assurance-construction (art. L. 242-1 c. assur.).

7. Vente à la sauvette

Une loi n° 90-7 du 2 janvier 1990 (J.O. 4 janv. 1990, p. 121) modifie la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. Les différents agents énumérés à l'article 23 pourront constater aussi les contraventions prévues par les textes réglementaires relatifs à la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées. Ils pourront recueillir le nom et l'adresse du mis en cause, au besoin avec l'assistance d'un officier ou agent de police judiciaire. Ces différents agents pourront saisir, en vue de leur confiscation, les marchandises de toute nature offertes, mises en vente ou exposées en vue de la vente sans l'autorisation administrative nécessaire dans les trains, cours ou bâtiments des gares et stations et toutes dépendances du domaine public ferroviaire, ainsi que les étals des marchandises.

Les denrées impropres à la consommation seront détruites et les denrées périssables remises à des organisations caritatives ou humanitaires d'intérêt général. Il est rendu compte à l'officier de police judiciaire compétent de cette saisie et destruction. On notera que la loi est muette quant à la « restitution » éventuelle pour le cas où l'infraction ne serait plus ultérieurement reconnue. Sur le plan des principes, il nous apparaît qu'il s'agit d'une sorte de peine immédiatement exécutoire, sans intervention de juge.

8. Pêche

Un décret n° 89-1018 du 22 décembre 1989 (J.O. 5 janv. 1990, p. 177) porte application du décret du 9 janvier 1852 modifié sur l'exercice de la pêche maritime, relativement à la détermination de la taille minimale de capture de certains poissons et autres animaux marins. Il indique la méthode de détermination de la taille des poissons, et comporte, en annexe, la liste des espèces concernées.

9. Crédit

a) Un avis du 5 janvier 1990 (J.O. 5 janv. 1990, p. 213) précise que le taux maximum des intérêts reste fixé pour le premier semestre 1990 à 17,96 %.

b) Un avis du 13 janvier 1990 (J.O. 13 janv. 1990, p. 586) concerne le prix pour paiement comptant en cas de crédit gratuit. Le taux annuel de référence à retenir est de 13,43 %.

10. Entrée et séjour des étrangers

La loi n° 90-34 du 10 janvier 1990 (J.O. 12 janv. 1990, p. 489) modifie l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Selon le nouvel article 22 bis de cette ordonnance, l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière peut, dans les vingt-quatre heures, demander l'annulation de cet arrêté au président du tribunal administratif. Ce magistrat statue dans les quarante-huit heures de sa saisine, et peut se transporter au siège de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu où se trouve l'étranger si celui-ci est retenu en application de l'article 35 bis de l'ordonnance. L'étranger peut demander un interprète et aussi communication de son dossier. L'audience est publique, sans conclusions du commissaire du gouvernement, en présence de l'intéressé ou celui-ci dûment convoqué.

Un arrêté de reconduite à la frontière ne peut être exécuté avant l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures ou avant que le président du tribunal ait statué, s'il a été saisi dans ce délai. Si l'arrêté est annulé, les mesures de surveillance prennent fin et l'étranger est muni d'un titre provisoire de séjour. La décision du président du tribunal administratif est susceptible d'un appel non suspensif, dans un délai d'un mois (l'appel est porté devant le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, ou un magistrat délégué).

En conséquence de cette disposition, un article 26 bis est inséré dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour préciser les conditions d'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'un arrêté de reconduite à la frontière.

La loi du 3 janvier 1972 sur l'aide judiciaire est complétée afin de préciser qu'elle est applicable pour la procédure de contestation de la régularité d'un arrêté d'expulsion (un décret n° 90-93 du 25 janv. 1990, J.O. 26 janv. 1990, p. 1090, complète le code des tribunaux administratifs relativement à la procédure à suivre, et une circulaire du 25 janvier 1990 précise les modalités d'application de la loi).

11. Automobile

a) Un arrêté du 22 décembre 1989 (J.O. 13 janv. 1990, p. 555) modifie un arrêté du 19 mars 1982 sur la détermination de la consommation conventionnelle de carburants des véhicules.

b) Un décret n° 90-30 du 5 janvier 1990 (J.O. 11 janv. 1990, p. 449) modifie l'article R. 61 du code de la route quant à la largeur et à la longueur des véhicules.

c) Un arrêté du 12 janvier 1990 (J.O. 7 févr. 1990, p. 1583) modifie un arrêté du 16 juillet 1954 sur l'éclairage des véhicules (projecteurs orientables situés à l'arrière des cabines des tracteurs routiers).

d) Un autre arrêté du 18 janvier 1990 (J.O. 7 févr. 1990, p. 1584) concerne le dispositif de freinage des véhicules automobiles, et plus spécialement des remorques.

e) Des arrêtés des 24, 25 et 26 janvier 1990 (J.O. 7 févr. 1990, p. 1585 et 1586) ont trait à l'homologation des véhicules en ce qui concerne les émissions de gaz pol-

luants, aux exigences en matière de carburant du moteur et les émissions de polluants provenant des moteurs diesel.

f) Un *arrêté du 22 décembre 1989* (J.O. 15 févr. 1990, p. 1945) modifie un arrêté du 24 novembre 1967 sur la signalisation des routes et des autoroutes.

g) Un *arrêté du 5 février 1990* (J.O. 16 févr. 1990, p. 1989) habilite les agents de la Société anonyme des transports yonnais à constater les infractions affectant la circulation des véhicules de cette société (V. aussi *arrêté du 6 mars 1990*, J.O. 17 mars 1990, p. 3297, concernant la Société Stabus).

h) Un *arrêté du 8 février 1990* (J.O. 21 févr. 1990, p. 1990) modifie un précédent arrêté relatif à l'interdiction de circulation des véhicules poids lourds.

i) Un *arrêté du 7 février 1990* (J.O. 3 mars 1990, p. 2676) a trait à la longueur maximale des véhicules articulés (semi-remorques).

12. Changes

Un *décret n° 90-58 du 15 janvier 1990* (J.O. 16 janv. 1990, p. 650, et rect. J.O. 20 janv. 1990, p. 839) complète et modifie le décret du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger. Il porte abrogation des décrets du 27 janvier 1967, du 24 novembre 1968 et du 9 mars 1989. On y trouve la définition des investissements directs en France. Ces investissements sont libres lorsqu'ils sont réalisés par des ressortissants ayant leur résidence habituelle dans un autre Etat membre de la C.E.E. ; pour les autres ressortissants, ils sont soumis à autorisation préalable dans un délai d'un mois à compter de la réception de la déclaration d'investissement. Des arrêtés peuvent, en tant que de besoin, préciser les modalités d'application du décret.

Une *circulaire du 15 janvier 1990* (J.O. 16 janv. 1990, p. 659) apporte des précisions sur les investissements directs français à l'étranger et étrangers en France.

13. Prix du livre

Un *décret n° 90-73 du 10 janvier 1990* (J.O. 20 janv. 1990, p. 845) modifie le décret du 3 décembre 1981 pris pour l'application de la loi du 20 août 1981. En ce qui concerne les livres importés édités hors de la C.E.E., est réputé importateur le dépositaire principal de livres à qui incombe l'obligation du dépôt légal. Pour les livres édités dans un Etat membre de la C.E.E. ou mis en libre pratique dans un Etat membre, le prix de vente au public ne peut être inférieur au prix de vente fixé ou conseillé par l'éditeur pour la vente au détail, ou au prix fixé ou conseillé dans le pays en cause, exprimé en francs français, ou au prix résultant de la répercussion sur ces prix d'un avantage obtenu par l'importateur dans le pays d'édition.

Une *circulaire du 10 janvier 1990* (J.O. 20 janv. 1990, p. 846) rappelle les principes posés par le décret de 1981 modifié, les modalités de conversion des monnaies et de prise en compte de la T.V.A.

14. Installations nucléaires

Un *décret n° 90-78 du 19 janvier 1990* (J.O. 21 janv. 1990, p. 881) modifie le décret du 11 décembre 1963 sur les installations nucléaires.

Sans préjudice des sanctions prévues par la loi du 2 août 1961 sur la lutte contre les pollutions atmosphériques et les odeurs et par celle du 19 juillet 1976, est passible des peines prévues pour les contraventions de la 5^e classe quiconque exploite une installation nucléaire de base sans les autorisations requises ou cesse de l'exploiter sans approbation du chef du Service central de sûreté des installations nucléaires, contrevient aux prescriptions techniques notifiées par les pouvoirs publics pour assurer la sûreté de l'installation, procède à des modifications de l'installation en contrevenant à

l'article 5 du décret, ou ne déclare pas à chacun des ministres désignés à l'article 5-III du décret l'un des accidents ou incidents mentionnés à cet article.

15. *Fraudes*

a) Un décret n° 90-83 du 17 janvier 1990 (J.O. 24 janv. 1990, p. 956) modifie le décret du 31 janvier 1978 sur le contrôle métrologique de certains préemballages. Il s'agit de la détermination de la marge d'erreur « acceptable ».

b) Un décret n° 90-192 du 28 février 1990 (J.O. 4 mars 1990, p. 2712) modifie un précédent décret concernant les matières fertilisantes et les supports de culture.

16. *Forêts*

La loi n° 90-85 du 23 janvier 1990 (J.O. 25 janv. 1990, p. 998) concerne l'adaptation de l'entreprise agricole à son environnement économique et social. Selon l'article 10 de la loi, sont punissables d'une amende de 1 000 à 15 000 F toutes personnes qui auront omis de souscrire une demande d'autorisation d'exploiter conformément à l'article 188-2 du code rural (art. 188-9 nouveau).

En cas de fourniture de renseignements inexacts à l'appui d'une demande d'autorisation d'exploiter ou d'une déclaration préalable, la peine d'amende est de 2 000 à 100 000 F. Cette même peine s'applique en cas d'exploitation malgré un refus d'autorisation d'exploiter devenu définitif, ou de défaut de présentation de déclaration préalable suite à une mise en demeure.

La même loi modifie les articles L. 311-1 et L. 313-1 du code forestier. Selon ce dernier texte, le propriétaire qui méconnaît l'obligation d'obtenir une autorisation administrative pour user du droit d'arracher ou de défricher ses bois ou de mettre fin à la destination forestière de ses terrains est condamné à une amende calculée de 2 000 F à 10 000 000 F par hectare de bois défriché. Cette peine peut être prononcée contre les utilisateurs du sol, les bénéficiaires des opérations de défrichement, les entrepreneurs et autres responsables de l'exécution desdites opérations.

En cas de procès-verbal relevant une telle infraction, le représentant de l'Etat dans le département peut, à titre conservatoire, ordonner par arrêté motivé l'interruption des travaux. Le tribunal peut à tout moment se prononcer sur la mainlevée ou le maintien des mesures conservatoires, qui peuvent être aussi ordonnées par le juge d'instruction saisi des poursuites ou le tribunal correctionnel. Ces mesures conservatoires cessent de plein droit en cas de non-lieu ou de relaxe (art. L. 313-6 c. forestier). Si aucune poursuite n'a lieu, le procureur de la République informe le représentant de l'Etat qui met fin aux mesures prises par lui.

En cas de continuation des travaux malgré la décision judiciaire ou l'arrêté en ordonnant l'interruption, une amende de 2 000 à 500 000 F et un emprisonnement de quinze jours à trois mois sont prononcés contre les propriétaires, utilisateurs du sol, entrepreneurs ou autres responsables de l'exécution des opérations (art. L. 313-7 c. forestier).

17. *Recherches biomédicales*

La loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. 25 janv. 1990, p. 1009) modifie dans ses articles 36 à 45 certaines dispositions de la loi du 20 décembre 1988 sur les recherches biomédicales. Tout d'abord, la loi nouvelle substitue le bénéfice direct des recherches à la finalité thérapeutique directe. Ensuite la loi nouvelle apporte un certain nombre de précisions aux articles 209-1, 209-7, 209-8, 209-9, 209-11 et 209-12 du code de la santé publique. Ajoutant un alinéa nouveau à l'article 209-21, la loi nouvelle fait une infraction de la réalisation, par un promoteur, d'une recherche bio-

médicale sans transmission préalable au ministre de la Santé de la lettre d'intention prévue à l'article L. 209-12.

La loi nouvelle précise que les actions en responsabilité pour dommages résultant d'une recherche biomédicale sont de la compétence du tribunal de grande instance et se prescrivent selon les règles de l'article 2270-1 du code civil.

18. *Pêches maritimes dans les eaux soumises ou non à la réglementation communautaire de conservation et de gestion*

Un décret n° 90-94 du 25 janvier 1990 (J.O. 27 janv. 1990, p. 1152) porte abrogation de nombreux textes concernant la pêche maritime côtière dans les eaux soumises à la réglementation communautaire, et prévoit une nouvelle réglementation en application de l'article 3 du décret du 9 janvier 1852.

L'article 24 du nouveau décret prévoit l'amende de la 5^e classe des contraventions contre ceux qui, en infraction aux dispositions des règlements de la Communauté économique européenne relatifs au régime de conservation et de gestion des ressources de pêche, et aux dispositions du décret du 25 janvier 1990, auront pêché sans autorisation ou licence lorsque celle-ci est exigée, n'auront pas tenu le journal de pêche lorsqu'il est obligatoire ou y auront porté des informations erronées ou incomplètes, ne se conformeront pas aux obligations de marquage ou de tri des captures, procéderont à des transformations physiques ou chimiques interdites des poissons pour la production de farine, d'huile ou de produits similaires, procéderont à toute opération interdite de mutilation, préparation ou de transformation, ne se conformeront pas aux obligations relatives à l'identification des navires ou au signalement et à l'identification des engins de pêche ou les auront effacés ou masqués, ou ne se conformeront pas aux mesures prises en application de l'article 23 (modalités d'utilisation ou de pose des engins de pêche, longueur, espacement et périodes d'utilisation).

Un autre décret n° 90-95 du 25 janvier 1990 (J.O. 27 janv. 1990, p. 1155) concerne les zones de pêche non couvertes par la réglementation communautaire de conservation et de gestion. Il comporte des dispositions pénales similaires à celles de l'article 24 du premier décret dans son article 30. On notera que les engins de pêche autorisés sont définis à l'article 1^{er}.

19. *Régime des produits explosifs*

Un décret n° 90-153 du 16 février 1990 (J.O. 18 févr. 1990, p. 2111) reprend un certain nombre de dispositions intéressant le régime des produits explosifs (ordonnance royale de 1823, décret de 1915, etc.). Il fixe les conditions relatives aux installations de produits explosifs, aux dépôts de ces produits et aux recherches en la matière. Les articles 32 à 40 incriminent, essentiellement comme contravention de 5^e classe, un certain nombre de manquements.

Ainsi l'article 32 du décret punit ceux qui auront transporté, encartouché, conservé, détenu ou employé un produit explosif non conforme à un modèle agréé aux conditions du décret. De même l'article 33 punit celui qui aura produit, vendu, importé, encartouché, conservé, détenu ou employé un produit explosif destiné à un usage civil en violation des prescriptions de l'article 5 du décret ; l'article 34 sanctionne celui qui aura établi ou exploité une installation de produits explosifs en méconnaissance des règles techniques de l'article 11 (prévention des vols et des incendies), l'article 35 punissant celui qui aura exploité sans respecter l'article 12 (tenue de registres d'entrée et de sortie des produits explosifs).

Ce sont également les peines d'amende des contraventions de 5^e classe qui sont applicables à toute personne ayant établi ou exploité une installation de produits explosifs autre que de production sans avoir obtenu l'agrément ou sans respecter les

mesures précisées par cet agrément, à toute personne ayant établi ou exploité une installation de production de produits explosifs sans respecter les mesures prévues à l'agrément technique, à toute personne ayant exploité un dépôt ou un débit de produits explosifs sans être titulaire d'une autorisation, ainsi qu'à toute personne qui aura effectué des études et recherches en violation des articles 28 et 29 du décret (autorisation préalable).

En revanche, c'est la peine d'amende des contraventions de la 4^e classe qui s'applique à l'exploitant d'une installation pour laquelle un agrément technique a été accordé qui, en méconnaissance de l'article 20, aura omis d'informer le préfet des modifications apportées à celle-ci ou à ses conditions d'exploitation.

On notera qu'un autre décret n° 90-154 du 16 février 1990 (J.O. 18 févr. 1990, p. 2115) modifie diverses dispositions d'un décret du 10 septembre 1971 et fixe les autorisations à solliciter pour les opérations de production, d'importation, de vente ou d'exportation des poudres et substances explosives destinées à un usage civil.

20. Déchets générateurs de nuisances

Un décret n° 90-267 du 23 mars 1990 (J.O. 27 mars 1990, p. 5695) fixe le régime de l'importation, de l'exportation et du transit de déchets générateurs de nuisances. L'article 37 de ce décret punit de la peine d'amende des contraventions de la 5^e classe quiconque, sur le territoire français, transportée, dans le cadre d'une opération d'importation, d'exportation ou de transit, des déchets visés à l'annexe I du décret non accompagnés de l'autorisation et du document de suivi prévus par les articles 8, 16, 21, 27, 32 et 34. Est également punissable le destinataire d'un déchet importé qui ne transmet pas au préfet le certificat de réception aux conditions prévues par l'article 11, alinéa 1, ou qui n'informe pas le préfet qui en fait la demande de l'absence ou du refus de réception du déchet, ainsi que le destinataire d'un déchet importé qui omet d'informer le préfet de l'impossibilité d'éliminer le déchet aux conditions prévues.

21. Interdiction des produits dits « poppers »

En application de la loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs, un décret n° 90-274 du 26 mars 1990 (J.O. 28 mars 1990, p. 3758) interdit la vente ou la distribution gratuite des produits dits « poppers » contenant des nitrites de butyle et de pentyle ou leurs isomères.

Le non-respect de cette interdiction entraîne la peine d'amende des contraventions de la 5^e classe.

III. — REGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SURETE

22. Travail en prison

La loi n° 90-9 du 2 janvier 1990 (J.O. 4 janv. 1990, p. 122) complète l'article 720, alinéa 3, du code de procédure pénale, précisant que les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail, par l'indication qu'une dérogation peut être admise « pour les activités exercées à l'extérieur des établissements pénitentiaires ».

23. Centres de détention

Un arrêté du 19 mars 1990 (J.O. 29 mars 1990, p. 3822) modifie l'article A.39 du code de procédure pénale, en créant, à compter du 15 avril 1990, un centre de dé-

tention à Villeneuve-la-Grande (Aube) et à Argentan (Orne), tandis qu'une maison centrale est ouverte à Arles (Bouches-du-Rhône).

IV. — DROIT PENAL DES MINEURS

24. *Substitution d'une Direction de la protection judiciaire de la jeunesse à la Direction de l'éducation surveillée*

Un décret n° 90-166 du 21 février 1990 (J.O. 22 févr. 1990, p. 2283) abroge l'ordonnance du 1^{er} février 1945 créant une Direction de l'éducation surveillée au ministère de la Justice et modifie le décret du 25 juillet 1964 portant organisation du ministère de la Justice. L'article 6 nouveau du décret de 1964 définit les missions de la Direction de la protection judiciaire de la jeunesse, qui est chargée de l'ensemble des questions intéressant la protection de l'enfance.

Elle conduit les études et concourt à l'élaboration de la législation dans les domaines de la prévention et du traitement de la délinquance juvénile et participe aux activités concernant la protection de la jeunesse. Elle assure dans les établissements et services du secteur public de la protection judiciaire de la jeunesse, et par le contrôle qu'elle exerce sur les établissements et services du secteur privé, l'éducation de mineurs délinquants ou en danger. Elle gère les établissements et les services du secteur public et administre leur personnel. Elle connaît des affaires relevant des juridictions pour enfants.

V. — PROCEDURE PENALE

25. *Droit pénal du travail*

La loi n° 90-9 du 2 janvier 1990 (J.O. 4 janv. 1990, p. 122) comporte une modification de l'article L. 611-13 du code du travail.

Selon le nouveau texte, les dispositions du présent chapitre ne dérogent pas aux règles du droit commun relatives à la constatation des infractions par les officiers et agents de police judiciaire.

Par ailleurs, dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour la recherche et la constatation des infractions de travail clandestin et d'emploi d'étrangers sans titre, prévues aux articles L. 324-9 et L. 341-6, alinéa 1, du code du travail, les officiers de police judiciaire, assistés éventuellement d'agents de police judiciaire, peuvent, sur ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter, ou d'un juge délégué par lui, rendue sur réquisitions du procureur de la République, procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail mentionnés aux articles L. 231-1 du code du travail et 1144 du code rural, même lorsqu'il s'agit de locaux habités.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation est fondée sur des éléments de fait laissant présumer l'existence des infractions dont la preuve est recherchée. En cas de constatation d'infractions aux articles précités, les officiers de police judiciaire procèdent ensuite selon les modalités des articles 77 et suivants du code de procédure pénale.

En d'autres termes, les mesures en cause ne déclenchent pas les pouvoirs des enquêtes de flagrance. On notera que la disposition en cause n'est pas conforme aux règles tracées par l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales modifié, et qu'en particulier elle est muette sur les recours ouverts aux intéressés... et aux tiers.

26. Indemnités versées pour les enquêtes sociales et le contrôle judiciaire

Un décret n° 90-21 du 4 janvier 1990 (J.O. 6 janv. 1990) modifie l'article R. 121 et R. 121-1 du code de procédure pénale.

L'indemnité prévue pour les enquêtes sociales est fixée à 255 F, et celle prévue pour les enquêtes de personnalité est portée à 383 F. Par ailleurs les indemnités prévues pour les missions de contrôle judiciaire sont désormais de 340, 725 et 1 000 F, selon la durée de la mission de contrôle.

27. Fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugiés

Un arrêté du 21 décembre 1989 (J.O. 9 janv. 1990, p. 358) autorise la création d'un fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugiés. Ces empreintes, conservées cinq ans, ne peuvent être utilisées que pour la détection des tentatives d'obtention frauduleuse du statut de réfugié. Aucune cession ou interconnexion n'est admise, et aucun rapprochement ne doit être fait avec des fichiers extérieurs à l'OFPPRA.

28. Victimes d'actes de terrorisme

La loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. 25 janv. 1990, p. 1009), dans son article 26, accorde le bénéfice des dispositions du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, applicables aux victimes civiles de la guerre, à toutes les victimes d'actes de terrorisme visées à l'article 9-1 de la loi du 9 septembre 1986, et commis depuis le 1^{er} janvier 1982.

29. Fichiers informatisés

Différents arrêtés du 5 janvier 1990 (J.O. 3 févr. 1990, p. 1448 à 1450) autorisent la création de fichiers informatisés en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, d'impôt sur le revenu, de taxe d'habitation, certaines transmissions entre ces différents fichiers étant prévues.

Deux autres fichiers concernant les origines ethniques, les opinions politiques, philosophiques et religieuses, ou l'appartenance syndicale, ou les personnes pouvant porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique, étaient aussi autorisés par deux décrets nos 90-184 et 90-185 du 27 février 1990 (J.O. 1^{er} mars 1990, p. 2575). Du fait des manifestations d'hostilité, le gouvernement en a ordonné le retrait provisoire par un nouveau décret du 3 mars 1990 (J.O. 4 mars 1990, p. 2721).

30. Indemnisation des avocats

Un décret n° 90-226 du 13 mars 1990 (J.O. 15 mars 1990, p. 3172) complète le code de procédure pénale (art. R. 93) pour inclure dans les frais de justice les frais d'interprète exposés dans les contentieux de reconduite à la frontière. Le même décret complète le décret du 1^{er} septembre 1972 sur l'aide judiciaire afin d'assurer l'indemnisation des avocats commis dans ces procédures.

31. Associations de consommateurs

Un décret n° 90-235 du 16 mars 1990 (J.O. 18 mars 1990, p. 3333) précise les conditions auxquelles les associations ayant pour objet la défense des investisseurs en valeurs mobilières seront agréées (deux ans d'existence, au moins 1 000 membres cotisants). L'agrément est donné pour trois ans.

Un *arrêté du 16 mars 1990* (J.O. 29 mars 1990, p. 3818) détermine les pièces que doit renfermer le dossier de demande d'agrément. Il impose aussi l'envoi de certaines pièces chaque année (rapports moral et financier).

32. *Infractions en matière de publicité et de contrefaçon*

Rappel doit être fait des dispositions de la *loi du 31 décembre 1989* (J.O. 2 janv. 1990, p. 9, *supra*, n° 3) qui autorise des mesures de consignation à l'encontre de produits suspectés d'être contrefaits, par application de la loi du 1^{er} août 1905 modifiée.

33. *Vente à la sauvette*

La *loi n° 90-7 du 2 janvier 1990* (J.O. 4 janv. 1990, p. 121, *supra*, n° 7) autorise des mesures de saisie et de destruction des marchandises offertes à la vente sans autorisation dans les trains, cours et bâtiments des gares.

VI. — DROIT PENAL INTERNATIONAL

34. *Procédure devant la Commission européenne des droits de l'homme*

Un *décret n° 90-245 du 14 mars 1990* (J.O. 21 mars 1990, p. 3420) porte publication du Protocole n° 8 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ce protocole permet la composition de chambres au sein de la Commission pour examiner les requêtes ne soulevant pas de graves questions d'interprétation ou d'application de la Convention, ainsi que la constitution de comités de trois membres pouvant décider de l'irrecevabilité ou de la radiation de requêtes.

C. — CHRONIQUE PENITENTIAIRE ET DE L'EXECUTION DES PEINES

LES PROCEDURES DE REVOCATION DE SURSIS

Pierre COUV RAT

Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Un arrêt de la Chambre criminelle en date du 5 juin 1989 (*Bull. crim.* n° 232, p. 585) rappelle que la juridiction correctionnelle prononçant la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve à l'occasion d'une nouvelle condamnation ne doit pas respecter les règles procédurales qui sont imposées par le code de procédure pénale au cas de saisine de la juridiction, aux mêmes fins, par le juge de l'application des peines ou le ministère public. Il en ressort notamment que la juridiction doit alors statuer en audience publique et non en chambre du conseil. C'est clairement affirmer qu'en matière de sursis avec mise à l'épreuve il existe des procédures différentes de révocation. C'est pour nous l'occasion d'établir une comparaison avec les autres types de sursis et de faire le point sur les règles de forme de la révocation des sursis (et de la dispense de révocation).

On sait qu'en ce qui concerne le sursis simple à l'emprisonnement la condamnation prononcée devient, selon la formule du législateur, « non avenue » à l'expiration d'un délai de cinq ans si le condamné n'a pas commis entre-temps un crime ou un délit de droit commun suivi d'une condamnation à l'emprisonnement ferme (art. 735 c. pr. pén.). Pour le sursis avec mise à l'épreuve, si le condamné n'a pas commis au cours du délai d'épreuve, qui se situe aujourd'hui entre dix-huit mois et trois ans, une nouvelle infraction suivie d'une autre condamnation ordonnant la révocation du sursis ou bien un manquement aux mesures de surveillance d'assistance ou aux obligations particulières imposées suivi d'une décision ordonnant l'exécution de la peine, la condamnation assortie de ce sursis est considérée aussi comme « non avenue » (art. 745 c. pr. pén.). Quant au sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, les conditions de la révocation sont les mêmes que celles du sursis avec mise à l'épreuve sous réserve que le délai d'épreuve est encore plus court puisqu'il se termine avec la fin de l'exécution du travail non rémunéré dans la limite maximum de dix-huit mois (art. 747-3 rendant applicable l'art. 745 al. 1^{er}).

On peut distinguer deux causes différentes de révocation (totale ou partielle). L'une d'entre elles vaut pour tous les types de sursis : il s'agit de la commission au cours du délai d'épreuve d'une infraction suivie d'une nouvelle condamnation. L'autre est spécifique aux sursis « assortis », c'est-à-dire au sursis avec mise à l'épreuve et au sursis lié à un travail d'intérêt général que l'on peut qualifier de sursis avec mise à l'épreuve particulier : c'est le manquement aux mesures d'accompagnement de ces sursis. La révocation se présente alors comme la disposition ultime, la juridiction disposant dans ces cas aussi de la possibilité de prolongation du délai d'épreuve.

La menace d'exécution de la peine qui pèse sur le condamné peut apparaître ainsi plus forte pour celui qui a fait l'objet d'une condamnation assortie d'un sursis avec

mise à l'épreuve que pour celui qui a fait l'objet d'une condamnation avec sursis simple puisque l'exécution peut dépendre non seulement d'une nouvelle infraction mais aussi du non-respect des mesures imposées. Quoi qu'il en soit, à des causes différentes de révocation peuvent correspondre des procédures différentes.

Pour les sursis « assortis » les deux procédures ont été clairement distinguées par l'arrêt cité ci-dessus, selon que la révocation s'ajoute à une nouvelle condamnation ou qu'elle est prononcée sur demande du parquet ou du juge de l'application des peines pour non-observation des mesures. Quant au sursis simple, la procédure ne concerne pas une révocation proprement dite mais une éventuelle dispense de révocation.

Pour tenter d'y voir clair on peut distinguer : 1) le silence du juge dans la décision nouvelle de condamnation ; 2) les pouvoirs du juge à l'occasion de la nouvelle condamnation ; 3) la procédure de révocation pour non-respect des mesures imposées.

1. *Le silence du juge*

Nous supposons par hypothèse que les conditions légales de révocation sont remplies, notamment que la nouvelle infraction a bien été commise pendant le délai d'épreuve dont le point de départ est le jour où la décision première est devenue définitive (sur le point de départ du délai, cf. cette *Revue*, 1988.836).

Les solutions sont radicalement opposées entre le sursis simple et le sursis avec mise à l'épreuve. Dans le premier cas la révocation existe de plein droit. La jurisprudence est constante depuis un arrêt du 7 mars 1908 (*Bull. crim.* n° 96). Et le texte de l'alinéa 2 de l'article 735 est explicite : la première peine est exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde. Le tribunal dispose seulement de la possibilité de prendre une décision plus favorable au condamné ; encore cette possibilité n'existait-elle pas avant la loi du 11 juillet 1975 qui a autorisé le juge à écarter la révocation par une décision spéciale et motivée. Comme l'a remarqué M. Larguier (cette *Revue*, 1980.119) : « en matière de sursis simple, et toutes conditions de fond réunies, le silence vaut révocation du sursis précédent ».

Dans le second cas, la révocation n'est pas « entraînée » par la nouvelle condamnation. Le silence du juge, cette fois en matière de sursis avec mise à l'épreuve, vaut absence de révocation de ce sursis. Le texte de l'alinéa 1^{er} de l'article 744-3 est lui aussi explicite : « Le tribunal peut ordonner » la révocation (totale ou partielle).

On peut s'interroger sur les raisons de cette divergence. Il est bien certain dans les deux cas que le condamné est — en principe — prévenu par le président de la juridiction, lors du prononcé du sursis, des risques qu'il encourt au cas de nouvelle infraction (art. 737 pour le sursis simple et 747 pour le sursis avec mise à l'épreuve). La situation à cet égard est similaire. Mais le bénéfice du sursis simple implique l'absence de commission d'infraction dans le délai légal tandis que le bénéfice d'un sursis avec mise à l'épreuve est lié à d'autres conditions complémentaires. La réinsertion sociale qu'il suppose autorise d'autres mesures moins radicales que la révocation, telle la prolongation du délai d'épreuve.

2. *Les pouvoirs du juge à l'occasion de la nouvelle condamnation*

Puisque la seconde condamnation a des effets différents selon le type de sursis antérieurement prononcé, les pouvoirs du tribunal sont eux aussi différents.

a) *S'il s'agit d'un sursis simple*, il apparaît en premier lieu que le juge ne peut pas prononcer la révocation puisqu'elle est de droit. La Chambre criminelle (17 mai 1988, *Bull. crim.* n° 213, p. 557) a cassé un arrêt de la cour d'appel de Besançon qui avait ordonné lors d'une condamnation nouvelle la mise à exécution d'une condamnation antérieure. Selon la Cour suprême la cour d'appel a commis un excès de pouvoir car « il ne lui appartenait pas de prononcer une telle mesure ». Disons qu'il s'agit là d'une cassation pour l'honneur.

Le seul pouvoir du juge est, par décision spéciale et motivée, de ne pas révoquer ou de ne révoquer que partiellement c'est-à-dire de prendre une décision plus favorable au condamné. Mais là se pose une question délicate : le juge peut-il prendre cette décision de sa propre initiative ou ne peut-il que répondre à une demande en ce sens émanant de l'intéressé ? En commentant un arrêt de la Chambre criminelle du 1^{er} octobre 1987 (*Bull. crim.* n° 325, p. 873) M. Vitu affirme que la juridiction ne peut faire barrage à la conséquence de la révocation que s'il lui est présenté une demande expresse : « L'octroi de cette faveur mérite plus qu'une décision prise à l'improviste, sans qu'un débat se soit instauré sur son opportunité ou son utilité ; or ce débat postule une requête du prévenu » (cette *Revue*, 1989.95). Cette solution a depuis été confirmée par une autre décision de la Cour de cassation en date du 14 février 1989 (*Bull. crim.* n° 73, p. 198) : « Le sursis est révoqué par le simple effet de la loi et les juges n'étaient saisis d'aucune demande de dispense de révocation... En disant n'y avoir lieu à dispense de révocation, ils ont excédé leurs pouvoirs ». On a un peu l'impression à la lecture de ces arrêts que les magistrats de la Cour suprême reprochent aux juges du fond tout simplement d'être des bavards, soit en prononçant une révocation qui l'est déjà, soit en refusant une dispense qu'on ne leur a pas demandée. Les bavards comme de mauvais élèves peuvent subir des coups de « règles » ... sur les doigts.

Il résulte en tout cas de cette jurisprudence que les pouvoirs du juge sont ici fort limités. Il ne peut ni prononcer une révocation, ni prononcer une dispense en l'absence de demande. Il est donc invité à ne rien faire.

Naturellement le tribunal devra répondre aux demandes de dispense de révocation. Et de deux choses l'une : ou cette demande est contemporaine à la procédure aboutissant à la nouvelle condamnation ou elle est indépendante et postérieure.

La procédure conduisant à la dispense ou au refus de dispense contemporaine à la nouvelle condamnation doit avoir un caractère public (Crim. 19 mai 1981, *Bull. crim.* n° 164, p. 463). Il a aussi été jugé qu'au cas d'appel limité à la disposition relative à la révocation du sursis la Cour doit statuer en audience publique et non en chambre du conseil (Crim. 4 févr. 1985, *Bull. crim.* n° 53, p. 143).

Mais si la demande de l'intéressé est postérieure à la nouvelle condamnation, ce qui est autorisé par l'article 735 alinéa 2 du code de procédure pénale, la procédure prend un autre visage : les règles de compétence et de procédure sont celles des articles 55-1 alinéa 2 du code pénal et 703 du code de procédure pénale. C'est alors la procédure de relèvement qui s'applique et la juridiction devra statuer en chambre du conseil. Si le tribunal statuait ici en audience publique, la décision serait susceptible d'annulation.

b) S'il s'agit maintenant d'un sursis avec mise à l'épreuve, les pouvoirs du tribunal apparaissent plus importants. On a rappelé plus haut que la nouvelle condamnation n'entraîne pas la révocation, mais le juge peut la prononcer ou décider d'une exécution partielle (art. 744-3 c. pr. pén.). Même s'ils sont inversés, les problèmes sont semblables à ceux du sursis simple : le juge peut-il agir d'office ou seulement sur demande du procureur de la République ? Et quelle procédure doit être suivie ?

Il semble bien d'abord, par analogie avec ce qui a été jugé pour le sursis simple, que le juge n'a pas le pouvoir de prononcer la *non-révocation* puisque cette absence de révocation est automatique sous réserve d'une décision contraire.

Il semble aussi que le juge ne peut pas prononcer la révocation totale ou partielle s'il n'est pas saisi de réquisitions en ce sens. La question n'a pas encore été soulevée en jurisprudence, mais notre collègue A. Vitu a bien vu le problème et proposé une solution parallèle à celle donnée pour l'autre type de sursis, c'est-à-dire la nécessité d'une demande du parquet conduisant à un débat contradictoire (V. A. Vitu, obs. préc. et J. Larguier, cette *Revue*, 1981.603). Et la décision de révocation, par définition défavorable au condamné, doit être motivée.

Reste à déterminer sur ce point la procédure à suivre. C'est sur cette question qu'a statué la Chambre criminelle le 5 juin 1989 dans l'affaire évoquée au début de cette chronique. Selon le pourvoi, la décision ordonnant l'exécution de la peine assortie du

sursis avec mise à l'épreuve devait être rendue en chambre du conseil. La Cour rejette le moyen en affirmant que la juridiction correctionnelle prononçant la révocation à l'occasion d'une nouvelle condamnation ainsi que le prévoit l'article 744-3 ne doit pas suivre les règles procédurales des articles 742 et 744 applicables seulement en cas de saisine de la juridiction par le ministère public ou le juge de l'application des peines. C'est donc bien en audience publique que le tribunal doit statuer sur la révocation pour nouvelle condamnation.

Il ne semble pas que le procureur de la République puisse demander la révocation postérieurement à la nouvelle condamnation qui n'aurait pas été assortie de cette révocation. En revanche, selon l'article 742-2° le tribunal conserve la possibilité de prolonger le délai d'épreuve (mais non la révocation) lorsque le condamné a commis une infraction suivie d'une condamnation à l'occasion de laquelle la révocation n'a pas été prononcée.

3. La procédure de révocation pour non-respect des mesures imposées

Cette procédure, qui ne vaut bien sûr que pour les sursis avec mise à l'épreuve, est aujourd'hui clairement décrite à l'article 744 du code de procédure pénale. La Cour de cassation à plusieurs reprises avait considéré sur ce point que la juridiction devait statuer en chambre du conseil (Crim. 14 mars 1963, *Bull. crim.* n° 124, p. 247 et Crim. 7 déc. 1971, *Bull. crim.* n° 340, p. 853), tout simplement en considérant qu'il s'agissait là d'un incident contentieux relatif à l'exécution au sens des articles 710 et 711 du code de procédure pénale. Aujourd'hui il n'y a plus aucun doute. Le tribunal peut être saisi soit par le juge de l'application des peines soit par le procureur. Il statue en chambre du conseil. Et l'article 744 ajoute même que le tribunal statue sur rapport écrit du juge de l'application des peines « lorsque celui-ci ne participe pas à la décision », ce qui signifie clairement qu'il peut faire partie de la juridiction statuant sur ce point. La Chambre criminelle a estimé que cela n'était pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme « dès lors que la juridiction n'est pas appelée à statuer sur le fond de l'affaire » (Crim. 19 oct. 1988, *Bull. crim.* n° 357, p. 956).

Même si l'article 742-4 n'exige une décision spéciale et motivée que lorsque le tribunal ordonnant l'exécution de la peine fait incarcérer le condamné, il est évident que les juridictions correctionnelles ne peuvent ordonner ici l'exécution de la peine assortie du sursis avec mise à l'épreuve qu'autant qu'elles constatent que le condamné n'a pas satisfait aux mesures ou obligations qui lui étaient imposées.

Dans ces conditions le tribunal peut prononcer une exécution seulement partielle. Mais la Chambre criminelle vient de rappeler (Crim. 26 nov. 1986, *Bull. crim.* n° 360, p. 941) que cette décision ne peut être prise qu'une fois (et pour une durée qui ne peut dépasser deux mois), ce qui est l'application pure et simple de l'article 742-2 du code de procédure pénale.

*
* *

On peut donc conclure que les procédures de dispense de révocation en matière de sursis simple postérieures à une nouvelle condamnation et les procédures de révocation pour non-respect des mesures assortissant un sursis avec mise à l'épreuve sont des procédures *spéciales* impliquant une demande, dans le premier cas de l'intéressé et dans le second du procureur ou du juge de l'application des peines. Les juridictions doivent statuer en chambre du conseil.

Mais ces dispositions qui ont un caractère exceptionnel ne doivent pas être étendues aux autres procédures de révocation, notamment aux dispenses de révocation (sursis simple) et aux révocations (sursis avec mise à l'épreuve) qui sont contemporaines à une nouvelle condamnation.

D. – CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. – DROITS DE L'HOMME

L.-E. PETTITI

*Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris
Président de l'Institut de formation en droits de l'homme au Barreau de Paris*

Arrêt Kruslin et Huvig c/ France

Il était très attendu que la Cour européenne « dise le droit » pour ce qui concernait les écoutes et interceptions judiciaires au regard des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme après de longues années d'incertitude en doctrine et en jurisprudence. Celle-ci s'attachait davantage jusqu'en 1989 à contrôler la régularité de délivrance des commissions rogatoires qu'à l'examen exhaustif des conditions d'enregistrement, de transcriptions, de stockage, de conservation, d'effacement.

Certes les esprits avaient évolué depuis la condamnation morale que prononçait le professeur Chambon. Mais l'on confondait parfois le légitime argument de nécessité, notamment en matière de trafic de drogue, avec les critères d'un contrôle qui cependant n'était pas contradictoire avec l'efficacité des investigations.

Les praticiens, qui appelaient à une réforme, invoquaient de surcroît que l'adoption de justes critères permettrait d'assurer une meilleure répartition des constructions disponibles pour le ministre de la Justice, empêchant ainsi des autorisations judiciaires (qui ne s'imposaient pas) dans des domaines mineurs, pour mieux utiliser celles qui concernaient la grande criminalité.

Les deux arrêts *Kruslin* et *Huvig* apportent bien des réponses à toutes ces légitimes préoccupations, surtout si on les lit simultanément avec les arrêts *Klass* et *Malone*.

Saisie les 9 août 1984 par M. et Mme Huvig et 16 octobre 1985 par M. Kruslin, la Commission a retenu les requêtes des 6 juillet 1988 et 6 mai 1988, respectivement, la première en partie, la seconde en entier. Après avoir en vain recherché des règlements amiables, elle a rédigé deux rapports, du 14 décembre 1988, constatant les faits et formulant l'avis qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention (dix voix contre deux). La Commission a porté les affaires devant la Cour le 16 mars 1989.

Les deux cas d'espèce étaient différents tant sur la nature, l'origine que sur les modalités des écoutes. Rappelons succinctement les faits :

• *Affaire Huvig* : M. Huvig, qui dirigeait à l'époque une société de commerce avec l'assistance de son épouse, fit l'objet en décembre 1973 d'une plainte pour fraude fiscale, non-passation d'écritures et passation d'écritures inexactes.

Une information ayant été ouverte devant un juge d'instruction de Chaumont, ce dernier délivra à la gendarmerie de Langres une commission rogatoire la chargeant de procéder à l'écoute et à la transcription de toutes les communications téléphoniques

commerciales et privées des intéressés. Les écoutes se déroulèrent pendant 28 heures en avril 1974.

Inculpés, M. et Mme Huvig se virent condamner en mars 1982 par le tribunal de grande instance de Chaumont pour la quasi-totalité des préventions dont ils avaient à répondre. En mars 1983, la cour d'appel de Dijon confirma ce jugement mais aggrava les peines prononcées. La Cour de cassation rejeta, en avril 1984, le pourvoi des requérants.

• *Affaire Kruslin* : en avril 1985, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Toulouse renvoya M. Kruslin devant la cour d'assises de Haute-Garonne pour y répondre des crimes de complicité d'homicide volontaire, vols qualifiés et tentative de vol qualifié. L'un des éléments du dossier consistait dans l'enregistrement d'une conversation téléphonique que le requérant avait eue sur une ligne appartenant à un tiers, enregistrement effectué à la demande d'un juge d'instruction de Saint-Gaudens dans le cadre d'une autre procédure. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé de ce chef par l'intéressé.

Elle motiva ainsi sa décision : « Que les termes des propos enregistrés ont été portés à la connaissance des divers intéressés, notamment de Kruslin, lequel a été amené à s'en expliquer, tant au cours de l'enquête sur commission rogatoire qu'à la suite de son inculpation ; qu'en outre une expertise portant sur la bande enregistrée, jointe ensuite à la procédure, a été pratiquée sur décision régulière du juge d'instruction... ».

Il résulte des articles 81 et 151 du code de procédure pénale et des principes généraux de la procédure pénale que notamment, d'une part, des écoutes téléphoniques ne peuvent être ordonnées par un juge d'instruction, par voie de commission rogatoire, que sur présomption d'une infraction déterminée ayant entraîné l'ouverture de l'information dont le magistrat est saisi et que ces mesures ne sauraient viser, de façon éventuelle, toute une catégorie d'infractions ; que, d'autre part, les écoutes ordonnées doivent être réalisées sous le contrôle du juge d'instruction, sans que soit mis en oeuvre aucun artifice ou stratagème et sans qu'elles puissent avoir pour résultat de compromettre les conditions d'exercice des droits de la défense.

Que ces dispositions, auxquelles est soumis le recours par le juge d'instruction aux écoutes téléphoniques et auxquelles il n'est pas établi qu'il ait été en l'espèce dérogé, répondent aux exigences résultant de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Crim. 23 juill. 1985).

Le gouvernement français avait soutenu devant la Commission puis devant la Cour que le mécanisme procédural français était bien conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, « prévu par la loi » et répondant aux critères de la qualité de la loi. Il avait souligné dans son argumentation sur le premier point :

— « Les écoutes téléphoniques font partie des actes d'information prévus par l'article 81. Certes, cet article ne les mentionne pas explicitement, car sa formulation est délibérément très générale : *tous* actes d'information. Il convient de relever que cet article ne mentionne pas davantage d'autres actes d'information courants tels que prises de photographies ou d'empreintes, filature, surveillance, réquisition, etc. Il serait déraisonnable d'exiger que la loi prévoie toutes les modalités possibles, tienne compte de toutes les éventualités, anticipe même les progrès techniques. La Cour a reconnu d'ailleurs, dans ses arrêts *Sunday Times* et *Silver*, précités, que « beaucoup de lois se servaient *inévitavelmente* de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique ».

En droit français, la jurisprudence a toujours admis qu'un juge d'instruction peut procéder à d'autres actes que ceux que la loi énumère *expressis verbis*. C'est ainsi que les confrontations entre inculpés, qui n'étaient pas expressément prévues par le code d'instruction criminelle, ont, de tout temps, été considérées comme possibles.

De même les confrontations entre témoins ou les reconstitutions sont d'un usage courant bien que le code de procédure pénale n'en traite pas explicitement.

La jurisprudence de la Cour de cassation, constante et bien établie, puisqu'elle comporte plus de dix arrêts dans le même sens, rendus au cours de ces quinze dernières années, fait application de ces principes, qui trouvent directement leur fondement dans la loi (le code de procédure pénale).

A ce sujet, la Cour admet la conformité du système jurisprudentiel équivalent à la loi. Elle ne considère pas que les écoutes judiciaires dûment autorisées seraient illégales par nature. Elle avait statué dans le même sens dans l'affaire *Klass* (non-violation de la Convention). Il n'y a donc pas illégalité *a priori* des écoutes judiciaires autorisées sur commission rogatoire par les juges d'instruction.

Extraits :

« La Cour rappelle d'abord, avec le gouvernement et le délégué, qu'"il incombe au premier chef aux autorités nationales", et singulièrement "aux cours et tribunaux, d'interpréter et appliquer" le droit interne (V. parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Malone* préc. série A n° 82, p. 36, § 79, et *Eriksson* du 22 juin 1989, série A n° 156, p. 25, § 62). Il ne lui appartient donc pas d'exprimer une opinion contraire à la leur sur la compatibilité des écoutes judiciaires avec l'article 368 du code pénal. Or depuis de longues années déjà, une série de jugements et d'arrêts, en particulier de la Cour de cassation, voient dans les articles 81, 151 et 152 du code de procédure pénale la base légale des écoutes pratiquées par un officier de police judiciaire sur commission rogatoire d'un juge d'instruction.

On ne saurait faire abstraction d'une jurisprudence ainsi établie. Dans le domaine du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention et d'autres clauses analogues, la Cour a toujours entendu le terme "loi" dans son acception "matérielle" et non "formelle", elle y a inclus à la fois des textes de rang infralégislatif (V. notamment l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 45, § 93) et le « droit non écrit ». Les arrêts *Sunday Times*, *Dudgeon* et *Chappel* concernaient certes le Royaume-Uni, mais on aurait tort de forcer la distinction entre pays de *common law* et pays "continentaux" ; le gouvernement le souligne avec raison. La loi écrite (*statute law*) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux. La Cour l'a du reste prise en considération en plus d'une occasion pour de tels pays (V. notamment les arrêts *Müller et autres* du 24 mai 1988, série A n° 133, p. 20, § 29, *Salabiaku* du 7 octobre 1988, série A n° 141, p. 16-17, § 29, et *Markt Intern Verlag WmbH et Klaus Beermann*, du 20 novembre 1989, série A n° 165, p. 18-19, § 30). A la négliger, elle ne minerait guère moins le système juridique des Etats "continentaux" que son arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 n'eût "frappé à la base" celui du Royaume-Uni s'il avait écarté la *common law* de la notion de "loi" (série A n° 30, p. 30, § 47). Dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles.

En résumé, l'ingérence litigieuse avait une base légale en droit français. »

— La deuxième exigence qui se dégage du membre de phrase « prévue par la loi », l'accessibilité de cette dernière, ne soulève aucun problème en l'occurrence.

Il n'en va pas de même de la troisième, la « prévisibilité » de la loi quant au sens et à la nature des mesures applicables. Ainsi que la Cour l'a relevé dans son arrêt *Malone* du 2 août 1984, l'article 8 § 2 de la Convention « ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi » ; « il la veut compatible avec la prééminence du droit » :

« Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner.

Devant la Commission (obs. complémentaires du 4 juill. 1988, p. 4-7, résumées au § 37 du rapport) puis, sous une forme un peu différente, devant la Cour, le gouvernement a dressé une liste de dix-sept garanties que ménagerait le droit français. Elles concernent tantôt la réalisation des écoutes, tantôt l'utilisation de leur résultat, tantôt enfin les moyens d'obtenir le redressement d'éventuelles irrégularités ; le requérant n'aurait été privé d'aucune d'elles.

La Cour ne minimise nullement la valeur de plusieurs d'entre elles, notamment la nécessité d'une décision d'un juge d'instruction, magistrat indépendant ; le contrôle qu'il exerce sur les officiers de police judiciaire et qu'il peut subir à son tour de la part de la chambre d'accusation, des juridictions du fond et, au besoin, de la Cour de cassation ; l'exclusion de tout "artifice" ou "stratagème" consistant non pas dans le simple recours aux écoutes, mais en une "ruse active", un "piège", une "provocation" ; l'obligation de ne pas méconnaître la confidentialité des relations entre l'avocat et le suspect ou l'inculpé.

Il échet pourtant de constater que seules certaines de ces garanties ressortent des propres termes des articles 81, 151 et 152 du code de procédure pénale. D'autres se dégagent de jugements et arrêts prononcés au fil des ans, de manière fragmentaire et, dans leur nette majorité, après l'interception dont se plaint M. Kruslin (juin 1982). Il en est aussi que la jurisprudence n'a pas explicitement consacrées jusqu'ici, du moins d'après les renseignements recueillis par la Cour ; le gouvernement paraît les déduire soit de textes ou principes généraux, soit d'une interprétation analogique de dispositions législatives, ou de décisions judiciaires, relatives à des actes d'information distincts des écoutes, en particulier les perquisitions et les saisies. Bien que plausible en soi, une telle "extrapolation" ne fournit pas en l'occurrence une sécurité juridique suffisante.

Surtout, le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. Par exemple, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu ; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure ; rien non plus ne précise les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge — qui ne peut guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales — et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des dites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe. Les renseignements donnés par le gouvernement sur ces différents points relèvent au mieux l'existence d'une pratique, dépourvue de force contraignante en l'absence de texte ou de jurisprudence.

En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Il en allait encore davantage ainsi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. Kruslin n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans notre société démocratique (arrêt *Malone* préc., série A n° 82, p. 36, § 79). Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention » (§ 33 à 36).

La Convention européenne des droits de l'homme exige une certaine qualité de la loi pour assurer la sécurité juridique et garantir toute personne contre les ingérences arbitraires des autorités. Sur ce point, la Cour européenne, conformément à sa jurisprudence habituelle, considère que le corpus législatif français n'est pas assez complet et constant pour que les garanties nécessaires soient assurées et pour qu'il réponde à

l'exigence de qualité de la loi. Il faut lire les arrêts *Kruslin* et *Huvig* à la lumière des arrêts précédents de la Cour européenne : *Klass c/ République fédérale d'Allemagne* (non-violation), *Malone c/ Royaume-Uni* (violation). C'est l'ensemble qui constitue la position de la Cour et l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Également, la Cour ne reconnaît pas au corpus jurisprudentiel une qualité suffisante pour répondre à toutes les garanties requises. Certes l'appréciation n'est pas globale pour tous les cas. On peut concevoir une approche jurisprudentielle qui, en fonction du cas d'espèce et ultérieurement au stade de la cassation, pourrait dans la confrontation des ordonnances, des procès-verbaux et des garanties constituer un corpus répondant aux critères de qualité.

En l'état des espèces *Kruslin* et *Huvig*, la Cour a retenu la motivation suivante qui est à rapprocher des affaires *Klass* et *Malone* pour mieux percevoir les critères catégoriels que loi et jurisprudence peuvent retenir par rapport aux incriminations et personnes. Il sera intéressant de comparer cette motivation avec les suggestions du Rapport de la Commission présidée par M. le Premier président R. Schmelck, si celui-ci est publié ainsi qu'aux pratiques de la justice luxembourgeoise.

Pour la doctrine, l'arrêt de la Cour (§ 20 à 22) fait un recensement des décisions des cours françaises, notamment d'arrêts encore inédits au jour de la lecture des arrêts *Kruslin* et *Huvig*, qui sera utile pour faciliter les recherches et commentaires.

Il est intéressant de noter que la décision de la Cour a été rendue à l'unanimité des membres de la chambre. La Cour n'a pas suivi la Commission dans son raisonnement (§ 51 à 52, 65 et 66 de son rapport), concluant à ce que la mesure incriminée au sens de l'article 8-2 n'était pas « prévue par la loi ». Il est à noter également que la Cour européenne n'a accordé aucun dommage-intérêt aux requérants *Kruslin* et *Huvig* au titre de l'article 50 de la Convention.

L'analyse des deux arrêts repose sur la partie « en droit » qui est quasi identique dans *Kruslin* et dans *Huvig*. Au-delà des deux cas d'espèce, on peut considérer que la série des arrêts de la Cour européenne concernant les écoutes fournit aux législateurs et aux juges les bases d'une meilleure adéquation du régime des preuves au service d'une politique criminelle efficace. Il faut aussi rapprocher ces arrêts de ceux traitants de la *privacy* par rapport aux fichiers manuels et informatisés (*Leander*, *Gaskin*). Le stockage des bandes ne saurait faire l'objet d'un traitement informatique, il est destiné au contrôle par le juge.

Les arrêts *Kruslin* et *Huvig* sont une stimulation pour les juges nationaux. Le concept de « subsidiarité » de la Convention européenne leur laisse une grande initiative et une priorité chronologique d'application. Ils peuvent donc s'efforcer d'assurer l'adéquation nécessaire.

Lorsque la Cour utilise le mot « loi », elle le fait dans le sens rappelé par les arrêts *Kruslin* et *Huvig*, partie en droit. Il y a donc pour elle une équivalence entre loi et corpus jurisprudentiel pour répondre à l'exigence « prévu par la loi ».

La question des écoutes a tenu une place importante en doctrine car elle était lieu de confrontations sur le régime des preuves et de réflexions sur la politique criminelle. Elle a été parfois occultée parce que la menace des divers moyens d'interception par des organismes privés clandestins se révélait plus proche et périlleuse. Après une période de condamnation doctrinale, l'utilisation judiciaire en droit commun suscitait moins de réserves. Mais l'augmentation des écoutes, leur autorisation dans des procédures de caractère mineur, la tendance à considérer qu'il s'agissait là d'un moyen commode de réunion de preuves ont réveillé les inquiétudes. A partir de 1981, et de l'acceptation du recours individuel pour la France dans le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme, le problème devenait plus brûlant.

La pratique française tirée de l'extrapolation de l'article 81 du code de procédure pénale était-elle compatible avec ladite convention, telle était l'interrogation, ce qui impliquait deux réponses.

L'article 81, qui n'énumérait pas les écoutes, pouvait-il prétendre à la qualification de loi. Si oui, la construction jurisprudentielle qui tirait parti de l'article 81 représentait une qualité suffisante : accessible, claire, suffisamment précise.

Cette double interrogation était l'enjeu des débats dans les affaires *Huvig* et *Kruslin*. L'audience publique devant la Cour européenne venait après toute une série d'arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. La Cour de cassation avait bien précisé la notion et la définition d'écoutes (16 févr. 1989) et opéré des distinctions et traitements nécessaires entre les écoutes antérieures à la saisine du juge d'instruction et celles ordonnées par la commission rogatoire du juge. Le souci de se conformer à la Convention européenne était contrebattu par la préoccupation de la police de mieux lutter contre les trafiquants de drogue en utilisant les écoutes.

Toutes ces évolutions et tendances se retrouvaient probablement dans le rapport de la Commission présidée par le Premier président Robert Schmelck que les premiers ministres successifs n'ont pas voulu publier. La Commission consultative nationale des droits de l'homme n'avait demandé communication.

La magistrature et le législateur après les arrêts *Huvig* et *Kruslin* auront à déterminer les voies et moyens pour que la France mette en application les arrêts de la Cour européenne. La doctrine ne manquera pas d'apporter ses suggestions pour cette adéquation. Déjà le professeur Cohen-Jonathan (*Revue universelle des droits de l'homme*) et le professeur Pradel (*Recueil Dalloz*) ont publié des commentaires qui apportent d'importants éclairages pour l'interprétation des arrêts et de leurs conséquences.

Au lendemain des arrêts de la Cour européenne, le 15 mai 1990, la Chambre criminelle rendait un nouvel arrêt introduisant « le critère de gravité, en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public » (*Bacha Bazoude*). Des décisions plus récentes (trib. corr. Thonon, cour d'appel d'Aix-en-Provence, trib. corr. Paris) ont adopté des points de vue divergents. La chancellerie a adressé des circulaires. Certes la Cour de cassation ne peut rendre des arrêts de règlement et elle reste tributaire des cas d'espèce et des pourvois. La solution législative présenterait l'intérêt de mettre les juges d'instruction en présence d'un texte prescrivant les conditions d'utilisation et de contrôle.

Une meilleure approche des problèmes reste en tout cas ouverte à la suite des arrêts *Kruslin* et *Huvig*. La Cour européenne est actuellement saisie de l'affaire *Thynes c/ Grande Bretagne*, qui concerne pour l'Irlande du Nord, les conditions d'interpellation et de garde à vue des suspects.

II. – DROIT COMMUNAUTAIRE

Jean-Claude BONICHOT

Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes

Professeur associé à l'Université de Metz

Nous prions les lecteurs de la *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Droit communautaire » dans ce numéro. Ils la trouveront dans un prochain numéro.

E. — CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

ESPACE URBAIN ET PREVENTION DE LA DELINQUANCE. NOUVELLES PERSPECTIVES FRANÇAISES

Jacques BORRICAND

*Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille
Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence*

L'urbanisation croissante que la France connaît depuis quelques décennies a été marquée par des incitations économiques et sociales considérables. Les impératifs de la reconstruction de l'après-guerre ont conduit à faire vite et souvent mal. L'essor démographique, l'implantation des plus fortunés au centre des villes a conduit à repousser vers la périphérie les plus démunis. La crise économique des années 1975-1980 devait accentuer ce processus, alimentée par des flux migratoires de plus en plus importants conduisant à un effondrement de la vie sociale dans des quartiers dégradés et donnant naissance à ce que l'on a appelé la ville à deux vitesses. Le taux de criminalité que l'on s'accorde à reconnaître plus élevé dans les villes¹ a progressé de façon spectaculaire dans les banlieues incitant les pouvoirs publics à concevoir une politique globale de prévention de la délinquance dans un espace urbain restauré.

Les années 1976-1977 voient la naissance d'une politique affirmée de réhabilitation du tissu urbain, intégrant des actions d'accompagnement social, la gestion de tout ce système étant assurée par des groupes interministériels qui, en 1980, seront regroupés au sein du Comité directeur du Fonds d'aménagement urbain.

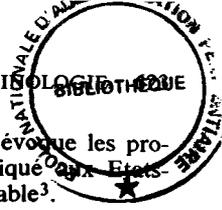
A la même époque, M. Giscard D'Estaing crée un « Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance » sous la présidence de M. Alain Peyrefitte. Dans les 105 recommandations faites dans le rapport établi par le comité figurait la proposition d'un organisme permanent « chargé de coordonner, d'animer et de rendre plus efficace les efforts aujourd'hui trop dispersés des différentes institutions chargées de mission de prévention de la délinquance et de la violence », organisme national relayé au niveau départemental par une structure décentralisée. Un décret du 28 février 1978 créait un comité national et des comités départementaux de prévention de la criminalité.

L'été 1981 devait connaître une flambée de violence à la cité des Minguettes dans la banlieue lyonnaise et les banlieues de plusieurs grandes villes incitant le gouvernement à entreprendre, la même année, le remodelage des quartiers d'habitat social et la restauration des quartiers dégradés des grandes villes.

La Commission nationale pour le développement social des quartiers (C.N.D.S.Q.) mise en place dès la fin 1981, dénommée Commission Dubedout, du nom de son premier président, visait à réhabiliter les logements et le cadre de vie et à favoriser la vie sociale².

1. R. Gassin, *Criminologie*, Précis Dalloz, 1988, n° 392 et bibliographie citée.

2. H. Dubedout, *Ensemble : refaire la ville*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1983.



La philosophie générale qui présidait à l'élaboration de ces actions évoque les programmes d'intervention globale sur le quartier (*area approach*) appliqués aux États-Unis depuis les années 30, qui n'ont pas rencontré un succès considérable³.

La victoire de la gauche en 1981 devait conduire à la mise en sommeil du Comité national et à la nomination d'une Commission des maires sur la sécurité appelée Commission Bonnemaison du nom de son président. Celle-ci déposait un rapport suggérant la création d'un Conseil national de prévention de la délinquance (C.N.P.D.), de conseils départementaux et de conseils communaux⁴. Ces trois conseils devaient être créés par décret en date du 8 juin 1983.

Il est difficile de mesurer le bilan du Conseil national de prévention de la délinquance et de la Commission nationale pour le développement social des quartiers. Sur le plan social 160 000 logements sur 350 000 auraient été réhabilités sur une période de cinq ans entre 1983-1988. Sur le plan pénal une réduction sensible de la délinquance aurait été observée. Mais faute d'une étude scientifique sérieuse il convient de se montrer prudent.

Quoi qu'il en soit, le gouvernement a estimé en 1988 qu'il était nécessaire de substituer à ces organes trois nouvelles structures par un décret du 28 octobre 1988. Le comité interministériel des villes et du développement social urbain se substituant au comité interministériel pour les villes créé dès 1984, le conseil national des villes et du développement social urbain, la délégation interministérielle à la ville et au développement social urbain, Michel Rocard a notamment justifié ce changement par la nécessité d'unifier les démarches et d'en élargir le champ pour donner plus d'amplitude aux actions de prévention de la criminalité⁵.

Plus d'un an s'est écoulé depuis la création de ces nouveaux organes. L'un d'entre eux, la Délégation interministérielle à la ville vient de communiquer à la presse son premier rapport (25 janv. 1990). A cette occasion il nous a semblé opportun de présenter rapidement les nouveaux outils de prévention de la délinquance et d'en énumérer les principales actions.

I. — LES NOUVEAUX OUTILS DE PREVENTION DE LA DELINQUANCE

Une importante consultation des élus et des professionnels menée en 1988 a conduit le gouvernement à développer une politique partenariale et une implication tant au niveau national qu'au niveau local. Cette action s'est traduite par la mise en place de nouveaux outils destinés à développer les actions de prévention. Ces outils sont de deux types, institutionnel et contractuel.

A. — *Les outils institutionnels*

Trois organes ont été créés par décret en date du 28 octobre 1988, le Conseil national des villes (C.N.V.), le Comité interministériel des villes (C.I.V.), la Délégation interministérielle à la ville (D.I.V.). Un des objectifs prioritaires de la politique nationale des villes, souligné par le décret est le renforcement de la prévention de la délinquance et des toxicomanies.

1. *Le Conseil national des villes et du développement social urbain* doit matérialiser la coopération partenariale à l'échelon national. Présidé par le Premier ministre assisté

3. R. Gassin, *op. cit.* n° 709.

4. *Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité*, La Documentation française, 1983.

5. Discours sur l'installation du Conseil national des villes et du développement social urbain, 7 févr. 1989.

de deux vice-présidents, MM. G. Bonnemaïson et A. Diligent, il est composé de ministres, d'élus et de personnalités qualifiées. Il a une double mission : contribuer à la définition de la politique nationale des villes et au suivi de sa mise en oeuvre. Notamment, il reprend les attributions antérieures du Conseil national pour la prévention de la délinquance et celles de la Commission nationale pour le développement social des quartiers. Un rapport annuel rendant compte des activités du conseil doit être publié chaque année.

2. Le Comité interministériel des villes et du développement social urbain placé sous la présidence du Premier ministre est chargé de définir, d'animer et de coordonner les actions de l'Etat dans le cadre de la politique nationale des villes avec le concours du conseil national des villes⁶. Ses objectifs tendent aux termes du décret à « favoriser le développement de la vie sociale économique et culturelle des villes, l'insertion des populations défavorisées, la prévention de la délinquance, à améliorer le cadre urbain ; à lutter contre l'insalubrité ; à promouvoir des programmes de développement social urbain » ; à développer l'innovation dans ces domaines. Il rassemble tous les ministres dont l'action peut concourir à l'amélioration de la vie en ville. Il décide des actions de l'Etat et veille à l'exécution des engagements financiers arrêtés. Il assure le suivi des actions financées par l'Etat, notamment celles qui sont mises en oeuvre sous forme contractuelle. Il délibère également sur les conditions d'emploi des crédits du fonds social urbain (F.S.U.) destinés à financer les opérations relevant de la solidarité nationale à l'égard des quartiers affectés par de graves déséquilibres sociaux, ainsi que des opérations innovantes. Le délégué interministériel à la ville prépare les délibérations du comité et veille à l'exécution de ses décisions.

3. La Délégation interministérielle à la ville et au développement social urbain (D.I.V.) est placée sous l'autorité d'un délégué interministériel (actuellement M. Yves Dauge) et rattachée pour sa gestion au ministre chargé de l'Urbanisme, de l'Equipeement et du Logement. Elle prépare les travaux du conseil national des villes et du comité interministériel. Elle en est l'exécutif. Elle met en oeuvre les actions d'évaluation, de communication et de formation. Elle participe à la définition de programmes de recherche et apporte son concours à des actions de coopération internationale. Le délégué est associé à la préparation de chaque projet de loi de Finances et consulté pour avis sur les crédits des différents ministères concourant à la politique urbaine. Il rend compte au conseil national des activités de la délégation, dont un rapport est établi annuellement.

4. Les instruments financiers

Pour la réalisation des objectifs de ces trois nouveaux outils, le fonds social urbain (F.S.U.) constitue, par sa polyvalence d'emploi, une contribution essentielle souvent indispensable à l'élaboration de programmes d'action cohérents nationaux ou locaux. La dotation de 230 millions de F en 1988 devait passer à 280 en 1989 et 400 en 1990. Elle n'est pas la seule. Il faut y ajouter les crédits affectés aux actions d'accompagnement des programmes de développement social des quartiers, ceux relatifs à la prévention de la délinquance (70 millions de F), ainsi que ceux destinés à la résorption de l'habitat insalubre et les opérations programmes d'amélioration de l'habitat (crédits des ministères de la Culture, des Affaires sociales, de l'Education nationale, de la Justice, de l'Intérieur, de l'Emploi, de la Formation professionnelle, du Commerce et de l'Artisanat).

Cette enveloppe est définie par référence à un programme pluriannuel arrêté par le Comité interministériel. Elle fera notamment apparaître les moyens destinés à l'exécution des engagements contractuels de l'Etat.

6. Il se substitue au Comité interministériel pour les villes créées par le décret du 16 juin 1984. On notera par les différences des intitulés que l'ambition du gouvernement Rocard est autre qu'en 1984.

La cohérence des actions de l'Etat impose une harmonisation entre les politiques émanant des différents ministères et les projets locaux de développement. Notamment et surtout, cette cohérence trouve sa projection dans la mise en place d'outils contractuels.

B. — *Les outils contractuels*

Les procédures antérieures sont conservées et développées. La politique contractuelle entreprise en 1981 pour le développement social des quartiers est amplifiée. Décentralisation oblige, les programmes sont pilotés au niveau régional par une commission *ad hoc* après avoir été impulsés par l'Etat. Ils consistent en ce que des collectivités publiques, Etat, régions et villes s'engagent par contrat sur des objectifs et des moyens financiers pour plusieurs années (quatre cents quartiers à problèmes seront assistés en 1990)⁷.

Les contrats d'action de prévention pour la sécurité dans la ville notamment, appelés plus simplement les contrats d'action préventive sont poursuivis et multipliés. Pour l'exercice 1989, le C.I.V. a programmé le financement de 295 contrats (35 millions de F en 1989). L'élaboration de ces contrats suppose une appréhension globale des situations locales qui nécessite de dépasser les cloisonnements administratifs et les clivages partisans. L'aide que l'Etat apporte ne doit pas être considérée en tant que simple subvention, mais comme participation de l'Etat à un contrat.

Enfin la mission Banlieues 89, animée par R. Castro qui vise à embellir et désenclaver, complète l'action de la D.I.V.

A ces procédures aujourd'hui bien connues s'ajoutent de nouvelles procédures contractuelles mises en oeuvre dans le cadre de la politique de développement social urbain. Il est prévu que toutes devront intégrer une dimension « prévention de la délinquance » qui devra faire l'objet d'une évaluation.

1. *Le contrat de ville* est certainement l'outil le plus performant de la D.I.V. Proposé par la délégation, il concrétise un projet global entre l'Etat et la ville où les principaux domaines qui conditionnent son avenir sont traités : urbanisme, logement, éducation, formation, santé, action sociale, etc.

A cette fin un protocole d'accord définit d'abord les objectifs prioritaires du projet, présente les grandes lignes d'une stratégie commune d'action. Vient ensuite l'élaboration proprement dite du contrat réunissant les partenaires intéressés, les élus locaux, le préfet, le comité de gestion de la C.I.V. chargé d'assurer le financement du projet. Bien entendu, le contenu du contrat est fonction des situations locales spécifiques mais la finalité de tous les contrats est la même : permettre à tous de mieux vivre en ville et qu'il n'y ait plus de villes à deux vitesses.

Une première génération de contrats de ville est en train de voir le jour en 1990. Treize agglomérations se proposent d'élaborer une stratégie globale de développement et de solidarité. Dix autres contrats sont envisagés. Lutter contre les exclusions et la délinquance, aménager l'espace urbain, développement économique et social, intégration des populations démunies. L'étendue possible du champ de contrats peut surprendre par son ampleur. Les thèmes qui reviennent le plus fréquemment dans ces contrats sont les suivants⁸ :

— lutte contre les exclusions sociales (quartiers en difficulté, jeunes, personnes âgées, immigrés, marginaux) ;

7. *Le Monde*, 27 janv. 1990.

8. Lyon, Marseille, Lille, Roubaix, Tourcoing, Toulouse. Département de la Seine-Saint-Denis, Dunkerque, Le Creusot, Monceau-Les-Mines, Nantes, Reims, Saint-Nazaire, Saint-Denis-de-La-Réunion, *Les échos*, 24 mai 1989.

- insertion professionnelle par une lutte contre l'échec scolaire et par une adéquation des moyens de formation à l'environnement économique ;
- politique de rénovation et de construction de l'habitat ;
- mobilité des habitants au sein des agglomérations (transports, lieux publics) ;
- vie culturelle ;
- sécurité urbaine (prévention contre la délinquance, la toxicomanie, la sécurité routière) ;
- aménagement de l'espace urbain et environnement.

Cette liste révèle l'ambition des contrats de ville et traduit la nécessité que de tels contrats s'inscrivent dans une longue durée avec un accompagnement financier très lourd. Si la sécurité urbaine est un thème qui ressort souvent des protocoles d'accords, ce n'est pas semble-t-il le thème prioritaire qui est la lutte contre les exclusions sociales. C'est dans les quartiers les plus défavorisés que le Front national a obtenu ses plus beaux succès électoraux. Il est vrai cependant que ce thème rejoint par certains de ses aspects le précédent. On a pu observer une sur-criminalité des immigrés que révèlent les statistiques policières et judiciaires et qui se traduit par un taux d'incarcération beaucoup plus important que les autochtones⁹. On sait cependant que cette constatation a été remise en cause par M. Pinatel¹⁰.

2. A côté des contrats de ville, d'autres contrats territoriaux sont prévus. La *convention ville habitat* associe l'Etat aux communes qui souhaitent harmoniser ou améliorer les politiques d'habitat et d'aménagement urbain au sein d'une même agglomération (gestion locative, amélioration du parc privé ancien, transports, circulation). Signée pour trois ans avec le préfet, elle s'appuie sur une réflexion intercommunale et passe par l'élaboration d'un programme local de l'habitat (P.L.H.). La convention ville-habitat peut déboucher sur un contrat de ville.

3. Le *PACT urbain axe Nord-Est* (Programme d'aménagement concerté du territoire) concerne les régions affectées par la crise des vieilles industries (charbonnage, textile, sidérurgie). L'objectif de ces PACT est double. D'une part ils tendent à améliorer le cadre de vie des habitants de ces régions par une recomposition du tissu urbain, d'autre part ils visent à favoriser l'accompagnement social des mutations économiques (actions de formation, intégration de nouvelles technologies). Les PACT urbains sont conclus dans les contrats de plan Etat-Région 1989-1993, ils sont donc signés pour une période de cinq ans.

L'ensemble de ces instruments institutionnels et contractuels doivent permettre de donner une impulsion nouvelle aux actions de prévention conduites sur le terrain.

II. — LES ACTIONS DE PREVENTION

On a souligné depuis longtemps le lien très fort entre la délinquance et la ville¹¹. Le développement des ZUP des années 60, désertées depuis par les classes moyennes, frappées de multiples handicaps et génératrices de tensions sociales où l'anonymat et l'insécurité vont de pair, n'a fait que renforcer ce lien. Les politiques soutiennent qu'il n'y pas là une fatalité, qui faut refuser la ville à deux vitesses, que c'est en luttant contre l'exclusion que l'on combattra la délinquance. Il faut « retisser une trame ur-

9. Ph. Robert, « La criminalité des migrants en France », *Compte général de la justice criminelle 1968* ; Nadjafi Abrandabadi, « L'évolution de la criminalité des étrangers en France 1973-1980 », *Rev. pénit.* 1983. 147.

10. « Délinquance étrangère et réactions judiciaires », cette *Revue*, 1976.473.

11. D. Szabo, *Crimes et villes*, 1960.

baine, sociale, économique et culturelle » explique Yves Dauge¹². Tâche immense qui exige du temps et le concours de l'Etat et de tous les acteurs locaux pour mettre encore des politiques de prévention. Dans son manuel de criminologie, M. Gassin distingue trois grandes catégories de programmes et actions spécifiques de prévention collective de la délinquance : les programmes de prévention sociale, les programmes de prévention policière et les actions de prévention destinées à limiter les occasions de crime. Ces trois programmes se retrouvent avec une inégale importance dans le décret de 1988 instaurant les nouveaux outils de prévention.

De la lecture du dossier réalisé par la Délégation interministérielle à la ville à l'occasion de l'installation du Conseil national des villes en février 1989, on peut dégager deux types d'actions de prévention de la délinquance, les actions directes et les actions indirectes.

A. — *Les actions directes de prévention*

La création de nouveaux outils de prévention n'a pas pour objet de tirer un trait sur le passé. Aux actions traditionnelles que la politique gouvernementale avait antérieurement développées et qui sont conservées, s'ajoutent de nouvelles actions de prévention qui méritent d'être soulignées.

1. Les actions de prévention traditionnelles

a) Bien entendu la politique d'animation du Conseil national de prévention est poursuivie. Le Conseil national des villes qui a repris les attributions du C.N.P.D. entend maintenir les actions de prévention pour la sécurité. Un groupe de travail « Prévention de la délinquance » présidé par M. G. Bonnemaïson est chargé de participer à l'examen des dossiers des contrats d'action de prévention. Ces contrats qui dépassent 300 s'efforcent de conduire des actions concrètes au plus près des besoins et des populations en difficulté avec les communes et d'aider les collectivités locales à entreprendre et à poursuivre une politique de prévention de la délinquance en coordination avec les services de l'Etat et tous les animateurs concernés. C'est la raison pour laquelle les conseils départementaux et communaux subsistent. Ces derniers étaient au nombre de 580 fin 1989¹³. Une assemblée des conseils communaux s'est tenue en juin 1989 à Epinay-sur-Seine qui a permis d'amorcer la mise en cohérence des actions précédemment menées par le C.N.P.D. avec la politique de développement social urbain. Une circulaire en date du 15 novembre 1989 adressée par le Premier ministre aux préfets fixe les nouvelles orientations. Elle rappelle que parmi les priorités de la politique nationale des villes et du développement social urbain figurent le renforcement de la prévention de la délinquance et des toxicomanies. Certains de ces contrats avaient inclus dès 1985 dans leur programme des actions contre la toxicomanie. On sait qu'aujourd'hui la politique du gouvernement en ce domaine est animée et coordonnée par le délégué général à la lutte contre la drogue et par la Mission interministérielle de lutte contre les toxicomanies. Elle n'exclut pas pour autant les actions conduites par les conseils départementaux et communaux de prévention.

b) De même la politique de développement social des quartiers est maintenue et amplifiée. Pas moins de onze ministères sont impliqués dans cette action. Du dossier réalisé par la D.I.V. il ressort que le bilan est globalement positif. Des milliers d'actions ont été engagées qui se sont traduites par une meilleure relation des habitants à leur cadre de vie, le retour d'une vie sociale, le recul de la peur et de l'insécurité. Partout le nombre d'infractions et le taux de délinquance auraient baissé de façon spectaculaire.

12. *Le Monde*, 27 janv. 1990.

13. M. Marcus, « Un outil pour la prévention, les conseils communaux de prévention », cette *Revue*, 1989.176.

c) De même encore l'action de Banlieues 89 révèle que depuis 1984 une centaine de projets ont été conçus et mis en oeuvre. Le programme 1989 est ambitieux :

- promouvoir la mise en route de nouveaux projets exemplaires localisés d'architecture et d'urbanisme ;
- repenser la ville à partir des situations les plus critiques ;
- développer les projets culturels, etc.

d) Enfin les « opérations été » sont conservées. Les opérations « anti été chaud » appelées ultérieurement « Prévention été » sont comme leur nom l'indique des actions de prévention à caractère temporaire mais recommencées chaque année, destinées à éviter le renouvellement des incidents qui avaient agité certaines banlieues, au cours de l'été 1981, en offrant aux jeunes de banlieues de grosses améliorations des activités de loisirs organisées dans des centres de vacances aménagés à cet effet. Au fil des années le dispositif s'est renforcé et les objectifs ont été à la fois affinés et élargis. Si l'objectif principal demeure d'éviter le désœuvrement estival des jeunes de 13 à 18 ans qui ne partent pas en vacances, les projets visant à l'insertion sociale sont privilégiés. Depuis 1986 une attention particulière est apportée aux jeunes détenus et aux projets d'animation en centre de détention.

Le dispositif national est placé sous le signe de l'interministérialité (Justice, Intérieur, Jeunesse et Sports, Direction de la sécurité et à la circulation routière). Au plan départemental, le préfet est chargé de constituer au sein du conseil départemental une cellule opérationnelle.

L'opération été 1989 se caractérise par l'extension géographique du dispositif qui a permis de couvrir 24 départements parmi les plus urbanisés et par l'extension des moyens financiers consacrés à cette action (24 millions de F, soit plus de 20 % par rapport à 1988). On sera attentif à l'évaluation globale du dispositif qui a été demandé au collège coopératif d'Aix-en-Provence¹⁴. En effet les premiers résultats de l'opération « anti été chaud » dont le ministre de la Justice avait rendu compte au Conseil des ministres ne paraissent pas être encourageants. Comme le note M. Gassin « l'examen des chiffres présentés conduit à la conclusion que ces opérations semblent plus avoir déplacé la délinquance juvénile des onze départements couverts par l'opération « anti été chaud » vers les départements non concernés par celle-ci que de l'avoir véritablement prévenue »¹⁵.

e) Enfin la protection individuelle des victimes éventuelles n'est pas absente des préoccupations de la D.I.V. La réduction de l'accessibilité aux cibles de la délinquance, le recours à l'ilotage, aux polices municipales doivent constituer des modes de discussion efficace que les conseils communaux sont invités à développer¹⁶.

2. Les actions nouvelles

Certaines d'entre elles visent à mieux cibler les délinquances. Malgré une forte sensibilisation entreprise ces dernières années et une réforme de la loi, le recel continue d'être la délinquance la plus pernicieuse car elle entretient le vol. Il faut assurer une meilleure surveillance des marchés et des foires pour éliminer les marchandises de provenance douteuse. L'alcoolisme doit être combattu au même titre que la toxicomanie.

D'autres actions ont pour dénominateur commun que le délinquant est toujours le citoyen d'une ville. L'immense majorité des délinquants reste en liberté et fait l'objet de mesures de contrôle, d'insertion. Une minorité passe par la prison pour une moyenne de six à sept mois. Dans certains cas, l'incarcération pourrait être évitée si

14. Cette évaluation a été achevée en janvier 1990. De la lecture de cet important rapport, il ressort une meilleure sensibilisation des acteurs locaux et une incitation des municipalités à organiser des programmes permanents. On reste cependant sur sa faim quant au bilan des actions entreprises.

15. R. Gassin, *op. cit.* p. 595.

16. « La prévention des occasions de vol », colloque organisé par l'Institut de sciences pénales et de criminologie à Aix-en-Provence, 4-5 déc. 1987.

un hébergement pouvait être organisé rapidement. A cette fin, le ministère de la Justice a mis en place des permanences d'orientation pénale auprès des tribunaux notamment pour les jeunes de moins de 25 ans. Encore faut-il que les ressources locales se mobilisent pour trouver l'hébergement. Le Premier ministre a invité les préfets à aider les communes à présenter des programmes cohérents.

Si l'incarcération se réalise, il faut maintenir les liens familiaux essentiels à la réinsertion des détenus dans la vie de la cité. Pour ce faire, il est proposé de mettre en place des structures d'accueil à proximité des établissements pénitentiaires, gérées par des associations offrant des services multiples. L'Etat, par le biais de la C.I.V., apportera son aide à la mise en place de ces structures.

B. — Les actions indirectes

De la lecture des documents qui ont marqué les étapes de la réflexion et de la concertation préalable à la politique des nouveaux outils de la prévention, il ressort que la prévention de la délinquance ne se conçoit pas en elle-même. Il faut la lier étroitement aux autres actions entreprises sur la ville. C'est ce qui ressort également de la conférence de Montréal sur la sécurité et la prévention de la criminalité en milieu urbain d'octobre 1989¹⁷. Avec raison, on ne croit plus à la simple répression pénale, encore moins à la seule multiplication des équipements et des effectifs policiers. On place davantage sa confiance dans la réfection du tissu social. La délinquance n'est pas seulement le fait d'individus pris hors de leur environnement. Elle se nourrit de carences sociales et économiques. Il importe donc en priorité de s'efforcer de remédier à ces carences en développant les programmes d'insertion des citoyens dans la cité. C'est pourquoi avait été créée la Commission nationale pour le développement social des quartiers dénommée Commission Dubedout¹⁸. La philosophie générale qui a présidé à l'élaboration de cette action de prévention visait à remodeler entièrement l'habitat urbain et à développer l'emploi, la formation professionnelle, les loisirs¹⁹. Le programme Banlieues 89 mené de 1983 à 1986 avait pour objectif de poursuivre l'effort de reconquête, de valorisation, de désenclavement et d'embellissement des territoires de banlieue.

Le gouvernement entend poursuivre dans cette voie. Il est significatif que les trois instances nationales, C.N.V., C.I.V., D.I.V. portent toutes dans leur intitulé l'expression « développement social urbain ».

Dans la politique urbaine, une multitude de thèmes doivent être abordés, lutte contre la pauvreté et la précarité, lutte contre toutes les exclusions ; habitat, éducation, action culturelle, transports, environnement, économie. Parmi ces thèmes l'économie apparaît comme une priorité. Pas d'insertion sociale sans un niveau de vie décent, un habitat rénové. L'action économique doit se concrétiser par la création d'emplois, d'implantations de commerces, d'activités artisanales et de services.

Mais cette action doit se doubler d'une action culturelle. Il faut revaloriser l'école, lutter contre l'échec scolaire, donner à tous l'accès à la culture.

C'est grâce à ces actions que la prévention de la délinquance devrait connaître sa vraie réussite. Refuser l'exclusion, tel était l'intitulé du discours de Michel Rocard pour l'installation du Conseil national des villes. Etre en sécurité, se loger, s'insérer, trois volets essentiels de la lutte contre les exclusions et la délinquance potentielle. Formons le voeu pour qu'avec le temps ce projet ambitieux se réalise et que les jeunes des grandes banlieues ne soient plus confrontés au « *no future* »²⁰.

17. « Le devoir », 11 oct. 1989, *Journal québécois*.

18. M. Dubedout, *Ensemble, refaire la ville*, rapport au Premier ministre.

19. Sur le bilan de cette action : *Commission nationale pour le développement social des quartiers. Bilans et perspectives 1981-1984*, La Documentation française, 1989.

20. *Villes européennes : stratégies et projets urbains*, Colloque international, Strasbourg, 6-8 juin 1990, Conseil de l'Europe.

F. — CHRONIQUE DE POLICE

« MAIS QUE FAIT LA POLICE ? »

Michel MARCUS

Magistrat

Une soixantaine d'habitants des quartiers de Marseille-Nord décident de monter la garde autour de leur immeuble pour empêcher le commerce de la drogue ouvertement pratiqué dans les cages d'escalier. Une autodéfense vraie sans la connotation négative de certains attroupements passés. Pour sauver leurs jeunes enfants (les aînés sont souvent toxicomanes) des mères de famille se réunissent pour donner un coup d'arrêt à des illégalités ouvertement pratiquées. Des mouvements similaires ont eu lieu en Italie, en Espagne. Jamais encore en France.

Ce mouvement naît de maints désespoirs. Celui qui nous occupe dans cette chronique est issu du désert institutionnel. C'est bien parce que les réponses sociales, policières sont absentes que la prise en charge se déclenche. Eternelle question du « que fait la police ? ». Les autorités préfectorales et policières ont répondu en faisant état du volume important de drogues saisies au cours de l'année. Mais est-ce une réponse pour ces mères de famille plus accablées par des dealers en vélomoteur que par les trafiquants en Mercedes ? Pour le policier, la gratification intellectuelle donnée par le travail accompli dans la saisie de 10 kg d'héroïne explique le recentrage toujours difficile d'une action policière quotidienne.

Se situer au lieu de la rencontre de l'offre et de la demande de drogue, c'est-à-dire la rue, le quartier, est une tâche difficile du policier. Mais c'est aussi à cet endroit que le policier rencontrera d'autres partenaires agissant autant sur la demande que l'offre et c'est de ce dialogue que peut naître une politique efficace de lutte contre la toxicomanie.

Travailler dans certains quartiers dégradés est très difficile pour les services. La tâche est immense, les résultats peu spectaculaires et toujours très fragiles. Depuis dix ans que des procédures de développement social des quartiers ont été déployées dans 148 quartiers, puis dans 400, maints fonctionnaires de police ont participé, parfois de façon militante, à ces actions. Les reflux existent, ceci est commun à tous les services publics. La bonne marche d'un collègue dépend souvent d'une équipe où le départ d'un ou deux membres anéantit le travail effectué.

D'où la nécessité pour sortir des engagements individuels, d'organiser les services publics différemment. Que les services publics soient sous-représentés dans ces quartiers est un fait constant. Leur centre de gravité est toujours le centre ville. Ceci contribue à l'exclusion des habitants de ces quartiers. Ainsi, une enquête du ministère établit de façon absolue que plus on se rapproche du centre, plus la qualité de l'enseignement augmente ! Pour corriger ces inégalités, il est indispensable de repenser l'organisation des services publics, une des tâches prioritaires du gouvernement, en fonction de géographies d'interventions prioritaires. Le schéma policier de Marseille ne

doit-il pas avoir son centre de gravité dans les quartiers Nord de la ville ? La question des effectifs policiers ne doit plus être l'unique argumentaire. Les recrutements massifs de ces dernières années n'ont pas beaucoup bouleversé les priorités de l'appareil policier. Il est même paradoxal qu'à Paris la visibilité policière soit assurée principalement par des recrutés du contingent qui, de plus en plus, se refusent à intégrer la police. L'intense effort de modernisation du plan Joxe n'a pas encore touché les structures policières toujours fortement centralisées, s'adaptant très mal aux disparités géographiques et sociales des villes. La carte d'implantation des polices dans les communes n'a toujours pas fait l'objet d'une révision d'ensemble.

Adaptation au terrain, adaptation à l'évolution de la délinquance. Les profits énormes tirés du commerce de la drogue contaminent petit à petit les circuits financiers. Au sein de la Direction générale de la police nationale vient de naître le septième office spécialisé « l'Office central pour la répression de la grande délinquance financière ». Composé de 75 enquêteurs dont 30 à Paris, la mission de l'office est de mettre en oeuvre avec les services concernés une politique de prévention, de constituer une base de données et d'intervenir d'initiative, en assistance d'autres services ou à l'initiative des magistrats. Ces policiers sont habilités à recueillir et à exploiter les informations transmises à la structure Tracfin par les établissements financiers en application de la loi sur la lutte contre le blanchiment des capitaux. Si l'on ne peut que se louer du niveau de compétence technique recherché, deux questions viennent peser sur le succès de l'office : comment se conjuguera-t-il avec l'office de répression du trafic illicite de stupéfiants (OCRTIS) ?

Ne pouvait-on se contenter de renforcer le second et succomber un peu moins à la recherche déraisonnable de l'effet d'annonce ? La seconde question n'est pas nouvelle car elle concerne le rapport avec la justice. A Paris, il n'existe pas en principe de juges d'instruction spécialisés. Par contre, la spécialisation financière existe. Que va-t-on choisir ? Ces choix ne sont pas sans incidence sur la qualité du contrôle de la justice sur la police. Comme pour des choix de politique criminelle, une concertation aurait été souhaitable entre les deux institutions. Le défaut de celle-ci entraîne la justice à s'adapter en général plutôt mal que bien. Ne parlons pas du désagrément psychologique de juges mis devant le fait accompli.

La multiplication des manifestations racistes et antisémites entraîne le pays dans un débat salutaire sur les valeurs constitutives de notre lien social. Ce débat est fondateur de notre système de politique criminelle. Il a entraîné une remontée considérable dans la hiérarchie des délits à poursuivre de toutes les incriminations existant dans ce domaine. L'action policière et l'action judiciaire sont fortement poussées à mener des enquêtes rapides. Mais un débat sur l'utilité de la répression de l'expression d'opinions antisémites ou racistes s'est créé — un sondage indique que plus de 35 % des Français sont pour cette expression — mais surtout maints auteurs mettent en doute l'utilité de la répression en s'appuyant sur les maigres résultats obtenus dans la découverte des auteurs. Le nombre d'affaires est trop ridicule. Il rappelle, dans une certaine mesure, le chiffre très bas des violences à enfants, ou celui des femmes battues avant que des campagnes prolongées d'information ne soient menées tant dans l'opinion que dans les services de police et de gendarmerie. Ainsi que le souligne le rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme « certaines manifestations du racisme ne sont pas prises en compte dans des pans entiers de la vie sociale, économique et culturelle ».

L'organisation policière actuelle, son degré de perméabilité au phénomène handicapé le débat sur l'utilité de la répression. La ville de New York, théâtre permanent de la coexistence d'une multitude de communautés, a créé une brigade spéciale d'une trentaine de policiers. En 1989, 2 800 cas ont été traités dont 1 100 ont été déférés devant les tribunaux. La priorité de son travail est de former un corps de règles interprétatives des comportements racistes ou antisémites pour les autres policiers. La même injure peut avoir une connotation plus ou moins forte suivant les lieux ou les circonstances. Sa seconde mission est d'être saisi par les autres services. Cette bri-

gade pratique des investigations très poussées sur chaque affaire. L'identification des auteurs est prioritaire, car ces délits sont considérés comme portant une atteinte très grave à l'équilibre de la ville. L'assistance aux victimes est très développée. Si l'auteur n'est pas découvert, pendant deux mois un policier téléphonera régulièrement à la victime pour savoir si elle a subi une nouvelle agression.

Des incidents assez graves entre Coréens et Noirs ont montré les limites de l'efficacité, mais cet exercice policier devrait nous servir pour mieux adapter notre police. N'est-ce pas l'occasion de se servir d'un secteur clé, pour revoir petit à petit des modalités de fonctionnement et de prise en charge de la délinquance ?

Le racisme et l'antisémitisme mettent en péril notre lien social, c'est bien du rôle de la police de participer au maintien de ce lien. Affirmer cela, ce n'est pas se dissimuler l'immense travail d'éducation à faire auprès des jeunes. A New York, 70 % de ces délits sont commis par des jeunes de moins de 19 ans. Les quelques arrestations opérées en France confirment cette tendance.

Souhaitons que la prison ne soit pas la seule réponse apportée à ces comportements. Le travail d'intérêt général a un potentiel éducatif plus porteur d'avenir.

G. — CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

LA CONCILIATION PENALE A VALENCE

Georges APAP

Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Valence

Nous avons été amenés à réfléchir, à Valence, sur l'idée communément répandue que le recours à la justice est le mode normal de résolution des conflits. Appliquant cette idée à la petite délinquance, voici ce que nous avons observé.

La ville est entourée de quartiers où se trouve reléguée une population plutôt défavorisée. Un bâti de logements sociaux abrite des gens issus de communautés ethniques les plus diverses. C'est là que se sont regroupés des Algériens, des Tunisiens, des Marocains et quelques Turcs, voisinant dans la méfiance réciproque avec des Français qui n'appartiennent pas à la couche sociale la plus prospère.

Les difficultés de l'existence font qu'y règne une délinquance dérangeante, faite surtout de petits actes de vandalisme, de chapardages et de conflits de voisinage, dont l'addition génère un malaise encore aggravé par le fossé des générations, jeunes et vieux ne se comprenant plus.

C'est ce malaise qui est à l'origine d'une dramatisation généralisée de tous les petits événements, et de la peur qui gagne peu à peu les gens. Un sentiment d'insécurité s'installe dans les mentalités et le quartier a rapidement la mauvaise réputation d'un endroit dangereux.

Pourtant si on analyse statistiquement la délinquance dans le quartier, on s'aperçoit qu'il ne s'y passe rien de plus grave ni de plus nombreux en actes générateurs de trouble que dans le reste de la ville. Le sentiment d'insécurité ne correspond pas à une insécurité réelle, mais à une représentation artificielle, à une image déformée, d'un lieu et du groupe social qui le peuple. Le plus curieux est que cette vision est partagée à la fois par l'extérieur et par les gens du quartier eux-mêmes.

On a pensé que, pour faire reculer ce sentiment d'insécurité, il fallait résoudre les petits conflits qui l'alimentent et restituer ainsi aux événements leur insignifiance réelle.

C'est là que notre réflexion sur l'utilisation de l'institution judiciaire nous a conduits à cette conclusion que la justice ne disposait pas de réponse adaptée, ou plus exactement que les réponses dont elle dispose ne sont pas de nature à apaiser les petits litiges, mais au contraire à les aggraver.

L'exemple de la rixe entre voisins est le plus significatif : chacun des deux antagonistes prétendra, devant le tribunal, obtenir la condamnation la plus sévère pour son adversaire, et pour lui-même le dédommagement le plus avantageux. Les débats seront d'autant plus passionnés que l'enjeu sera plus mince. Au bout du compte, quelle que soit la décision du juge, elle aura fait deux mécontents. Il faut y ajouter la déconvenue de celui qui, bénéficiaire d'une indemnité, n'aura pu la recouvrer en raison de l'insolvabilité d'un débiteur récalcitrant. Au lieu d'apaiser le conflit, le débat judiciaire l'aura envenimé.

Ce résultat, communément observé, revêt une gravité insoupçonnée lorsque les plaideurs habitent le même quartier et sont appelés à se revoir quotidiennement. Il sera la source de nouveaux conflits qui pourront même s'étendre et dégrader plus encore le climat social entre voisins ou habitants du même quartier.

Conscient de ce résultat, le procureur de la République peut utiliser le droit qu'il tient de la loi, dans notre pays, d'apprécier l'opportunité des poursuites et, dans de telles situations, préférer ne pas donner de suite à la plainte. Mais là encore c'est laisser une victime insatisfaite, et donner à l'auteur un sentiment d'impunité, et ainsi aggraver le malaise né d'un événement mineur.

On voit ce que je voulais dire en parlant de l'inadaptation de la justice à la petite délinquance : qu'elle intervienne ou qu'elle s'abstienne, sa pesanteur ou son inaction souligneront sa maladresse. On peut l'énoncer dans une formule paradoxale : il faut choisir entre dire le droit ou apaiser un conflit.

Celui qui décide peut ne pas éprouver un attachement excessif au plaisir intellectuel de distribuer les torts. S'il privilégie le souci de la paix sociale, sa réflexion le conduira, par la voie des solutions non judiciaires, jusqu'à la conciliation. Il sait ce qu'est la conciliation en matière civile. Il l'adaptera et aura ainsi inventé la conciliation pénale.

Ce cheminement a été celui de deux magistrats de Valence¹ qui, confrontant leurs idées et leurs expériences, ont mis au point un système original. Ces deux magistrats sont la présidente du tribunal d'instance de Valence et le procureur de la République.

L'objectif était de reconstituer le tissu social dans les quartiers. L'idée fut qu'on pouvait y parvenir en restituant le conflit au groupe social qui l'avait secrété, c'est-à-dire en demandant aux gens du quartier de le régler entre eux par des moyens qui excluent la sanction, par des méthodes qui permettent d'évacuer la peur ou la colère de leurs relations. L'un des deux magistrats avait observé, au cours d'un voyage d'étude en Chine, le règlement communautaire des différends privés. L'autre avait gardé, d'une carrière commencée outre-mer, le souvenir des assemblées de village au sein desquelles se dénouaient les conflits. Dans les deux cas, les magistrats concernés avaient remarqué les effets apaisants de l'intervention du groupe dans la relation duelle, altérée par la querelle.

Il fallait parvenir à ce changement radical de mentalité qui aboutit à ne plus voir comme inéluctable la punition au bout du comportement déviant et dommageable. Pour cela il fallait organiser la rencontre entre auteurs et victimes, leur dialogue, et la recherche commune d'une solution. Ce fut la mission donnée aux gens du quartier, et plus spécialement à ceux d'entre eux qui furent choisis et nommés dans les fonctions officielles de conciliateurs.

Le conciliateur existe en droit français. Son statut est prévu par un décret du 20 mars 1978. Mais c'est un personnage choisi parmi les notables et qui règle seul un litige civil entre deux personnes privées. Il a été conçu et institué dans l'intention de soulager par son concours les juridictions encombrées par les petites affaires.

Ce n'était évidemment pas notre conception de la conciliation et, si nous avons utilisé le texte, nous l'avons appliqué à une institution totalement différente dans son esprit et dans ses modes de fonctionnement.

Le conciliateur pour nous n'était pas un notable. Ce devait être un citoyen que rien ne différenciait en apparence des autres habitants du quartier. Mais il devait avoir le souci de préserver le climat social, posséder le sens des contacts humains, être habité par un idéal de tolérance et d'ouverture aux autres. Il devait connaître les difficultés du quartier, les avoir vécues, en avoir souffert. Il devait avoir connu une vie associative riche, marquant par là son sens de la communauté.

Il devait en toutes circonstances opérer au sein d'une équipe et travailler en collaboration avec au moins un autre conciliateur, afin qu'aucun d'eux ne puisse s'approprier la conciliation ni l'incarner. Enfin, il devait être bénévole.

1. Il s'agit de Mme Nicole Obrégo.



La nationalité française ne nous a pas paru indispensable. Certes il ne s'agissait pas d'assurer une représentation des communautés ethniques au sein de l'institution, mais il fallait la composer de telle sorte que les habitants du quartier eussent le sentiment de s'y reconnaître. Il fut décidé que le groupe des conciliateurs d'un même quartier, appelé « instance de conciliation », comprendrait de quatre à six conciliateurs selon les quartiers, et qu'ils choisiraient eux-mêmes les deux d'entre eux qui s'occuperaient ensemble d'une même affaire.

La procédure devait être la suivante : lorsque le procureur de la République est en possession d'un dossier lui paraissant relever de la conciliation, il l'adresse à l'instance de quartier, laquelle, après examen en groupe de l'affaire, choisit les deux ou trois conciliateurs qui devront ensemble s'en occuper. Le procureur s'engage, en cas de réussite de la conciliation, à ne pas exercer de poursuites pénales. En cas d'échec au contraire, ou si les engagements pris n'ont pas été tenus, le dossier est retourné au procureur de conciliation n'avait pas existé.

La victime puis l'auteur sont tour à tour convoqués par les conciliateurs. Il est expliqué à chacun que la conciliation n'est pas obligatoire et que chacun peut refuser de s'y prêter. En cas d'acquiescement une rencontre entre les antagonistes est organisée en présence des conciliateurs et il s'agit, par le dialogue et la concertation, de trouver une solution d'apaisement comprenant le cas échéant le dédommagement de la victime.

Il fut bien précisé aux conciliateurs qu'ils n'étaient ni policiers, ni juges, ce qui signifiait qu'en aucun cas ils ne devaient mener des enquêtes, ni prononcer de sanction. Ceci supposait que les dossiers qui leur étaient envoyés fussent complètement élucidés par l'enquête préalable de la police, chaque fois que l'élucidation était indispensable, c'est-à-dire chaque fois qu'un dommage avait été causé et qu'une indemnisation était prévue. Il est important de dire que certaines affaires ne supposent pas d'indemnisation. Ce sont par exemple les conflits de voisinage ou les petites rixes sans blessures, situations dans lesquelles l'essentiel est de réconcilier les gens plutôt que de réparer un dommage, et ce avant que le conflit ne s'envenime et que de graves préjudices ne soient causés. Dans ce cas, la recherche des responsabilités est secondaire et le dossier peut être traité par la voie de la conciliation même si le rôle de chacun des protagonistes n'est pas clairement retrouvé par l'enquête de police.

Une fois ces règles tracées, il fallut recruter des conciliateurs. A défaut d'une autre autorité, nous magistrats qui avions mis sur pied l'institution procédâmes à leur sélection parmi les candidats qui nous avaient été proposés, et selon les critères que nous avions définis.

Il faut expliquer que la conception, la mise en place et le démarrage de la conciliation nous ont demandé dix-huit mois, de novembre 1983 à mai 1985. Entre-temps a été mise en application la législation organisant la prévention de la délinquance. On sait que dans le cadre de cette législation chaque municipalité possède la liberté de créer un Conseil communal de prévention.

Dans le courant de l'année 1984 un conseil fut créé à Valence, et nous fûmes invités à en faire partie. C'est ainsi que nous livrâmes le résultat de nos réflexions et que le Conseil nous offrit son aide, par la prospection des candidatures qui furent proposées à notre choix, et par l'offre de loger l'instance de conciliation au centre social de chaque quartier.

Après un entretien avec chacun des candidats, entretien au cours duquel il nous fut donné de cerner la personnalité de chacun, nous choisîmes ceux qui correspondaient le mieux au profil que nous avions tracé.

En mai 1985 deux instances de conciliation commençaient à fonctionner dans deux quartiers de Valence, après nomination régulière, dans les formes du décret du 20 mars 1978, des conciliateurs choisis.

Au quartier de « Fontbarlettes » qui compte 12 000 habitants l'instance comprend six conciliateurs, parmi lesquels une Algérienne et un Marocain, deux femmes et quatre hommes. Ils ont entre 26 et 45 ans. Il y a parmi eux : une ouvrière en chô-

mage, un représentant de commerce, un maçon, un professeur de l'enseignement technique, une mère de famille sans emploi et un éducateur.

Au quartier du « Plan », qui compte 6 000 habitants, l'instance comprend quatre conciliateurs, parmi lesquels deux Marocains. Ils ont entre 23 et 54 ans. Il y a parmi eux un employé de commerce, un prêtre, un ferblantier et un enseignant.

Ils fonctionnent selon la procédure qui leur a été indiquée. Des réunions périodiques avec les magistrats qui les ont choisis permettent de vérifier qu'ils ne débordent pas de la mission qui leur a été tracée, et qu'ils ne s'attribuent pas des pouvoirs qui ne sont pas les leurs. Ce contrôle s'exerce à partir d'un compte rendu qui leur est demandé dans chaque affaire. L'instance de Fontbarlettes règle environ 20 à 25 affaires par an. Celle du Plan une douzaine.

Avec le recul du temps, il nous est maintenant permis de retracer le cheminement psychologique des gens qui participent à la conciliation.

Le premier entretien avec les conciliateurs, hors la présence de l'adversaire, a un effet dédramatisant. Les conciliateurs savent écouter, et cette écoute est souvent la première chose dont les gens ont besoin. C'est le signe qu'on s'occupe d'eux, qu'on prend en considération leur détresse. Même si c'est rare, il arrive que la victime veuille aller jusqu'au bout de ses droits et refuse la conciliation. Ce n'est jamais le cas pour l'auteur qui n'a rien à gagner à l'instance judiciaire.

La rencontre entre les deux antagonistes est l'occasion d'un échange souvent violent au début, mais tempéré par la présence des conciliateurs. Les interlocuteurs ne s'adressent pas d'abord directement l'un à l'autre, mais prennent les conciliateurs à témoin. Il vient un moment où, grâce à ce subterfuge, la tension entre les gens s'est tellement relâchée qu'ils réussissent à se parler.

Intuitivement d'abord, et grâce à leur expérience ensuite, les conciliateurs deviennent à quel moment ils doivent intervenir. Alors que l'un et l'autre des interlocuteurs s'attendent à une décision imposée d'autorité, ils sont surpris d'entendre les conciliateurs leur dire que la solution leur appartient, qu'ils doivent la trouver ensemble, en parlant et en recherchant entre eux le meilleur moyen d'en terminer avec le conflit.

Souvent l'échange permet d'aller jusqu'au fond du différend et de mettre à jour de vieux griefs, d'anciens malentendus que l'absence de dialogue avait laissé s'enfouir dans les consciences. Ainsi est extirpée la cause de longues querelles, et d'un coup est vidé tout le contentieux qui a pu longtemps empêcher toute relation. L'incident qui est à l'origine de la plainte n'est la plupart du temps que l'émergence visible de ce contentieux enfoui. L'évocation soudaine entre les gens de tout ce qui les sépare permet un apurement définitif des griefs réciproques. Il n'y aura plus de raison désormais au renouvellement chronique d'incidents entre deux personnes, deux familles, deux groupes sociaux qui ont vidé pacifiquement leur querelle.

On aperçoit la différence entre le débat judiciaire tel qu'il était décrit au début de cet exposé, et l'échange devant les conciliateurs ainsi observé.

Les modalités des conciliations, librement débattues entre les parties, sont très diverses.

Lorsqu'un dommage a été causé, la convention porte sur l'engagement pris par l'auteur d'indemniser sa victime. On observe couramment que la victime, moins revendicative que lors d'un débat judiciaire, modère ses prétentions, quelquefois même y renonce tant est importante pour elle la certitude de ne pas revivre ce qu'elle a subi. On observe aussi du côté de l'auteur un engagement spontané plus frappant encore si on le compare à l'attitude du même personnage devant la justice, cherchant à fuir ses responsabilités et, après une condamnation, se déroband au paiement en se réfugiant derrière une insolvabilité alléguée, et même parfois organisée.

Lorsqu'aucun préjudice n'a été subi, dans les conflits de voisinage notamment, la solution est une réconciliation pure et simple, et l'engagement pris en commun de se comporter désormais en bons voisins, en bons citoyens, en évitant les sujets de dés-

accord ou les occasions de querelles. Les relations se renouent entre les gens et le climat social s'apaise. C'est le but même poursuivi par les conciliateurs.

Souvent les gens exigent, alors que nous ne l'avions pas prévu, qu'un document écrit scelle leur accord. Il est rédigé sous le contrôle des conciliateurs et signé de tous.

Enfin, et c'est là le plus important, les conciliateurs doivent veiller au respect des engagements contractés. Si ces engagements ne sont pas tenus, la conciliation est réputée n'être jamais intervenue, et le procureur de la République, à qui le dossier est retourné, fait reprendre à l'affaire son cheminement ordinaire.

Si au contraire chacun a tenu parole, le dossier est classé sans suite pénale au parquet.

Là encore on aperçoit la supériorité du règlement pacifique sur la décision judiciaire : le juge ne s'occupe pas de l'exécution de sa sentence, et le plaideur est souvent désarmé lorsque, titulaire d'un droit, il ne peut le faire valoir. Le conciliateur au contraire surveille l'exécution de la convention, et ne considère sa mission comme terminée que lorsque les engagements contractés ont été tenus.

Toutes ces modifications dans le comportement des gens s'expliquent par le changement de mentalité qui accompagne tout le processus de la conciliation. Dès lors que l'auteur de l'infraction sait qu'il s'engage dans une démarche où à aucun moment il ne sera situé en coupable, où aucune sanction ne viendra le punir d'un comportement qui jamais ne sera qualifié de faute, dès lors disparaît le sentiment de culpabilité qui altérerait toutes les attitudes et rendait impossible tout dialogue avec un contradicteur.

En même temps, comme s'il venait combler le vide laissé par la disparition de la crainte d'un châtement, apparaît le sens des responsabilités, la conscience que prend l'auteur, qu'il a causé un préjudice dont la réparation lui incombe.

La victime, en proie ou bien à la colère, ou plus souvent à la peur, voit ces sentiments disparaître par l'effet de la confrontation qui fait sortir son agresseur de l'anonymat. Elle pourra désormais le croiser dans la rue sans crainte ni de représailles ni de récidive.

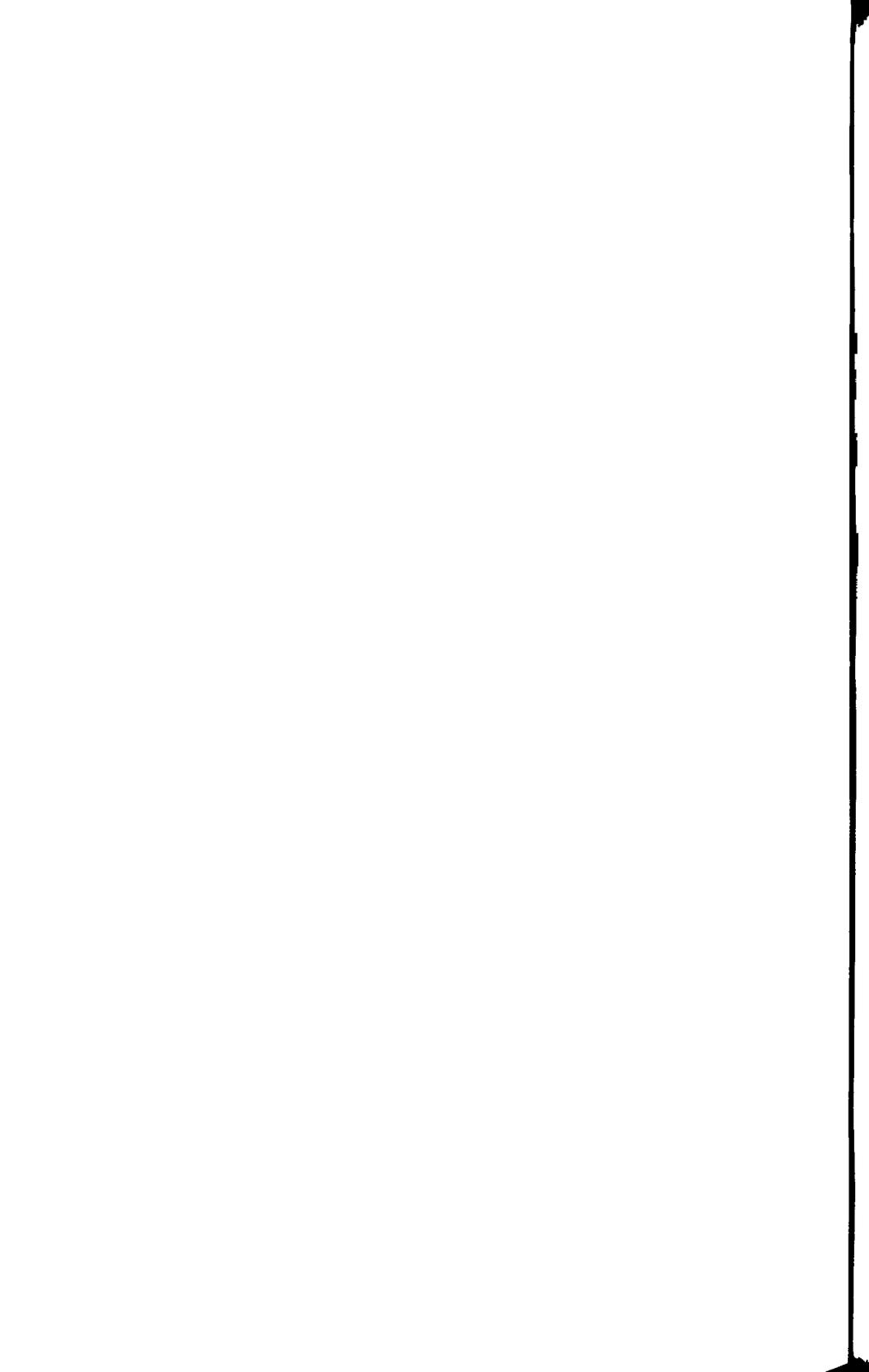
Dans la faible mesure de sa dimension, l'institution participe, avec les autres moyens imaginés par le Conseil de prévention, au recul du sentiment d'insécurité.

Ces commentaires ne sont pas des hypothèses ou des supputations imaginées à partir d'une théorie. Ce sont des observations relevées à l'examen du fonctionnement effectif d'une institution bien réelle, qui existe depuis près de cinq années. Cette institution ne cesse de s'étendre. Après les quartiers de Fontbarlettes et du Plan, celui du « Polygone » à Valence et celui de la « Monnaie » dans la cité voisine de Romans, ont été équipés d'instances de conciliation qui fonctionnent sur le même modèle. Dans une autre région du département de la Drôme, celle de Nyons, on a adapté la conciliation pénale au milieu rural en regroupant les petites communes situées dans les mêmes vallées.

Le fonctionnement de ces nouvelles structures met en évidence tout ce que la culpabilité, la sanction, l'expiation, la vengeance, la colère, amènent dans la détérioration des rapports entre les gens. Si cette détérioration est inévitable dans les affaires graves, elle porte le plus déplorable préjudice au climat social dès qu'il s'agit de petite délinquance.

Evacuer le droit pénal devient une nécessité dès qu'il apparaît que les rapports sociaux doivent prioritairement être préservés. La société a tout à gagner à cantonner la répression aux affaires les plus graves.

L'institution judiciaire ne peut tout régler. Dès lors qu'il paraît possible d'imaginer et de mettre en place d'autres modes de résolution des conflits, on peut, semble-t-il sans grand risque, ne lui réserver que les domaines où elle est seule à pouvoir intervenir.



I. — CONGRES, COLLOQUES, SEMINAIRES

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA
CONFERENCE DE LA SOCIETE POUR LA REFORME DU DROIT PENAL
(*Society for the Reform of the Criminal Law*)
(Washington, 21-25 janvier 1990)

La conférence de Washington organisée par la Société pour la réforme du droit pénal fut un succès. Pas moins de 12 pays et 159 participants ont discuté pendant quatre jours de thèmes aussi variés que les développements récents en matière de réforme du code pénal, la codification des principes de procédure pénale, les nouveaux principes en matière de détermination de la peine, etc.

Mais parlons d'abord de cette société pour la réforme du droit pénal (*Society for the Reform of Criminal Law*). C'est un organisme international à but non lucratif qui a son siège social à Ottawa (Canada) et qui s'est formé pendant l'été 1987 lors d'un rassemblement, à Londres, d'environ 200 personnes intéressées par la réforme du droit pénal au Canada, aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande, en Australie, dans divers autres pays du Commonwealth, en Europe et en Israël. La conférence de Londres est née du désir d'échanger au sujet des mouvements de réforme dans ces divers pays et du désir de créer des liens entre les personnes impliquées dans ces mouvements de réforme. A Londres, durant les trois jours de la conférence, on a fait le point sur la situation de la réforme. A la fin de la conférence, les participants ont exprimé le vœu qu'une société internationale soit créée. C'est en janvier 1988 que la Société pour la réforme du droit pénal a été officiellement mise sur pied.

Elle est le reflet de ses membres en ce qu'elle existe pour répondre aux désirs des membres et à leurs intérêts communs. D'ailleurs, le programme des rencontres est élaboré par des comités de membres de la société. C'est ainsi qu'en août 1988 il y a eu une conférence à Ottawa, dont le thème était « La réforme de la sentence et de la libération conditionnelle ». En mars 1989, à Sydney, (Australie) les membres de la société ont discuté des pouvoirs policiers et de la réforme de la procédure pénale.

En janvier 1990, la Conférence de Washington dont le thème était « La réforme du code pénal » était le prolongement de Londres, sauf que les participants y ont discuté plus à fond de la structure d'un code pénal, tant sa partie générale (principes généraux) que sa partie spéciale (les crimes).

Les délégués de la Conférence de Washington venaient de douze pays, la plupart membres du Commonwealth, avec une très forte représentation du Canada et des Etats-Unis. Israël y était représenté ainsi que la Finlande et l'Allemagne. La France qui vit à l'heure actuelle une expérience unique de réforme de son code pénal avait été invitée. Cependant, pour des raisons de conflits d'horaires, les représentants n'ont pu assister à la conférence. Les participants ont quand même pu bénéficier de l'expérience française étant donné qu'à la séance plénière du lundi matin 22 janvier 1990 un représentant canadien a exposé les grandes lignes du mouvement de réforme du code pénal en France depuis la création en 1974 de la Commission de révision du code pénal.

Cette première table ronde a permis aux délégués de réaliser que si l'idée d'une réforme du code pénal est acquise dans la plupart des pays membres de la société,

l'idée de la codification l'est moins. En effet, les pays qui ont une tradition de *common law* sont quelque peu réfractaires à l'idée de codifier le droit pénal. Ce n'est pas le cas du Canada qui a un code pénal depuis 1892, mais un code qui a un urgent besoin de rafraîchissement, selon les participants canadiens.

Durant les jours qui ont suivi, les congressistes ont discuté de la codification des principes généraux du droit pénal. Ainsi, on a longuement parlé de la codification de l'élément matériel d'un crime (*actus reus*) et de son élément psychologique (*mens rea*). On a également échangé au sujet de la codification de nouveaux principes en matière de détermination de la peine, étant donné que dans la plupart des pays de *common law* les juges possèdent une « *discretion* » assez large dans l'imposition de la peine. A cet effet, l'expérience américaine est intéressante et la séance plénière du mardi matin 23 janvier 1990 a été captivante. La Commission américaine sur la détermination de la peine a regroupé les crimes en catégories pour lesquelles on prévoit une échelle de peine. Le juge peut imposer une peine plus ou moins sévère en fonction des facteurs aggravants du crime.

Les participants ont également discuté de la redéfinition de certains crimes dont l'homicide. On s'est très vite rendu compte que le texte de ces dispositions est devenu complexe et très difficile à expliquer à un jury.

La session plénière de l'après-midi du 24 janvier 1990 a été consacrée à l'élaboration de stratégies pour que le mouvement de réforme se poursuive. L'impression qui s'est dégagée de cette séance est que la réforme d'un code se réalise s'il y a une volonté politique. La réforme ne se fera pas dans tous les pays qui y sont intéressés mais la Société continuera de donner espoir à ses membres.

En terminant, nous tenons à souligner, la participation du Procureur-général des Etats-Unis, l'honorable Dick Thornburgh Doug Lewis, aux travaux de Washington. Les deux ont donné leur appui aux mouvements de réforme du code pénal. La cinquième conférence de la Société aura lieu à Edimbourg, en Ecosse, du 5 au 9 août 1990. Elle aura pour thème : l'égalité dans l'administration de la justice pénale.

François HANDFIELD

DEFIS ET POSSIBILITES JURIDIQUES ISSUS DE LA CROISSANCE DES SERVICES D'INFORMATION ELECTRONIQUE

Conférence organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Commission des Communautés européennes
(Luxembourg, les 27-28 mars 1990)

Les problèmes juridiques soulevés par les technologies de l'information et le flux informationnel ont été analysés séparément par la Commission des Communautés européennes et par le Conseil de l'Europe. L'expansion rapide des nouvelles technologies de l'information (N.T.I.) rend nécessaire toutefois une coopération accrue entre la Commission des Communautés européennes, le Conseil de l'Europe, et les autres organisations internationales ; d'où l'organisation d'un forum destiné à mettre en lumière certains aspects juridiques essentiels d'une politique européenne des services d'information :

- criminalité informatique ;
- protection des données ;
- flux transfrontière des données ;
- accès à l'information relevant du secteur public.

La criminalité liée à l'ordinateur

Il a fallu du temps pour prendre la véritable mesure des dommages que pouvait provoquer la criminalité informatique et plus encore pour vérifier l'insuffisance de la

riposte qu'on pouvait lui opposer à partir de la panoplie traditionnelle du droit pénal classique.

Les premières sanctions pénales ont été décidées au plan national : au cours des dix dernières années plusieurs Etats, membres du Conseil de l'Europe, ont amendé de façon plus ou moins exhaustive leur droit pénal positif (Autriche, Danemark, France, R.F.A., Grèce, Liechtenstein, Norvège, Suisse).

L'analyse des expériences nationales fait apparaître des zones de convergences à partir desquelles il est désormais possible de passer du plan juridique interne à une politique européenne uniforme dans ce domaine. Les manifestations de la criminalité informatique sont les mêmes dans tous les pays industriels ; presque partout les organes de poursuites sont aux prises avec des difficultés identiques lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit pénal interne à cette nouvelle forme de criminalité ; des affaires spectaculaires impliquant des pays voisins illustrent la nécessité croissante d'une coopération internationale ; ainsi il est aujourd'hui techniquement possible de manipuler un clavier dans un pays A, pour altérer les données stockées dans un pays B, les transférer ensuite dans un pays C et y obtenir un résultat frauduleux, un paiement par exemple.

Comme le rapporte le professeur M. Mohrenschlager, le Conseil de l'Europe a écarté d'emblée l'idée d'une convention internationale, pour se limiter à présenter un certain nombre de principes extrêmement motivés destinés à inspirer les législateurs notamment dans leur proposition de réforme. L'harmonisation qui devrait en résulter au plan des réglementations nationales sera de nature à faciliter la coopération internationale. Ces principes directeurs se réfèrent à divers types de délits perpétrés en relation avec l'ordinateur, répartis sur deux listes dont l'une est minimale et l'autre facultative. La liste minimale contient les huit délits qui constituent le véritable noyau dur de la criminalité informatique et sur lesquels existe un consensus sur la portée minimale souhaitée du droit pénal.

La liste minimale couvre ainsi le domaine de la manipulation informatique (fraude informatique, faux informatique), de l'ingérence dans les ordinateurs et les dossiers (dommages affectant des données ou des programmes informatiques, sabotage informatique), de l'espionnage (accès et interception non autorisés) et des cas de copies illicites d'information de valeur en relation avec l'ordinateur (reproduction non autorisée d'un programme protégé ou d'une topographie).

La liste facultative contient des infractions pour lesquelles il n'a pas été possible d'aboutir au même consensus en ce qui concerne leur inclusion dans le domaine de la criminalité informatique ou leur évaluation sur le plan de la politique criminelle :

- altération de données ou de programmes (sans dommages) ;
- espionnage informatique (impliquant la violation de secrets économiques et commerciaux) ;
- utilisation non autorisée d'un ordinateur ;
- utilisation non autorisée d'un programme protégé.

Le droit pénal positif ne peut être appliqué que par l'intermédiaire d'une procédure pénale. Comme l'a exposé le professeur Bolle, « Coopération internationale et harmonisation de la législation sur la procédure pénale en matière de criminalité informatique », on s'est peu intéressé jusqu'à présent aux problèmes de procédure notamment ceux liés à la collecte et à l'administration des preuves dans un environnement informatique. A tort, car ces points de procédure sont importants non seulement pour la répression des délits informatiques mais aussi pour les investigations relatives aux infractions traditionnelles qui exigent de plus en plus la collecte et l'utilisation des données informatiques (particulièrement les investigations dans le secteur bancaire où la plupart des preuves sont enregistrées dans des systèmes informatiques).

Dans la plupart des pays il n'est pas facile de déterminer dans quelle mesure les pouvoirs traditionnels de contrainte peuvent être appliqués et sont suffisant pour per-

mettre des investigations efficaces dans un univers informatisé. Les données peuvent être stockées sur disques rigides ou sur des puces ; elles peuvent également être enregistrées de façon à ce que leur consultation implique la lecture sur un écran où elles défilent à flot continu ; elles peuvent enfin n'avoir aucune matérialité permanente sur un support concret : ce sont celles qui sont enregistrées dans la mémoire à tores pour très peu de temps. Il est douteux au moins dans les deux derniers cas qu'elles puissent être considérées comme ayant valeur de documents probatoires ; d'où la nécessité de réforme de la loi par laquelle serait dissipé tout doute relatif à l'assimilation des données informatiques à des documents probatoires quel que soit le support où elles sont enregistrées. Une loi uniforme entre pays en ce qui concerne les pouvoirs de contrainte dont disposent les autorités de poursuite compléterait les dispositifs inspirés des principes directeurs quant aux lois de fond et faciliterait considérablement l'entraide judiciaire internationale compte tenu de ce que l'Etat requis ne peut jamais exécuter que des mesures admises par sa propre législation.

La protection des données

Dans sa contribution (Réflexion sur une politique de protection des données pour 1992) le professeur Bing expose que les réglementations nationales ont jusqu'alors répertorié comme sensibles certains types de données personnelles, telles les informations relatives à la santé, aux convictions politiques, habitudes sexuelles des personnes pour en affecter l'utilisation de dispositions restrictives.

Dans le même temps, la tendance a été de sous-estimer d'autres types de données concernant les particuliers comme le nom, l'âge, la profession, l'adresse, qui paraissent moins relever de ces dispositions ; l'apparition de systèmes brassant de grands ensembles de données de ce deuxième type modifie les perspectives dans la mesure où de la masse de ces renseignements, apparemment insignifiants pris isolément, il va désormais être possible de développer des « profils de personnalité et mettre en place des surveillances particulières » ; c'est le phénomène des « traces électroniques » : caméras de surveillance, badges de sécurité, autocommutateurs permettent d'accumuler des informations jugées sensibles sur le comportement des personnes concernées ; les exemples ne manquent pas de cas où il a été possible à partir de traces électroniques de cibler des groupes de personnes à risques ou susceptibles de tomber sous le coup de sanctions sociales ou légales ; tout membre de tels groupes est désormais présumé suspect à charge pour lui de démontrer le contraire ; il est facile de voir que de façon insidieuse c'est la présomption d'innocence, pilier de l'Etat de droit, qui se trouve ainsi mise en cause. Traditionnellement la protection des données a été envisagée sous un angle strictement individualiste ; au vu des développements actuels de la technologie, la personne à protéger devrait désormais être reconsidérée au moins autant comme partie prenante du groupe ayant comme telle vocation et intérêt à contrôler l'utilisation qui est faite par la société de ces « données de groupe ». C'est ce que le professeur Bing désigne sous l'appellation de « groupe privacy » qui reste à promouvoir comme reste à créer « un savoir-vivre » qui imposerait des limites à l'utilisation de telles données ; il s'agit d'un débat important ; en effet à l'échéance 1992 le relâchement des contrôles traditionnels aux frontières va nécessairement s'accompagner d'un renforcement des surveillances à base d'échange des données électroniques comme en témoignent les anticipations liées à l'accord de Schengen.

Les flux transfrontières de données

Après la déclaration des Etats membres de l'O.C.D.E. (avr. 1985) la Convention du Conseil de l'Europe pose le principe de la liberté des flux transfrontières des données à caractère personnel. L'article 12 dispose à cet effet « une partie ne peut pas aux seules fins de la protection de la vie privée interdire ou soumettre à une autorisa-

tion spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre partie ».

L'application n'en est pas pour autant évidente. D'abord tout pays non-partie à la Convention peut se voir opposer des restrictions ; ensuite et surtout l'article 12 de la Convention offre aux Etats signataires des facultés de dérogations dont on a pu dire qu'elles étaient susceptibles de transformer la Convention de 1981 en un texte d'application à géométrie variable... Comme l'a écrit un auteur, alors que le marché de l'information est en train de devenir définitivement international, on ne sait toujours pas contrôler les flux transfrontières de données. Aussi bien, en attendant que les pays se dotent d'une législation *ad hoc*, le Conseil de l'Europe en accord avec la Commission des Communautés européennes et la Chambre de commerce internationale ont lancé des consultations auprès de trois cabinets d'avocats internationaux dans le but de mettre au point des clauses contractuelles qui permettraient notamment de protéger les tiers au contrat. C'est l'alternative contractuelle analysée en détail par le professeur Napier et qui a déjà été mise en oeuvre : quand la CNIL a refusé que Fiat-France transfère le fichier de ses cadres et ingénieurs à Turin, la difficulté a été résolue par un contrat qui garantit aux cadres expatriés en Italie les mêmes droits qu'en France.

L'ouverture des fichiers publics

Les administrations collectent de manière régulière et systématique des données et des informations de base dans le cadre de leurs missions. Ces collections de données ont une valeur au-delà de leurs utilisations par les administrations. D'où l'idée de s'en servir pour inciter le secteur privé à créer des services commerciaux et ainsi donner une impulsion nouvelle au marché de l'information. Les Etats membres de la C.E.E. viennent de s'accorder sur un certain nombre de recommandations qui, sans être contraignantes, devraient aider les pays à établir une doctrine en matière de cession des données publiques. L'article 1 de ces « lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information » dispose : « les organismes publics devraient autant que possible, et sous réserve de la protection des intérêts publics et privés, rendre possible l'utilisation par le secteur privé et l'exploitation par l'industrie de l'information de ces données et informations de base sous la forme de services électroniques d'informations ».

La définition d'un régime juridique de la commercialisation de données administratives pose entre autres questions celle des conditions d'utilisations qui seront imposées aux cessionnaires, en tenant compte notamment de la nécessaire protection des données personnelles. Comme l'analyse le professeur H. Burket, au terme de son rapport intitulé « *Public Sector Information and the Private Sector Information Market* », deux séries de libertés sont en cause ici, liberté économique et défense de la vie privée.

La résolution de ce conflit entre libertés concurrentes pourrait être recherchée, selon l'auteur, sur la base du consentement de la partie qui a fourni initialement l'information au secteur public, avec recours possible en cas de désaccord à des procédures prévues à l'avance sous la supervision des autorités publiques ainsi que cela se pratique au Québec.

Le rapide « état des lieux » auquel il vient d'être procédé sous ces différentes rubriques donne l'impression d'un droit en chantier perpétuel mais en retard d'une ou plusieurs évolutions par rapport au développement exponentiel des N.T.I.

Mme Pitrat qui l'a fortement marqué dans son introduction (« Les défis juridiques créés par les nouvelles technologies de l'information ») a été ainsi amenée à proposer, pour y faire face, la mise au point de nouvelles méthodes de création du droit :

— conception d'une nouvelle race de textes à savoir un droit évolutif sur la base de principes généraux simples auxquels viendraient s'ajouter des modules au fur et à mesure des progressions dans le domaine ;

- développement des possibilités de la technique contractuelle ;
- mise en place de systèmes de conception assistés par ordinateur qui aideraient le juriste à concevoir des textes ;
- réaménagement des circuits de production du droit avec acceptation de l'idée d'un droit expérimental.

Guy PIBOULEAU

II. — BILAN D'ACTIVITE D'ORGANISMES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX

XVIII^e CONFERENCE DE RECHERCHES CRIMINOLOGIQUES :

LA PRIVATISATION DU CONTROLE DE LA CRIMINALITE*

(Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21-24 novembre 1988)

Le Conseil de l'Europe a retenu le thème de la privatisation du contrôle de la criminalité dans le cadre de sa XVIII^e Conférence de recherches criminologiques (21-24 nov. 1988). Cette conférence a été précédée de rapports émanant d'un groupe de travail présidé par le professeur E. Hall Williams (Grande-Bretagne). En sa qualité de rapporteur général, le professeur H. Jung (R.F.A.) a préparé le rapport introductif dégageant les traits essentiels du sujet¹. Le professeur U. Rosenthal et le docteur B. Hoogenboom (Pays-Bas) ont analysé le sujet sous l'angle de la science politique en général, en concrétisant la matière sur le plan de la détection du crime². M. F. Ocqueteau (France) a prolongé cette réflexion d'un point de vue sociologique³. Le professeur S. McConville (U.S.A.) a traité le sujet sous l'angle du système pénitentiaire⁴ et a fait part des expériences américaines en la matière.

Des experts des divers Etats membres du Conseil de l'Europe ont assisté et pris une part active à la conférence. Celle-ci a émis des recommandations et des conclusions détaillées⁵. Le rapport général présenté par le professeur Jung a clos les travaux⁶.

A la suite d'un bref exposé historique, M. Jung releva les liens existant entre la mise en place d'un système étatique de lutte contre la criminalité et l'apparition de l'Etat moderne monopolisant le pouvoir d'une part, et garantissant les droits des individus d'autre part. Plus généralement, les positions des rapporteurs nationaux ont montré que des conceptions divergentes de l'Etat aboutissaient à des politiques différentes de lutte contre la criminalité, conceptions divergentes qui rejaillissent aussi sur la question de la privatisation.

* Le présent compte rendu a été établi uniquement sur la base des rapports écrits.

1. « La privatisation de la lutte contre la criminalité », *Rapport introductif, XVIII^e Conférence de recherches criminologiques*, PC-CRC (88) 33, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.

2. Privatisation du contrôle de la criminalité. « La privatisation et la commercialisation du contrôle de la criminalité : quelques questions fondamentales, eu égard notamment à l'évolution des Pays-Bas », *Rapport à la XVIII^e Conférence de recherches criminologiques*, PC-CRC (88) 31, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.

3. La privatisation du contrôle de la criminalité. « Dans quelle mesure peut-on privatiser les services de prévention et de détection ? Quels problèmes spécifiques cela pourrait-il poser à cette partie du système de justice criminelle ? », XVIII^e Conférence de recherches criminologiques, PC-CRC (88) 25, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1988.

4. Privatisation du contrôle de la criminalité. « La privatisation des services pénitentiaires », *Rapport, XVIII^e Conférence de recherches criminologiques*, PC-CRC (88) 28, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.

5. Privatisation du contrôle de la criminalité. Conclusions et recommandations, PC-CRC (88) misc. 1 rév., Conseil de l'Europe, Strasbourg 1988.

6. La privatisation du contrôle de la criminalité. *Rapport général*, PC-CRC (88) 34, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1988.

M. Jung présenta les problèmes de définition liés à la notion de privatisation (modèle participatif ou stratégie économique) que l'on retrouvera dans les rapports des autres intervenants. Les modalités de privatisation en général furent présentées par MM. Rosenthal et Hoogenboom sous forme d'une liste exhaustive (vente, concession et abandon pur et simple).

Parmi les arguments favorables à une privatisation ont pu être relevées des tendances préconisant une conception du secteur public davantage orientée vers une analyse qualitative (analyse coût-avantage) et économique. Ainsi, du point de vue des recettes, la privatisation permettrait de nouvelles ressources de manière plus rapide et flexible en offrant des services plus efficaces, arguments qui ont été avancés par M. McConville.

Quant à la privatisation de la police, M. Ocqueteau a souligné le caractère ambivalent des initiatives privées d'autoprotection : celles-ci, correspondant à une prise de responsabilité, devraient être encouragées. Le rapporteur a cependant émis des réserves au sujet des groupes de milice privée, lorsqu'ils organisent la vengeance privée. Aussi, l'expérience française des mouvements d'autodéfense ne pourrait pas être conçue comme un cas de privatisation, car leur objectif serait surtout de faire pression sur les pouvoirs publics afin de renforcer la répression par la police.

En ce qui concerne les catégories de consommateurs, les rapporteurs ont pu constater que cette clientèle était surtout constituée d'organisations de grande taille et plus particulièrement d'organisations privées. Celles-ci seraient surtout motivées par la recherche de solutions économiques (dissuasion, restitution, licenciement) permettant de diminuer les pertes conséquentes aux agissements frauduleux. Dans le contexte anglo-américain, cette ascension serait telle que des théories envisageant la sécurité privée comme simple auxiliaire (« *private adjunct* », « *Junior partner* ») seraient désormais dépassées (M. Ocqueteau, MM. Rosenthal et Hoogenboom). De plus, les auteurs relevèrent que les territoires d'intervention des organisations privées et publiques seraient brouillés du fait de l'émergence d'une propriété privée de masse. Le secteur privé contrôlerait ainsi des espaces ne pouvant plus être qualifiés de purement privés car ils sont librement accessibles au public.

Les auteurs furent unanimes pour souligner l'importance de la question du contrôle et de la responsabilité des services de sécurité privée et pour dénoncer les dangers d'une nouvelle féodalisation du système de contrôle de la criminalité. Sur les bases de ses informations, la conférence a déploré le manque d'études portant sur les types et les domaines des services de sécurité privés en particulier sur l'interaction entre les services publics et privés.

Selon M. McConville, les pouvoirs publics américains ont confié la gestion d'un nombre très limité de prisons au secteur privé. En Europe, la participation privée s'est jusqu'à présent limitée à certains services spécialisés, mais elle s'est davantage développée dans le milieu ouvert. La plupart du temps, ce sont d'ailleurs des organismes à but non lucratif qui sont chargés de ces activités, alors que la participation d'entreprises privées serait également envisageable en Europe.

Les objections qui furent présentées sont principalement les suivantes :

- la privatisation poserait des problèmes d'autorité juridique, de délégation et de responsabilité ;
- un système de contrôle et de surveillance serait nécessaire. Les contrats devraient être rédigés de manière très détaillée ;
- la politique pénale globale (par exemple favorable à la décriminalisation) pourrait se voir entravée par l'expansion d'un marché privé ;
- le secteur privé pourrait abaisser le niveau des prestations ou avoir tendance à choisir des pensionnaires plus dociles.

De toute manière la conférence a souligné l'importance de la responsabilité ultime des autorités publiques et du contrôle démocratique des formes de privatisation,

l'impact des garanties de droit constitutionnel et des droits de l'homme, ainsi que du principe d'égalité et de solidarité.

La XVIII^e conférence de recherches criminologiques a permis de faire le point sur les tendances et les préoccupations actuelles dans le domaine de la privatisation du contrôle de la criminalité. Malgré la valeur des arguments présentés, certains travaux supplémentaires semblent nécessaires, afin que l'on puisse mieux apprécier l'intérêt et la portée de la privatisation. Les intervenants ont d'ailleurs précisé que d'autres moyens d'améliorer les mécanismes de la justice pénale ne devaient pas être écartés.

Alexandra ROHMERT

III. — DROITS ETRANGERS

BLANCHIMENT D'ARGENT

LES NOUVELLES SOLUTIONS LEGALES SUISSES

I. — *La nouvelle stratégie de lutte internationale contre le crime organisé*

Pecunia nunc olet. Cette maxime qui, en substitution de l'adage romain *pecunia non olet*, définit la nouvelle stratégie internationale contre le crime organisé, à partir du 1^{er} juillet 1990 acquiert sa validité aussi pour la Suisse. Il s'agit de la date à partir de laquelle sont entrés en vigueur les deux nouveaux articles du code pénal suisse approuvés unanimement le 23 mars 1990 par le Parlement pour combattre le blanchiment d'argent. Il ne s'agit que d'une partie de la stratégie globale adoptée aussi par les autorités suisses dont nous ne mentionnons que les volets les plus importants :

- révision du code pénal suisse pour y introduire la punissabilité des nouvelles formes de criminalité (blanchiment d'argent, participation au crime organisé, punissabilité de la personne morale) ainsi que pour améliorer l'efficacité de la confiscation du produit d'une infraction (par la révision de l'article 58 et suivants du code pénal suisse) ;

- mesures complémentaires de nature administrative, dont sont actuellement à l'étude l'introduction de l'obligation de la déclaration à l'importation de sommes en espèces supérieures à la valeur de 100 000 F suisses ainsi que le renforcement de la coopération de la part des banques et sociétés financières, moyennant l'introduction du droit d'information ou de l'obligation d'information en cas de paiements suspects.

- Il s'y ajoute aussi une ordonnance pour la réglementation du commerce de billets de banque ;

- renforcement de l'entraide judiciaire internationale, notamment moyennant la révision de la loi fédérale concernant l'entraide internationale en matière pénale.

Grâce aux nouvelles normes, qui ont été approuvées ou qui sont actuellement à l'étude, le gouvernement suisse a déjà pu déclarer qu'il ne voyait pas d'obstacles majeurs à l'adhésion totale aux 40 recommandations établies par le GAFI ainsi qu'à l'adhésion à la Convention internationale de Vienne contre le trafic de stupéfiants, aux recommandations établies par le Groupe des Dix en matière bancaire ainsi qu'à la Convention européenne pour le renforcement de la coopération en matière de confiscation actuellement en élaboration à Strasbourg.

II. — *Le mécanisme suisse anti-blanchiment (art. 305 bis et art. 305 ter c. pén.)*

Du point de vue systématique il faut tout d'abord remarquer que les deux nouveaux articles ont été insérés dans le code pénal suisse et non dans une loi spéciale, comme

il a été le cas dans le système législatif de quelques autres pays. Cette solution a pour effet que les valeurs patrimoniales qui peuvent constituer l'objet de l'infraction définie comme blanchiment d'argent peuvent provenir non pas seulement du trafic international de stupéfiants mais aussi de toutes sortes d'autres infractions graves, comme c'est le cas, notamment, du trafic illicite d'armes, de la corruption, de la traite des femmes et des mineurs, de tout commerce de marchandises falsifiées ainsi que des infractions contre le patrimoine.

Les deux articles ayant été placés sous le titre des infractions contre l'administration de la justice, l'enrichissement illégitime de l'auteur ne représente pas un élément constitutif de ces infractions.

Les deux normes se distinguent par les éléments suivants :

— les destinataires, car l'article 305 *bis* s'adresse à chaque citoyen tandis que l'article 305 *ter* ne peut concerner que les personnes appartenant à une catégorie professionnelle déterminée, celle des opérateurs financiers ;

— la conduite punissable qui, d'après l'article 305 *bis*, est définie d'une façon générale, tandis que celle qui est punissable d'après l'article 305 *ter* est définie d'une façon exhaustive et très circonscrite ;

— l'élément subjectif, car bien que ces deux normes ne soient punissables que si elles sont commises intentionnellement il faut tout de même reconnaître que l'élément subjectif de l'article 305 *ter* se rapproche de la négligence dans une mesure telle que dans le projet de loi on a utilisé le terme de « quasi-négligence ».

En ce qui concerne les concours de lois, l'article 305 *ter* fait office de « relais », lorsque le blanchiment d'argent intentionnel (y compris la variante du dol éventuel) ne peut être prouvé. Lorsque les deux états de fait sont remplis par la même conduite illicite, ce n'est que l'article 305 *bis* qui est applicable d'après le principe du concours imparfait de lois.

III. — *Le blanchissage d'argent (art. 305 bis c. pén. suisse)*

1. Eléments constitutifs objectifs

Malgré que la note marginale ne mentionne que le blanchiment d'argent, en réalité la norme définit l'objet de la conduite punissable d'une façon très étendue, en utilisant le terme de « valeurs patrimoniales ». Cette définition couvre outre les devises et l'argent de n'importe quelle forme, également les titres, les droits de créance en général, les métaux et les pierres précieuses, ainsi que toutes les autres sortes de biens meubles et même les immeubles et les droits qui leur sont attachés. Ces valeurs patrimoniales doivent provenir d'un crime, c'est-à-dire d'une infraction qui soit passible de la réclusion d'un an au minimum (art. 9 c. pén. suisse).

D'après la nouvelle norme, la conduite punissable est constituée par tout acte propre à entraver deux formes d'activité de l'autorité judiciaire pénale : l'identification de l'origine ainsi que la découverte de valeurs patrimoniales d'un côté et, d'autre côté, la confiscation de valeurs patrimoniales.

L'infraction a été conçue en tant que délit de mise en danger : l'attitude abstraite suffit déjà. D'après le message, le simple versement de fonds sur un compte ainsi que la transformation d'espèces en monnaie scripturale peuvent constituer des actes punissables.

La norme n'exige pas l'ouverture d'une procédure de confiscation concrète : la punissabilité de l'entrave se fonde sur la confiscabilité abstraite. Par confiscation on n'entend que la mesure qui peut être adoptée par l'autorité judiciaire pénale, suisse ou étrangère. La saisie adoptée au cours d'une procédure judiciaire pénale est aussi comprise dans la définition de confiscation.

2. Eléments constitutifs subjectifs

Le blanchissage n'est punissable que s'il est commis intentionnellement. L'intention peut aussi revêtir la forme du dol éventuel, dans la mesure où il a envisagé l'origine criminelle des valeurs patrimoniales, tout au moins comme variante possible, et qu'il a malgré tout commis l'infraction. L'intention doit se rapporter à l'origine criminelle ainsi qu'au lien objectif de connexité avec l'entrave qui est imputée à l'auteur. Il n'est pas nécessaire que celui-ci connaisse la notion juridique exacte de l'infraction principale. Il suffit qu'il la considère comme plus grave qu'un simple méfait. Le dessein d'enrichissement n'est pas nécessaire.

Avec la formule « savait ou devait présumer » a été adopté le texte typique des normes qui punissent le recel.

3. Sanctions

Le peine prévue pour le blanchiment d'argent est celle de la détention de trois jours à trois ans ou de l'amende jusqu'à 40 000 F suisses. La peine peut être augmentée jusqu'à cinq ans et cumulée avec l'amende jusqu'à 1 million de F ou plus lorsque l'auteur a agi dans des conditions qui satisfont alternativement l'une des trois modalités aggravées de l'infraction.

4. L'infraction principale commise à l'étranger

Comme il arrive souvent, l'infraction antérieure ou principale a été commise à l'étranger, tandis que le blanchissage d'argent a été commis en Suisse. S'agissant d'une infraction contre l'administration de la justice, le blanchissage n'aurait été punissable que lorsque une infraction principale aurait été commise exclusivement sur le territoire suisse, si le législateur n'avait pas prévu la solution spéciale qui a été explicitée à l'article 305 *bis* chiffre 3.

IV. — *Défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305 ter c. pén.)*

1. Nature de la norme

Pendant tous les travaux législatifs la discussion a porté sur l'opportunité de la punissabilité du blanchiment d'argent aussi dans le cas dans lequel il aurait été commis par négligence. Cette solution a été repoussée par le projet du gouvernement ainsi que par le Parlement. La solution qui a été préférée a été celle de prévoir une norme pénale qui garantit le respect des devoirs de diligence dans le secteur financier. Il s'agit d'un délit abstrait de mise en danger qui sanctionne la violation d'une obligation absolue et abstraite. En effet, cette obligation doit être respectée même dans le cas où les valeurs patrimoniales en question ne sont pas d'origine illicite.

2. Personnes punissables

La définition de l'auteur englobe toutes les personnes qui exercent une activité dans le secteur financier. Outre les banques et les institutions financières, elle désigne également les fiduciaires, les conseillers en placement, les gérants de fortunes, les administrateurs financiers, les agents de change, les marchands de métaux précieux et les avocats d'affaires. L'activité en question doit être exercée à titre professionnel et pour le compte de tiers.

3. Conduite punissable

Le comportement punissable est constitué par une omission de l'identification non pas seulement du cocontractant direct, mais également de l'ayant droit économique, c'est-à-dire le client effectif, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une seule et même personne.

La notion de « ayant droit économique » émane de la convention de diligence des banques suisses du 1^{er} juillet 1977-1^{er} juillet 1987 et a été reprise par la recommandation n° 13 du GAFI.

4. Eléments constitutifs subjectifs

Cette infraction n'est punissable que si elle est commise intentionnellement. Malgré cela, le message prévoit que cette norme « vise également celui qui néglige consciemment ces obligations en refusant de voir ». Cette indication interprétative veut tenir compte du fait que le système le meilleur pour échapper à une poursuite pénale consiste, de la part du blanchisseur d'argent, à fournir des renseignements faux voire insuffisants ou à ne pas en fournir du tout. Du côté de l'opérateur financier malhonnête, le meilleur système consiste dans la renonciation *a priori* à demander des renseignements.

Il faut rappeler que, dans le cas où les vérifications conduites par l'opérateur financier permettent de présumer que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle, celui-ci doit s'abstenir de toute transaction, faute de quoi il sera coupable de blanchissage d'argent intentionnel et sera donc punissable d'après l'article 305 *bis* du code pénal suisse.

5. Sanctions

La sanction est l'emprisonnement pour une année ou plus, les arrêts jusqu'à trois mois ou l'amende jusqu'à 40 000 F suisses. Si elle peut paraître relativement modeste, il faut aussi considérer qu'une condamnation est susceptible d'entraîner à la charge de l'opérateur financier des conséquences disciplinaires et patrimoniales importantes. En effet, une telle condamnation pourrait entraîner le retrait de l'autorisation d'exercer la profession à l'égard des opérateurs financiers qui travaillent à l'intérieur d'une banque ou à l'intérieur d'une société autorisée.

Conclusion

Il est indéniable que les deux nouvelles normes du code pénal suisse ouvrent une perspective fondamentalement nouvelle dans le système pénal suisse.

Au vu du caractère très spécial de ces infractions et, par conséquent, des techniques d'enquête, beaucoup de l'efficacité de ces normes dépendra de la capacité des autorités judiciaires d'adapter leur structure et leurs moyens aux spécificités de ces nouvelles formes de criminalité. Nous nous référons notamment à la capacité de conduire d'une façon expéditive et approfondie le *paper-tracing* au niveau national ainsi qu'au niveau international. Un instrument simple mais qui permettrait un progrès important serait constitué par l'adoption par toutes les autorités judiciaires européennes d'une formule identique pour les demandes d'entraide tendant à la reconstruction du flux international d'une valeur patrimoniale.

De cette façon on pourrait assurer que l'autorité d'enquête fasse des demandes complètes et, d'un autre côté, que l'autorité requise puisse les exécuter d'une façon aussi complète.

Ce n'est que l'une des multiples raisons qui justifient l'intensification des rencontres de caractère technique au niveau international entre représentants expérimentés des autorités judiciaires et des milieux financiers concernés.

Bibliographie

— Message du Conseil fédéral suisse concernant la législation sur le blanchiment d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières du 12 juin 1989 (n° 89043) (disponible auprès de la Centrale fédérale des imprimés, Chancellerie fédérale, 3003 Berne).

— Urs Zulauf, *Die Eidgenössische Bankenkommision und Geldwäscherei, in Recht* 7 (1989) p. 79 et s.

— Commission fédérale des banques, Berne, *Rapport de gestion*, 1989, p. 168 et s.

— Convention relative à l'obligation de diligence des banques, Association suisse des banquiers, Bâle, 1^{er} juillet 1987.

— *Die neue Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten der Banken, in Wirtschaft und Recht*, 1987, p. 145 et s. (Sonderheft).

— Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), Rapport, Paris, 7 févr. 1990.

— *Annexe* : texte des articles 305 bis, 305 ter du code pénal suisse.

Annexe

Code pénal suisse

(Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières)

Nouvelles normes approuvées le 23 mars 1990

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du 12 juin 1989¹⁾,

arrête :

I

Le code pénal suisse²⁾ est modifié comme il suit :

Art. 305 bis (nouveau)

Blanchissage
d'argent

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales, dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime,

sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté sera cumulée avec une amende d'un million de francs au plus.

Le cas est grave, notamment lorsque l'auteur :

a. Agit comme membre d'une organisation criminelle ;

b. Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchissage d'argent ;

c. Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en se livrant au blanchissage d'argent par métier.

3. L'auteur sera également puni lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et qu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été perpétrée.

Art. 305 ter (nouveau)

Défaut de vigilance en matière d'opérations financières

Celui qui, professionnellement aura accepté, conservé, aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales d'un tiers et qui aura omis de vérifier, conformément à la vigilance requise par les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.

Paolo BERNASCONI

A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. — THEORIE DU DROIT ET POLITIQUE CRIMINELLE

Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit, par Michel van de Kerchove et François Ost, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 pages.

L'ambition de ce nouvel ouvrage de MM. Ost et van de Kerchove est de sortir des descriptions traditionnelles des techniques d'interprétation en droit afin de proposer une « théorie analytique » des directives que doctrine et jurisprudence se donnent pour interpréter les textes juridiques. La notion de « directive d'interprétation », envisagée d'un point de vue théorique et non normatif, est conçue comme « une raison militant en faveur d'un type de solution sans pour autant contraindre à une décision particulière » (p. 29). En ce sens, elle exerce une fonction heuristique de guide dans la découverte du sens de la norme juridique.

La théorie avancée par les auteurs distingue deux catégories de directives selon qu'elles sont « constitutives » ou « méthodologiques ». Les premières concernent la définition de l'activité juridique d'interprétation (directives de compétence et de procédure). Les secondes affectent le raisonnement lui-même (directives linguistiques, systémiques, de préférence...). Loin de privilégier telle ou telle technique, leur mise en oeuvre révèle une démarche souple, pragmatique et combinatoire, une « navigation à l'estime » entre les écueils opposés de la sujétion du texte et de la libre invention du droit. Cette démarche, d'essence dialectique, évoque la jurisprudence romaine oscillant entre l'interprétation « *ex verbis* » et interprétation « *ex sententia* », entre le respect de la formule légale et la recherche du sens utile, entre la lettre et l'esprit.

Trois séries jurisprudentielles sont interrogées à partir de cette fonction d'orientation et de justification exercée par la directive d'interprétation.

L'examen des directives consacrées par la doctrine et la jurisprudence en matière civile fait apparaître trois modèles d'interprétation (exégétique, fonctionnel et éclectique) où domine la *directive systémique*, celle qui propose le raisonnement le plus intégrateur et la reconstruction la plus congruente de l'ordre juridique comme l'indiquent certaines formules récurrentes (« il résulte de l'économie de la législation... » « il est de principe que les dispositions d'une loi doivent s'interpréter les unes par les autres... »). La jurisprudence belge n'a pas hésité par exemple à assimiler, en cas de licenciement, le statut de délégué du personnel et celui de candidat non élu au motif que, même si le texte ne le précise pas, « le système juridique réserve un traitement analogue au délégué et au candidat » (p. 135). Ainsi comprises, les directives sont les instruments d'un jeu où l'interprète est convié à recomposer, par touches successives, l'unité de la trame du discours juridique et plus largement la cohésion de l'ordre social. (1^{re} partie rédigée conjointement par les auteurs).

La matière pénale offre la même diversité de méthodes ce qui peut paraître paradoxal compte tenu du principe d'interprétation stricte des textes répressifs. En modelant et complétant largement un droit au moyen de toute la gamme des directives d'interprétation selon l'objectif qu'il veut atteindre (individualisation de la peine, incriminations étendues...), le juge s'éloigne de la description classique d'un droit pénal

« odieux », « asymétrique », « autonome » et « légaliste ». La fréquence des cas d'extension de l'incrimination — le vol, en particulier, souvent élargi à des soustractions frauduleuses non prévues par la loi (courant électrique, retraits par carte bancaire, programmes informatiques...) — le montre amplement. Le raisonnement suivi peut-être téléologique (il convient d'adapter « une disposition pénale à l'évolution de la conscience sociale et aux besoins répressifs nouveaux ») ou même analogique — même s'il est rarement nommé comme tel (« si après la mise en vigueur de la loi, des faits se manifestent qui entrent dans sa formule, la loi les punira alors même que le législateur au moment où il le faisait était dans l'impossibilité de les pressentir ») (2^e partie rédigée par M. van de Kerchove).

Mais il est probable que c'est le choix des méthodes d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme qui témoigne du dynamisme de la notion de directive. Ici dominant les *directives téléologiques*. Le texte de la Convention est conçu comme ayant jeté les bases d'une loi commune et évolutive qui transcende les intérêts nationaux et doit sans cesse être réinterprété par le juge européen. Il s'agit de protéger les droits « concrets et effectifs », de veiller à un rapport de proportionnalité entre la mesure étatique adoptée et le but légitime visé et surtout de respecter un « standard de légitimité démocratique » comme le souligne avec netteté une formulation plusieurs fois reprise : « Dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition » (arrêt *Delcourt*, 17 janv. 1970). Dans sa recherche d'un équilibre dynamique entre les souverainetés nationales et les légitimes revendications individuelles, entre la logique centrifuge (celle de la « marge nationale d'appréciation ») et la logique centripète (celle du contrôle européen) la Cour veut faire prévaloir, dans le cadre tracé par la Convention, une méthode d'interprétation qui est en fait une véritable politique juridique (3^e partie rédigée par M. Ost).

Ce qui se joue, au fond, dans le jeu des directives d'interprétation est la place occupée par les acteurs du système juridique telle que la révèle le mode de raisonnement adopté. Les auteurs soulignent ce point fondamental dès leur avant-propos (p. 12-13), au cours de l'étude sur les jurisprudences civile et pénale (p. 147 et 233) avant d'y revenir au terme du chapitre consacré à la Cour européenne des droits de l'homme (p. 322 notamment). Croire à une liberté totale de l'interprète ou à la souveraineté absolue du législateur serait illusoire. A travers « l'éclectisme de la jurisprudence » ou « le pragmatisme des juges » se noue un dialogue dont l'enjeu perpétuellement reformulé est au centre de la pensée juridique occidentale. La loi y apparaît moins comme l'expression d'un législateur rationnel et souverain que d'une « volonté raisonnable » dont on présume la cohérence avant d'en déduire les applications possibles. L'interprétation créatrice de droit naît d'une pratique de la controverse qui se dégage d'une logique binaire d'opposition ou d'exclusion (la lettre *ou* l'esprit, la lettre *contre* l'esprit...) pour mieux associer, entre la lettre *et* l'esprit, le développement du droit à la cohérence du système. Ainsi le droit se perpétue...

Denis SALAS

L'insécurité : la crise des mécanismes de régulation sociale, par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt en collaboration avec Nicole Schmutz, Réjane Bonafé-Schmitt, Lyon Groupe lyonnais de sociologie industrielle, Atelier de sociologie juridique, Université Lumière, Lyon II, 1989, 285 pages ronéotypées et annexes.

L'objet de cette recherche repose sur l'étude du sentiment d'insécurité, analysé comme une des manifestations de la crise de nos systèmes de régulation sociale. J.-P. Bonafé-Schmitt est parti de l'hypothèse que cette crise des mécanismes de régulation n'était pas le résultat de simples dysfonctionnements de l'appareil étatique, dans ses composantes judiciaires ou policières, mais était le révélateur de l'existence d'une

crise profonde dans les rapports entre Etat et société civile. Dans cette perspective, l'étude tente de montrer que le sentiment d'insécurité est un phénomène complexe qui traduirait une réaction de peur face à la rupture d'un certain ordre social, de la crise des modes de régulation, dont les signes les plus visibles sont la délinquance, le vandalisme, mais aussi toute une série de comportements, d'attitudes comme l'attroupement de jeunes dans certains lieux, des rixes sur la voie publique, des scènes de disputes familiales, d'ivresse...

Dans le cadre de cette recherche l'auteur s'est centré sur l'analyse des modes de régulation de ce phénomène d'insécurité, à partir d'une approche comparative, en faisant l'hypothèse qu'il n'existe pas un mode de régulation mais des modes de régulation liés à des perceptions et à des manifestations différentes du « sentiment d'insécurité ». C'est pour cette raison qu'il a été accordé une attention particulière à la dimension environnementale pour vérifier l'existence de modes différenciés de régulation, en choisissant, notamment, des quartiers aux caractéristiques bien marquées aussi bien en matière de bâti, que de population appartenant à deux grandes agglomérations celles de Lyon/Vénissieux en France et de Boston/Dorchester aux Etats-Unis.

L'auteur à travers l'étude du fonctionnement de l'institution judiciaire et de la police a pu saisir la réalité de cette crise des mécanismes traditionnels de règlement des conflits. En effet, ces deux institutions, pour des raisons multiples, connaissent de plus en plus de difficultés pour répondre à la demande sociale car ses moyens d'intervention se révèlent de plus en plus inadaptés face à l'évolution et à la complexité des rapports sociaux. C'est surtout vrai dans les « quartiers défavorisés » comme celui des Minguettes à Vénissieux où l'on mesure le mieux les effets de cette désorganisation sociale, car l'analyse de la nature des interventions de la police, à partir de l'étude des mentions des « mains courantes », démontre que dans la très grande majorité des cas celle-ci est sollicitée pour gérer l'ensemble de ces événements, allant du conflit familial, à l'arrestation d'un voleur à la roulotte, en passant par le déclenchement des « hurleurs ». Sur le plan quantitatif, cette activité de régulation de la police est importante et l'on ne peut ignorer que le sentiment d'insécurité se nourrit le plus souvent de l'accumulation de ces petits événements qui désorganisent la vie sociale. Contrairement à beaucoup d'idées reçues, ce ne sont pas les meurtres ou les attaques de banques à main armée, qui sont les principaux vecteurs de ce sentiment d'insécurité, mais plutôt la multiplication d'un certain nombre de petites infractions, comme les vols à la roulotte, à la tire, les actes de vandalisme... ou encore d'événements à coloration plus ou moins pénale comme les différends familiaux ou les attroupements de jeunes dans les allées d'immeubles. On retrouve aussi une autre manifestation de ce sentiment d'insécurité dans ces 20 % d'interventions de la police qui sont qualifiées de « fausse alerte » dont une bonne part, si l'on excepte les déclenchements intempestifs des systèmes d'alarme, est motivée par le signalement de personnes ou véhicules prétendument suspects.

L'étude des statistiques policières, et plus précisément des mains courantes, a permis de montrer, à partir d'une approche comparative, que la question de l'insécurité est un phénomène complexe lié à des perceptions et à des manifestations différentes de ce sentiment d'insécurité en fonction des quartiers étudiés. Ainsi contrairement à des idées reçues, le nombre d'infractions constatées pour l'année 1986 dans le 2^e arrondissement (7883) est deux fois supérieur à celui enregistré à Vénissieux (4529) alors que la population est deux fois moins importante. Dans le même sens, s'il existe des différences notables d'une ville à une autre comme par exemple le grand nombre d'interventions de la police pour des différends familiaux à Vénissieux qui s'élèvent à 20,5 % de l'ensemble des mentions en « mains courantes » contre 9,6 % dans le 2^e arrondissement de Lyon, ces résultats globaux doivent être aussi interprétés avec prudence. En effet, l'étude selon « les îlots policiers » montre que la situation pouvait varier dans de fortes proportions d'un quartier à un autre au sein d'une même agglomération. De même, des données quantitatives peuvent dissimuler des réalités différentes, ainsi à Lyon un peu plus du tiers des victimes résident dans le deuxième arrondisse-

ment alors que le pourcentage est de l'ordre de 75 % pour Vénissieux, à la lumière de ces résultats on comprend que la perception du sentiment d'insécurité peut varier fortement d'un quartier à un autre.

Le choix de la démarche d'analyser le sentiment d'insécurité en terme de crise des mécanismes de régulation, imposait d'analyser les tribunaux de police compétents pour les deux lieux retenus dans la recherche. C'est pour cette raison que l'auteur a étudié le tribunal de police de Lyon qui est compétent pour le deuxième arrondissement et celui de Villeurbanne pour les affaires relevant de Vénissieux.

Cette démarche comparative impliquait aussi que ne soit pas analysé l'ensemble des affaires traitées par la juridiction mais seulement celles provenant des lieux étudiés. Donc il a été opéré, pour l'année 1986, une sélection des affaires qui étaient inscrites au rôle des audiences de 4^e et 5^e classes des tribunaux de police de Lyon et de Villeurbanne en ne prenant en compte que les affaires où l'événement qui avait motivé le renvoi devant la juridiction s'était déroulé soit dans le 2^e arrondissement de Lyon soit à Vénissieux. Ont été recensées, en faisant le total des affaires de 4^e et 5^e classes, 58 affaires pour Lyon et 39 pour Villeurbanne. Ce résultat est très faible si l'on se réfère au nombre d'affaires ayant fait l'objet d'une main courante et qui pouvaient donner lieu à une poursuite pénale. Il s'agit le plus souvent d'affaires liées à des coups et blessures volontaires (50 %) opposant des professionnels à des particuliers ou des automobilistes entre eux. Ce n'est que dans 39,7 % des dossiers étudiés à Lyon et 28,2 % à Villeurbanne, que l'on enregistre une constitution de partie civile. Seulement une minorité des victimes réside dans les lieux retenus pour la recherche, ainsi pour les affaires inscrites au rôle du tribunal de Lyon il n'y a que 27,6 % des victimes qui résident dans le 2^e arrondissement, et pour le tribunal de Villeurbanne on retrouve des résultats similaires puisque seulement 33,3 % des victimes demeurent à Vénissieux.

Cette crise des mécanismes traditionnels de régulation sociale a contribué à la remise en cause de cette politique de rationalisation continue des procédures d'intervention de l'Etat avec la prolifération de structures spécialisées, qui interviennent sans véritable coordination sur un même territoire. On a tendance à dire que ce sont les événements de « l'été chaud » de 1981 survenus dans le quartier des Minguettes de Vénissieux, qui ont amené l'Etat à prendre un certain nombre d'initiatives pour faire face au phénomène de l'insécurité. Si ces événements ne sont peut-être pas à l'origine de l'ensemble des mesures prises par l'Etat, ils ont au moins accéléré le processus de leur mise en place. Parmi les plus connues, on peut mentionner le Conseil national de prévention de la délinquance (C.N.P.D.), la Commission nationale pour le développement social des quartiers (C.N.D.S.Q.). L'ensemble de ces structures présentent en commun la particularité d'être des structures interministérielles et de s'inscrire dans un processus de décentralisation impliquant non seulement de nouvelles relations entre Etat et collectivités locales, mais aussi de nouvelles manières de traiter les problèmes en privilégiant l'approche transversale. Le quartier Armstrong des Minguettes fut un des premiers quartiers inscrits dans cette politique de développement social et on dispose ainsi d'un certain recul pour procéder à une évaluation de ce type d'opération.

Au moment de la mise en oeuvre de cette politique de développement social il apparaissait que seules des solidarités de nature domestique semblaient lier les habitants de ce quartier qui n'ont en commun que l'exclusion sous diverses formes : faible niveau de vie, précarité d'emploi, émigration. Cette politique volontariste de l'Etat reposait sur un certain déterminisme environnemental avec l'idée que des modifications de l'environnement urbain pouvaient induire ou modifier des types de comportements. On retrouve à travers ces opérations des principes énoncés par des urbanistes américains comme O. Newman, avec sa doctrine sur l'« espace dissuasif » qui soutenait qu'une utilisation diversifiée des espaces pouvait stimuler un contrôle social informel par l'augmentation des possibilités de surveillance de la part des résidents et contribuer ainsi à faire reculer le sentiment d'insécurité. Ces théories ont fait l'objet

de critiques diverses de la part d'un certain nombre d'auteurs, notamment de ceux qui défendent une conception révisée de la doctrine de l'espace dissuasif. Les partisans de cette troisième génération de théorie et recherche sur l'espace dissuasif ont mis l'accent sur ce qu'ils appellent le « territoire humain » c'est-à-dire la prise en compte, en plus de l'environnement physique, du contexte socio-culturel des réseaux sociaux.

Cette dimension socio-culturelle n'a pas toujours fait l'objet d'une réelle prise en considération de la part des aménageurs car, si durant les opérations de réhabilitation du quartier Armstrong ils ont cherché, avec plus ou moins de succès, à associer les résidents à travers les commissions de concertation, ce dispositif n'a pas réussi à créer une dynamique sociale dans le quartier. Une fois la réhabilitation terminée, on ne peut pas dire que les résidents se soient vraiment appropriés les nouveaux espaces mis à leur disposition malgré les tentatives de l'office HLM d'insuffler une certaine vie sociale en maintenant sur le site une animatrice et en apportant son aide à des projets associatifs visant à développer une vie de quartier. Cette politique a connu un certain succès durant plusieurs mois mais ce dispositif d'accompagnement n'a pas été poursuivi et cela n'a pas permis le développement de ces relations primaires qui favorisent un certain contrôle social informel, comme celles de voisinage, qui sont difficiles à établir lorsque les réseaux sociaux sont en continuels état de renouvellement. Dans le même sens l'hétérogénéité des populations ne facilite pas la communication et ne favorise pas, en raison de l'absence de valeurs communes, la résolution des problèmes communs qui peuvent se poser à l'ensemble des résidents.

Dans ce type de situation, en l'absence de modes de régulation interne, les seules formes de réaction par rapport aux problèmes qui peuvent survenir quotidiennement sont une attitude « d'évitement » c'est-à-dire le refus de la confrontation et ceci pour de multiples raisons : la lassitude face à la répétition des événements, la peur de représailles... Une autre attitude consiste à faire appel à des instances, comme la police ou encore les gardiens des organismes de logement social ce qui amène ces organismes à jouer un rôle de régulation qui dépasse dans de nombreux cas les domaines d'intervention impartis à ces organismes.

L'auteur a accordé une attention particulière à l'analyse d'expériences de médiation car cette crise des mécanismes traditionnels de règlement a favorisé l'émergence de nouveaux modes de régulation plus décentralisés, moins formels, et faisant appel à la participation active des citoyens. Ces différentes initiatives n'ont pas pour objet de répondre à des dysfonctionnements de l'appareil judiciaire et de la police, mais plutôt de rechercher une meilleure intégration sociale, de chercher à réduire les tensions sociales, de créer des solidarités à travers une plus grande participation des citoyens dans la résolution des conflits, et de contribuer ainsi à réduire le sentiment d'insécurité.

Ce sont ces expériences de médiation de quartier qui ont été étudiées, en insistant plus particulièrement sur la médiation comme mode de socialisation. En effet si la médiation apparaît comme une technique adaptée pour la régulation des conflits du quotidien, elle participe aussi à la revitalisation de l'esprit communautaire. C'est surtout aux Etats-Unis. que l'on a vu fleurir ces projets de médiation visant à consacrer cette vision communautaire du règlement comme moyen pour contribuer à la prévention des problèmes d'insécurité dans les grandes villes. C'est dans cette perspective de créer de nouveaux lieux de régulation que se situent les projets de médiation de l'*Urban Court Program* de Dorchester et de la Boutique de Droit et de Thémis. La mise en oeuvre de ces projets repose sur l'idée que la diversité et la complexité de la vie sociale encouragent le développement de modes décentralisés de règlement des litiges, notamment dans le cadre d'entités sociales restreintes. En effet, la recherche d'un nouveau consensus à partir de règles négociées permet, dans de nombreux cas, la reconstitution, notamment dans les grands ensembles urbains, d'un tissu social déchiré. Dans ces grands ensembles, où la pression communautaire de jadis ne joue plus, les procédures de négociation ou de médiation permettent d'associer les parties

à la résolution de leur conflit et contribuent ainsi avec l'émergence de lieux de socialisation à faire reculer le sentiment d'insécurité.

Sophie ROJARE

II. — DROIT PENAL COMPARÉ

Abortion and Protection of the Human Fetus. Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective, sous la direction de Stanislaw J. Frankowski et George F. Cole, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publ., 1987, 334 pages.

Le mérite des rédacteurs de l'ouvrage d'avoir élargi et approfondi la connaissance des problèmes que pose l'avortement est incontestable. Après leurs observations générales, formulées dans l'introduction, et le mémoire de Dinah Shelton sur le droit international face à la protection du fœtus, les études successives présentent la matière en question dans les pays suivants : les Etats-Unis, S. Frankowski ; l'Angleterre, N. Terry ; l'Irlande, K. Boyle ; la République fédérale d'Allemagne, K.-H. Gössel ; l'Autriche, A. Dearing ; les Pays-Bas, N. de Blois ; la Suède, A. Nelson ; la France, J. Pradel ; le Japon, K. Nakatani ; et les pays socialistes européens, E. Zielinska.

La lecture de ce livre ne fait que raffermir ce que permet de constater le contenu d'un autre ouvrage¹, à savoir que l'interruption de la grossesse est un phénomène offrant un tableau dramatique, où s'accroissent et s'affrontent les traits spécifiques et contradictoires de la condition humaine : sentiments de compassion élémentaire et concepts philosophiques exempts de toute humanité ; idolâtrie mystique de certaines valeurs et leur démythification matérialiste ; progrès médicaux et popularité des charlatans ; vanité des législateurs et inefficacité de la loi pénale.

La disparité des réactions psychologiques et sociologiques au phénomène analysé demande de ceux qui le traitent scientifiquement une objectivité et une probité particulières. Ce sont précisément ces traits qui constituent une des grandes qualités de l'ouvrage.

Les systèmes de réglementation, traduisant l'attitude du législateur à l'égard de l'avortement peuvent être divisés *grosso modo* en trois catégories : 1) ceux qui proclament l'interdiction absolue de l'interruption de la grossesse (l'Irlande en donne l'exemple le plus spectaculaire) ; 2) ceux qui indiquent les conditions où elle est admissible — « modèle d'indications » ; 3) ceux qui admettent l'intervention « sur demande ».

Le terme législateur n'a pas, évidemment, le même sens dans tous les pays. Il est curieux d'observer à la lecture du livre comment, et suivant quelle méthode, sont créées les normes réglant un problème aussi controversé, et quel rôle dans la création de ces normes revient soit à l'opinion publique représentant la majorité incontestable de la société donnée, soit aux manipulations d'un pouvoir autoritaire ou bien (cela arrive aussi) à de puissantes préconceptions confessionnelles.

Les Etats-Unis suivent, en cette matière aussi, une voie spécifique : le système original où les lois (*statutes*) font concurrence au *common law* traditionnel. Les législations des différents Etats sont toutefois impuissantes vis-à-vis du pouvoir quasi souverain de la Cour suprême qui, d'un trait de plume en quelque sorte, peut déclarer nulles toutes les lois qu'elle considère non conformes à la Constitution. C'est justement le cas de l'arrêt du 22 janvier 1973 *Roe v. Wade*, en vertu duquel tous les actes

1. V. le compte rendu de l'ouvrage de Mme E. Zielinska sur l'interruption de la grossesse au regard du droit pénal, cette *Revue*, 1987.534 et s.

normatifs des Etats considérant l'avortement comme un fait punissable ont été abrogés, et plusieurs concepts juridiques en la matière essentiellement modifiés.

Cet arrêt occupe une place importante dans l'étude du professeur Frankowski (la plus ample du volume), où il procède à une analyse approfondie de l'origine et des conséquences étendues de la décision prise par la Cour suprême ainsi que de la jurisprudence et de la littérature concernant le sujet abordé. Il prévoit en concluant que *Roe v. Wade* marque une tendance irréversible vers la libéralisation de la manière de traiter juridiquement le problème de l'avortement. Les faits ne lui ont pas donné raison : l'arrêt *Webster v. Missouri*, rendu en juillet 1989, impose des restrictions considérables au libéralisme imposé par *Roe v. Wade*. Parmi les « grands neuf » de la Cour suprême l'unique femme, Mme S. D. O'Connor, a fait pencher la balance, ce qui n'est pas un heureux présage pour les partisans des concepts adoptés dans *Roe v. Wade*.

La dernière étude du volume, dont l'auteur est Mme E. Zielinska, présente le problème de l'avortement dans les Etats qui, encore très récemment, s'appelaient « socialistes ». Ce sont : la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la République démocratique Allemande, la Roumanie, la Tchécoslovaquie, l'Union Soviétique et la Yougoslavie. Cette vaste étude, très consciencieuse, pénètre les volte-face législatives caractéristiques des régimes passés des pays en question où des doctrinaires fantasques imposaient arbitrairement leurs concepts. Le lecteur peut procéder à une juxtaposition intéressante des méthodes de création des normes dans cette région de l'Europe et de celles employées aux Etats-Unis : une véritable « *Cross-Cultural Perspective* » énoncée par le sous-titre de l'ouvrage. Il se trouvera en outre face à une question-énigme : les changements de régime dans les pays ex-socialistes auront-ils une influence sur l'attitude législative à l'égard de l'interruption de la grossesse ?

Si l'on peut souhaiter une seconde édition de cet important ouvrage, j'aimerais y trouver un mémoire consacré à l'Italie où l'évolution dans le domaine analysé est particulièrement intéressant, et lire la même étude destinée à la France, mais considérablement élargie et approfondie.

Christophe POKLEWSKI-KOZIELL

Policing Liberal Society, par Steve Uglow, Oxford, Oxford University Press, 1988, 165 pages.

Capital Punishment & The American Agenda, par Franklin E. Zimring & Gordon Hawkins, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 192 pages.

La police britannique est en crise. Les quatre de Guilford ont été libérés alors que la police avait fait disparaître des preuves pouvant les innocenter ; les six de Birmingham sont toujours sous les verrous alors que nombreux sont ceux qui les croient innocents. La brigade criminelle des West Midlands fait l'objet d'une enquête, les incidents raciaux se multiplient. La police du Royaume-Uni change comme l'Etat britannique. Le singulier ne convient d'ailleurs pas. En effet, au Royaume-Uni, la police est organisée de façon décentralisée avec quarante trois forces en Angleterre et au Pays de Galles, huit en Ecosse et une en Irlande du Nord : la Royal Ulster Constabulary. En 1959, selon un sondage 83 % de la population avait un grand respect pour la police, trente ans après ils n'étaient plus que 43 %. La police d'outre-Manche ne bénéficie plus de l'estime et de l'affection que lui portaient autrefois les sujets de Sa Majesté. Le Royaume-Uni a vu ces dernières années des mouvements sociaux violents se développer, surtout la terrible grève des mineurs de 1984-1985, où la police dut intervenir à de nombreuses reprises. Il y a aussi les émeutes raciales devenues récurrentes et les troubles dus aux problèmes socio-politiques (IRA, impôts, violences sur les stades). Les cinquante deux forces de police ont de plus en plus de difficultés à gérer les problèmes nationaux et internationaux liés à la drogue, au crime organisé et au terrorisme. Et pourtant, la police comme les forces armées et les juges sont les enfants chéris du gouvernement de Margaret Thatcher. Les policiers ont vu leurs

salaires systématiquement revalorisés par rapport aux autres fonctionnaires de la Couronne. Les forces de police se sont toujours entraînées, ainsi dès 1837, des agents de la « Metropolitan Police » étaient envoyés au Yorkshire afin de réprimer les émeutes de la pauvreté. Deux ans plus tard, des détachements de la même force étaient envoyés dans toute l'Angleterre. La police britannique a d'ailleurs suivi une évolution vers une plus grande concentration. En 1857, il y avait deux cent trente neuf forces de police, un siècle après, il n'y en avait plus que cent dix-sept pour l'Angleterre et le Pays de Galles. Aujourd'hui, il n'en reste que quarante trois en Angleterre et au Pays de Galles avec deux forces pour Londres, la « Metropolitan » et la « City of London Police ». Une force de police peut avoir un lien avec un comté, une région ou une conurbation, il n'y a plus aujourd'hui de lien entre une force et une communauté. Certains pensent qu'une force nationale devrait être constituée. C'est tout à fait contraire à la tradition britannique de décentralisation et d'autonomie des « Chief Constables » avec leur sacro-sainte « *operational independence* ». A Londres, les deux « commissionners » sont directement responsables devant le « Home Secretary ». Les « Local Police Authorities » sont composées pour 1/3 de « magistrates » et pour 2/3 de représentants des conseils de comtés. En fait, les « Chief Constables » sont parfaitement autonomes et peuvent engager leurs forces comme bon leur semble. L'arrêt *R. v. Secretary of State for The Home Department, Ex Parte Northumbria Police Authority* (1987), n'a fait que renforcer le rôle de la LPA en permettant au ministre de l'Intérieur de fournir à une force les matériels dont elle aurait besoin sans le consentement de l'Autorité. La Cour spécifia que cela relevait de la prérogative royale. La décision de l'emploi des matériels étant du ressort exclusif du « Chief Constable ». Si les responsables des forces de police se sont pratiquement affranchis du contrôle des collectivités locales, ils sont aujourd'hui de plus en plus sous l'autorité du gouvernement central. La LPA a certes le pouvoir de nommer le Chief Constable mais uniquement sur une liste ayant reçu l'accord préalable du « Home Secretary ». Il en va de même pour le licenciement qui exige l'approbation du « Home Office ». Celui-ci publie des circulaires avec recommandations sur tous les aspects du fonctionnement d'un corps. Il y a aujourd'hui un axe « Chief Constable-Home Office » qui rend la police britannique de plus en plus nationale et de moins en moins régionale. L'Association des « Chief Police Officers » a créé en 1972 seulement, et pour appliquer le *Police Act de 1890*, le « National Reporting Center » afin de coordonner toutes les forces et envoyer des contingents là où ils seraient demandés. L'efficacité de cette cellule permanente de crise a été évidente pendant la grève des mineurs. Certains Britanniques considèrent que, sans constitution écrite garantissant des droits fondamentaux, il y a aujourd'hui problème puisque le gouvernement central pourrait manipuler la police pour le seul bénéfice du parti au pouvoir. La police s'est donc modernisée. C'est le thème du livre concis mais excellent de Steve Uglow. En 1965, la « Metropolitan Police » dut organiser la « Metropolitan Squad » afin de parer à toute émeute. Depuis, plus de trente forces ont à leur disposition des unités anti-émeutes appelées « Public Order's Squads », « Tactical Aid Group », « Tactical Patrol Group », « Task Force », « Metropolitan Special Patrol Group ». Depuis 1986, il y a six unités de deux cent quatre-vingt hommes prêts à intervenir. Pour Uglow, il y a danger d'avoir en permanence des unités anti-émeutes spécialisées. On peut comprendre l'auteur, mais il faut se rendre à l'évidence. La société britannique a subi de nombreux changements depuis trente ans ; les relations sociales sont plus tendues, les relations ethniques se sont détériorées, l'Etat britannique essaie de restructurer son industrie et de lutter contre le chômage en faisant une politique de libéralisme économique. L'évolution de la police n'est que le reflet d'une société clivée à la recherche d'un impossible consensus. En 1990 est-il encore possible pour un Etat comme le Royaume-Uni d'avoir plus d'une cinquantaine de forces de police semi-indépendantes ? Le Home Office exerce, certes, une influence de plus en plus prépondérante par rapport aux LPA qui voient leur pouvoir diminuer car elles doivent voter le budget de la force et recevoir chaque année un rapport du Chief Constable et peuvent demander mais non exiger un rapport sur ses activités opérationnelles. Le

refus du « Chief Constable » peut faire l'objet d'une plainte auprès du Home Office, mais celui-ci peut soutenir le « Chief Constable » contre la LPA. Grâce à l'inspection (Her Majesty's Inspectorate of Constabulary), le Home Office a une excellente courroie de transmission avec les « Chief Constables ». Le « Home Office » peut exercer une pression très forte sur une force en menaçant de ne pas attribuer les fonds d'Etat indispensables à son fonctionnement.

De plus en plus centralisée grâce à l'ACPO et au Home Office, la police anglaise essaie de concilier la modernisation (informatisation, matériels anti-émeutes) avec une approche responsable de ses devoirs vis-à-vis du public et de l'Etat. Uglow regrette l'affaiblissement des « Local Police Authorities ». Il a raison, mais dans un Etat aussi centralisé et sophistiqué que le Royaume-Uni, peut-on encore aujourd'hui laisser la gestion des affaires de police à des « Chief Constables » seuls maîtres après Dieu pour ce qui est de l'engagement de leur force. Le livre de Uglow est à recommander pour tous ceux qui s'intéressent à la police, au droit pénal mais aussi aux droits de l'homme.

En ouvrant le livre de Zimring et Hawkins, le recenseur s'est dit : « encore un ouvrage sur la peine de mort aux Etats-Unis ! ». A le lire, l'auteur de ces lignes est convaincu de son utilité et de la qualité de l'entreprise. Zimring et Hawkins nous montrent comment le débat sur la peine de mort a changé après l'arrêt *Furman v. Georgia* (1972). Pour cette décision, l'imposition et l'exécution de la peine de mort constituent un châtement cruel et inhabituel en violation des huitième et quatorzième amendements. Mais la Cour maintient que la peine de mort ne violait pas systématiquement la Constitution. Dans l'ouvrage, les auteurs montrent bien que les anciens Etats de la Confédération manifestent leur autonomie judiciaire en continuant à exécuter des condamnés. Le Texas, la Louisiane, la Floride et la Géorgie sont les Etats où il y a le plus grand nombre d'exécutions. A la différence de la plupart des pays occidentaux, le droit pénal aux Etats-Unis est avant tout affaire des Etats. Le Congrès américain s'est caractérisé par sa timidité par rapport au Parlement britannique. C'est la Cour suprême qui a joué le rôle de moteur car, à la différence du Royaume-Uni, avec la suprématie du Parlement, le contrôle de constitutionnalité américain permet au législateur américain de laisser la Cour suprême prendre des initiatives qui coûteraient de nombreuses voix aux sénateurs et représentants. En ce sens, seule la Cour suprême peut agir ; sans ses initiatives, rien ne se serait fait. Si la Cour suprême avait adopté, pour la peine de mort, ce qu'elle fit dans *Brown v. Education Board of Topeka* (1954), le législateur aurait suivi comme il le fit pour la déségrégation raciale et l'égalité. Voici un livre bien écrit avec des tableaux statistiques passionnants. Avant de le commencer sans enthousiasme on redoutait encore un travail sur un sujet devenu banal. Au contraire, voici un livre captivant remarquablement documenté et qui pose non seulement des problèmes juridiques mais aussi sociologiques. Comme son nom l'indique, un ouvrage qui fait le point sur un des problèmes qui divise le plus les Américains et que la Cour suprême pourrait aider à résoudre.

Antoine J. BULLIER

III. — PROCEDURE PENALE

Avez-vous une intime conviction ?, par Xavier Versini, Brès Editions, 1990, 140 pages.

C'est le livre d'un praticien celui d'un homme qui a présidé la cour d'assises pendant dix ans, qui a jugé, comme il le précise, près de cinq cents affaires et qui, parvenu au terme de sa carrière, fait part de quelques-unes des réflexions que lui inspire son expérience sur ce domaine.

C'est un bon ouvrage, concis, clair, qui retient l'intérêt, avec une idée force que l'on peut discuter mais qui a le mérite de s'inscrire avec courage à contre courant des idées reçues et, çà et là, quelques formules d'un franc parler roboratif. Et comment ne pas souligner ainsi que l'auteur a su, lui, résister à la triple tentation de raconter à dossier ouvert les procédures criminelles dont il a eu à connaître, d'accabler certains de ses anciens collègues de sarcasmes — mis à part quelques-uns malchanceux non identifiés qualifiés de « vieux hiboux » ou de « piétaille » — ou de poser comme un empereur romain de la basse époque pour un portrait en buste.

L'idée essentielle qui sous-entend la plus grande partie du livre est une critique sévère de la loi du 28 juillet 1978 qui a substitué le tirage au sort des jurés à partir des listes électorales au système traditionnel qui prenait pour base de ce tirage les listes établies par une commission composée de magistrats et d'élus locaux. Xavier Versini qualifie le nouveau régime d'« aventureux » et « inepte » et dénonce la « démagogie » et « l'inconscience » d'un mode de désignation dans lequel « l'idiot du village pèse autant que le professeur du Collège de France ». Et l'auteur de se gausser de ces nouveaux jurés qui « viennent (au procès), en fripes, ou en bras de chemise comme à la pétanque », le clochard, l'attardé, l'excité, le fumiste — tous « sélectionnés du métro » — se mêlant, avec « les habituels pitres de service (des) procès gauchistes » aux jurés de meilleur niveau qui, fort heureusement, se rencontrent toujours. C'est, dit-il, « se moquer de la justice que d'y admettre tout le monde, c'est-à-dire n'importe qui ». Il ne s'élève pas contre l'institution du jury mais contre l'absence de toutes sélections autres que celles, nécessairement aléatoires, des accusations à l'audience des assises. De même estime-t-il regrettable que l'on ait abaissé à vingt-trois ans l'âge où l'on peut être juré, tant l'expérience et la maturité sont nécessaires pour juger équitablement les autres : s'agit-il, s'interroge-t-il, de confondre l'accusé ou de confondre l'affaire ?

Son « intime conviction », A. Versini nous la livre encore à propos de bien d'autres aspects du procès pénal : la mise en place progressive du système actuel d'échevinage entre magistrats et jurés, le « sot projet » de soumettre les décisions des cours d'assises à la voie de l'appel, la nécessaire correctionnalisation légale et judiciaire, les faiblesses coupables de certains hommes politiques pour quelques malfaiteurs fameux, les chausse-trappes d'une procédure pénale à qui sa complexité donne parfois l'aspect d'un champ de mines et puis, phénomènes plus récents qui suscitent chez lui des sentiments d'amertume et l'inquiétude, la démission du jury dans une affaire célèbre de terrorisme qui a conduit à créer par la loi du 9 septembre 1986 une cour d'assises à sept magistrats, et l'impression, dans un autre procès fameux, que des assassins présumés n'aspiraient pas moins, à force de provocations, qu'à prendre à leur compte la maîtrise même de l'audience...

Et pourtant, le livre refermé — vite lu, peut-être vite écrit — on reste un peu insatisfait. Expériences, conviction, vigueur du style, sans doute, mais partiellement gâchées par un certain manque de cohérence dans l'enchaînement des problèmes abordés et de proportion dans les développements qui y sont consacrés. Il eût fallu peut-être qu'un éditeur plus exigeant insistât pour que l'auteur prit sur lui de traiter plus complètement et plus rationnellement plusieurs grands thèmes à propos des procès d'assises au lieu de consacrer l'essentiel de sa réflexion à celui de la composition du jury, si important soit-il.

Car il pouvait très bien le faire. Rien n'interdit à un magistrat en dehors de ses fonctions ou à l'âge de la retraite de montrer qu'il a du talent voire de l'imagination et même — pourquoi pas ? — le goût qu'il peut avoir encore de la liberté. Écoutons, pour en être convaincu, avec quelle finesse Xavier Versini définit le rôle du président de la cour d'assises : « Son rôle : mettre en scène une situation jusque-là figée dans le papier, stimuler les acteurs, faciliter leur expression en les renvoyant à un texte s'ils s'en éloignent, mais en acceptant qu'ils improvisent sauf à rechercher pourquoi et, finalement, le rideau baissé, juger la pièce — une tâche immense qui sous-tend à la fois la confiance des acteurs et celle du public ». Et puis enfin, comme un émouvant

adieu à ce magistrat qui n'est plus à présent qu'un ancien juge, cette dernière image qui s'éloigne peu à peu de nous, comme celle des « lumières de la ville » : la cour d'assises soudain ressemble à un théâtre d'ombres. Les jurés sont retournés à leurs affaires, le condamné est parti Dieu sait où, un à un les lampions se sont éteints. Dernier à quitter ce palais que l'on ferme, le président happé par la rue, piéton anonyme à la recherche d'un autobus. Dérision, incertitude, humilité. C'est peut-être ça, la justice...

Christian PIERRE

IV. — SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

Les coûts du crime en France. Données 1984, 1985, 1986 et 1987, par Thierry Godefroy et Bernard Laffargue, Paris CESDIP, 1989, 120 pages.

À l'instar de nombreux domaines, l'étude de la délinquance et du contrôle social n'a pas échappé aux difficultés de la quantification. Depuis longtemps d'ordre statistique, le problème est devenu depuis quelques années économique. C'est dans ce contexte qu'a pris naissance à la fin des années soixante, d'abord outre Atlantique puis en France, ce que l'on peut appeler la recherche opérationnelle criminologique. L'ambition consistait essentiellement à améliorer l'affectation des ressources de manière à ce que les appareils de contrôle social atteignent plus efficacement leurs objectifs. Les recherches dites « coût du crime » sont nées dans ce cadre d'ensemble.

L'approche proposée par Thierry Godefroy et Bernard Laffargue est quelque peu différente. Il s'agit d'une estimation — en termes monétaires — de l'ampleur de diverses formes de criminalité, du coût de leur contrôle et de leur répression. Ce type d'approche permet de dessiner une image du phénomène criminel dans la société bien différente de celle qui ressort des statistiques policières ou judiciaires. Les auteurs estiment tout aussi justifié de recourir à une unité de compte monétaire — les sommes en cause — pour évaluer l'ampleur du phénomène criminel que le nombre d'affaires ou d'auteurs. Les estimations monétaires permettent d'évaluer diverses formes de criminalité réprimées ou non ; elles mettent en exergue des délinquances peu visibles socialement car souvent sans victime directement individualisable et qui, bien que rarement condamnées pénalement, se révèlent très coûteuses.

Le CESDIP¹ poursuit depuis le début des années soixante-dix la tenue d'une sorte de tableau général sur les conséquences monétaires de la commission d'infraction ou impact monétaire associé au phénomène criminel et à son contrôle. Ce sont les résultats pour les années 1984 à 1987 qui viennent d'être publiés.

Deux comptes ont été retenus :

— le coût de contrôle du phénomène criminel qui comptabilise les dépenses effectuées pour prévenir ou réprimer les activités délinquantes ;

— l'estimation monétaire des criminalités qui tente de chiffrer pour chaque type d'infraction le montant des sommes qui sont en jeu, qu'il s'agisse d'un préjudice privé (ou par exemple), d'un manque à gagner pour les finances publiques (fraudes fiscales) ou d'une perte de richesse pour la collectivité nationale (infractions à la réglementation des changes).

Cette nouvelle réactualisation montre que :

— depuis quelques années les dépenses privées de protection (telles que les assurances, le gardiennage, les systèmes de protection...) se sont considérablement développées (34 milliards) ainsi que la place qu'elles occupent (plus de la moitié) dans le

1. Centre de recherche sociologique sur le droit et les institutions pénales.

coût de contrôle du phénomène criminel (63 milliards) ; les coûts publics (30 milliards dont 10 pour la répression et 20 pour la prévention) voyant leur part diminuer ;

— les criminalités économiques et financières (plus de 130 milliards) particulièrement fiscales (115 milliards) sont de loin les plus coûteuses ;

— la charge de la criminalité par imprudence notamment routière (plus de 30 milliards) reste un problème fondamental.

On pourra reprocher à juste titre à ce point de vue son caractère purement monétariste. L'estimation du « coût » individuel et social des infractions doit tenir compte aussi de la gravité perçue de l'acte, de sa fréquence et du préjudice moral pour la victime. Mais, par l'éclairage différent qu'elle porte sur le phénomène criminel, cette approche en terme économique prend sa place à côté d'autre mode de quantification qu'elle vient compléter utilement.

Thierry GODEFROY

V. — PROBLEMES DE POLICE

« Droits de l'individu et police », *Revue juridique Thémis* (Montréal), 1989, volume 23, n° 2-3, p. 249 à 517.

Dans le cadre du jumelage établi en 1986 entre les facultés de droit de Poitiers et de Montréal, s'est tenu à Poitiers un colloque, le premier, consacré au sujet *Droits de l'individu et police* (juin 1988). Le principe d'organisation adopté était celui d'un découpage du thème en plusieurs sous-thèmes traités simultanément par des enseignants de Montréal et des enseignants de Poitiers. Ainsi ont été examinés les sujets :

— la police et ses pouvoirs, par P. Beliveau et M.-F. Bich pour la partie canadienne, Ch. Debouy et J. Pradel pour la partie française ;

— le contrôle administratif et pénal de la police, par M.-F. Bich, A. Tremblay et L. Viau pour la partie canadienne, Y. Madiot et P. Couvrat pour la partie française ;

— l'indemnisation des dommages causés par la police, par J.-L. Baudouin et Cl. Fabien pour la partie canadienne, J.-F. Lachaume pour la partie française ;

— la protection constitutionnelle et procédurale contre les abus de la police, par F. Chevrette et A. Morel pour la partie canadienne, R. Legeais et M. Massé pour la partie française.

Enfin le rapport introductif et le rapport de synthèse furent établis par le professeur J. Rivero.

On ne se hasardera pas ici à résumer ces travaux qui furent particulièrement riches. On se bornera à quelques remarques à caractère comparatif.

En premier lieu, il est apparu que les mêmes mots ne recouvrent pas, d'un côté et de l'autre de l'Atlantique, les mêmes réalités. C'est le cas du terme police. Au Canada, la police est un concept essentiellement concret et organique, c'est un ensemble de corps. En France, le sens organique est moins important que le sens fonctionnel puisque chez nous la police est avant tout une activité, qui s'oppose à celle de service public.

En outre, le droit français distingue la prévention, et relève de la juridiction administrative lorsque naît un contentieux, et la préparation de la répression, liée à l'activité du juge judiciaire. Au Canada, au contraire, cette distinction s'estompe du fait, principalement, de l'unité de juridiction : toute l'activité de la police relève d'un juge unique « et la notion de prévention, dès lors, tend à se résorber dans la fonction répressive qui est prédominante » (J. Rivero).

En second lieu, il existe cependant de réelles analogies entre les deux droits. Une première tient dans la complexité des structures des corps policiers (à cause de la structure fédérale pour le Canada, à cause de la distinction entre police nationale et gendarmerie nationale en France). Seconde similitude : il est apparu que dans les deux pays, en cas d'abus policiers, le juge est plutôt porté à l'indulgence, ce qui peut s'expliquer par le fait que le policier est l'auxiliaire indispensable du juge.

La plus importante des similitudes tient au caractère de démocratie libérale qui prévaut dans les deux pays. Ici et là, est élevée au plan constitutionnel la garantie des droits fondamentaux contre les abus du pouvoir : d'un côté la Charte canadienne des droits et libertés, la vieille Déclaration de 1789 intégrée à l'ordre constitutionnel depuis 1971 par le Conseil constitutionnel de l'autre. Ce caractère constitutionnel est en quelque sorte renforcé en France par ce texte à valeur presque constitutionnelle qu'est la Convention européenne des droits de l'homme dont le gendarme est la Cour européenne de Strasbourg qui peut être saisie en cas d'abus de la police lorsque les recours internes sont épuisés.

Décidément, les ressemblances sont plus importantes que les divergences au moins si l'on considère le fond du droit.

Jean PRADEL

VI. — DROITS DE L'HOMME ET LIBERTES PUBLIQUES

Le droit retrouvé ? Essai sur les droits de l'homme en U.R.S.S., par Nadine Marie, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 206 pages.

S'agissant d'un pays dont la doctrine officielle a depuis longtemps abandonné l'idée de dépérissement du droit lié au dépérissement de l'Etat, pour poser le droit comme instrument au service de l'Etat, un « pouvoir spécial de répression », selon la formule de Lénine ; d'un pays qui depuis peu est entré dans un processus de démocratisation, le concept de « droit du peuple tout entier » se complétant par la notion d'Etat de droit, c'est à la lumière des droits de l'homme et plus particulièrement du droit pénal que Nadine Marie a choisi de répondre aux multiples questions suggérées par son interrogation première :

« L'Union soviétique a-t-elle donc construit son propre système de droit ? Et, dans l'affirmative, quelle est la nature de ce système ? Quel est le fondement du droit en U.R.S.S. ? — L'Etat, la société, ou encore une troisième force qui les gouverne l'un et l'autre, le Parti ?

Pour tenter de répondre, nous avons choisi d'étudier le système de droit soviétique sous le double éclairage de son droit pénal et des droits de l'homme. Nous pensons en effet avec Pachoukanis que « de toutes les sortes de droit c'est précisément le droit pénal qui a le pouvoir de toucher la personne individuelle le plus directement et le plus brutalement... Le droit pénal joue pour ainsi dire tout simplement le rôle d'un représentant du droit : c'est une partie qui remplace le tout ».

Nadine Marie procède alors à un rappel des structures de l'Etat soviétique ; structures tant politiques (KGB et parti) en remarquant que M. Gorbatchev a réduit la place du KGB dans le parti et par là même a affiché sa volonté de voir diminuer le rôle du KGB dans la société, que juridiques (judiciaires et administratives) : sont ici notamment exposées les attributions spécifiques de la Cour suprême, de la Procuration et du ministère de la Justice ; ce dernier qui a sous sa tutelle les avocats, les instituts de recherche et facultés de droit, n'a cependant pas de poids politique réel, dans la mesure où il est dessaisi de ses attributions essentielles tant par la Cour suprême que par la Procuration.

Selon l'auteur ces structures ont tellement pesé sur les procès politiques de la période 1964-1985 que l'on serait autorisé à en conclure qu'« en U.R.S.S., le droit n'est qu'une apparence, la loi un masque, le juge un policier déguisé ».

Cette conclusion serait rapide, vu la diversité des conceptions du droit. Aussi l'analyse sera-t-elle menée plus avant par l'auteur et ceci à l'aune des droits de l'homme, bien que « les articles énonçant les droits et libertés de l'homme restent pour le moment inchangés dans la Constitution de l'U.R.S.S. ».

Le Préambule, comme l'article 59 de la Constitution soviétique, lie les droits et libertés des citoyens à leurs devoirs et responsabilités à l'égard de la société. Et toutes les libertés affirmées sont susceptibles de restriction prévues par la Constitution elle-même et/ou par des lois particulières, de façon plus ou moins précise.

C'est ainsi que la liberté d'opinion, « pierre angulaire des libertés », s'exerce « conformément aux intérêts du peuple » : la formule, ambiguë, peut dans une optique restrictive s'interpréter comme motif de limitation. Il est en outre à remarquer que ce sont les libertés du *citoyen* et non celles de l'individu qui sont visées.

Selon Nadine Marie, ce système ne trouve aucun garde-fou dans les textes internationaux ratifiés par l'U.R.S.S., notamment les Pactes des Nations Unies, qui eux-mêmes autorisent très largement des restrictions, pour motifs d'intérêt général, aux droits qu'ils garantissent. En recourant à la fois aux restrictions imposées par la législation interne et à celles énoncées par les textes internationaux l'Etat, jouirait d'une double protection contre l'abus de toute liberté.

Nous ne suivrons pas cependant l'auteur quand elle exprime que « les Etats sont souverains pour déterminer l'applicabilité des restrictions établies par le Pacte et leur compatibilité avec les droits qu'il proclame » (p. 75 *in fine*) dans la mesure où le Comité des droits de l'homme des Nations Unies assure, quand sa compétence est reconnue, un contrôle de la légalité, de la légitimité et de la nécessité des mesures restrictives, contrôle s'apparentant à celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Nadine Marie étudie ensuite la répression des libertés tant du point de vue des incriminations spécifiques (notamment le fameux article 70 du code pénal visant l'agitation ou la propagande anti-soviétique) ou dérivées (houliganisme, parasitisme), incriminations très larges autorisant des interprétations extensives, que du point de vue des sanctions (peines proprement dites, internements psychiatriques) et des procès politiques ; à cet égard l'auteur dépasse le rejet affirmé par la doctrine soviétique du concept d'infraction politique pour nous soumettre sa propre typologie illustrée des différents types de procès intentés aux dissidents : procès d'opinion, procès de dissidents religieux, procès de syndicalistes dissidents, procès de citoyens désireux d'émigrer, et constater que la « refonte » engagée par Gorbatchev a supposé l'arrêt de ces procès et la libération d'un grand nombre de prisonniers politiques.

Cette politique de refonte (*perestroïka*) doublée d'une politique de transparence (*glasnost*) s'est ainsi d'abord fondée sur les leçons du passé : sont actuellement dénoncés justice sommaire, procès fabriqués, législations d'exception, régime moyen-âgeux de la preuve (système inquisitoire, valorisation de l'aveu) qui ont marqué l'histoire judiciaire de l'U.R.S.S. Ce n'est qu'à partir de la mort de J. Staline, en 1953, qu'une libéralisation a pu s'amorcer et en 1958 un retour à la légalité était ébauché avec la réforme de la législation pénale.

Cependant, ce passé « d'anti-justice » survivra encore longtemps et c'est ce que la *glasnost* est censée éclairer officiellement. Il apparaît alors que la « présomption d'innocence » est très difficile à faire respecter en pratique, que la religion de l'aveu perdure, que la « dérive accusatrice » qui atteint de nombreux magistrats insuffisamment formés est source de multiples erreurs judiciaires, malgré une sensible baisse des condamnations dans leur quantité comme dans leur taux. Mais surtout l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas garantie.

Le premier pas vers l'Etat de droit socialiste pose donc la question de la diminution du rôle et du poids du Parti. La loi se présente alors comme un élément indispensable de la démocratisation et sa suprématie doit s'affirmer tant par rapport à l'Etat que par rapport au Parti. Selon Nadine Marie c'est ce dernier point qui pose le plus de problèmes : le principe du rôle dirigeant du Parti qui édicte, interprète et applique la loi doit-il être abandonné ou peut-il être aménagé ? Le fait même que la question puisse se poser aussi clairement est l'un des effets non négligeables de la *glasnost*, mais il semble impossible de donner un cadre juridique au Parti sans faire voler en éclat son rôle dirigeant.

Ce rôle est encore remis en cause au regard du principe de séparation des pouvoirs qui voudrait que le pouvoir du Parti s'exerce de façon indépendante.

Outre l'institution d'un Comité de surveillance constitutionnelle par la loi de l'U.R.S.S. du 1^{er} décembre 1988, Nadine Marie analyse ensuite plusieurs réformes qui ont actuellement vu le jour, tirant leçon des échecs du passé.

Qu'il s'agisse de la garantie des droits de la défense et de la présomption d'innocence, de la réforme de l'instruction et de la détention provisoire, de l'adoucissement de la loi pénale, de la suppression de la peine de mort pour un certain nombre d'infractions, l'auteur expose très minutieusement comment la prise en compte des droits de l'homme et de l'individu guide de façon décisive les choix de politique criminelle en U.R.S.S.

L'ouvrage de Nadine Marie, très abondamment documenté et illustré du commentaire des nouveaux procès qui ont marqué l'histoire de l'U.R.S.S., fournit des clefs indispensables à tous ceux qui bien au-delà du seul cercle des juristes s'intéressent aux mouvements en cours dans les pays de l'Est, mouvements qui concernent l'Europe toute entière.

Florence MASSIAS

VII. — MEDECINE LEGALE ET CRIMINALISTIQUE

La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en gynécologie et reproduction, par J.-H. Soutoul et F. Pierre, préface de M. le conseiller Mac-Aleese, Editions Maloine, mars 1989, 474 pages.

Les signatures de M. le professeur Soutoul et de M. le docteur Pierre sont connues des spécialistes de la responsabilité médicale et des problèmes juridiques de l'obstétrique et de la reproduction.

Les auteurs présentent un véritable traité de responsabilité médicale dans les domaines annoncés, gynécologie et reproduction. Le livre embrasse de multiples questions, dont la table des matières signale la variété : la gynécologie-obstétrique détient (avec l'anesthésiologie) la palme de la responsabilité professionnelle, et nous n'en sommes guère surpris vu les intérêts et valeurs en cause, ainsi que la modernité des interventions de cette spécialité, maîtresse de la naissance de la vie, et de son arbitraire élimination ! Les auteurs enseignent que « si la gynécologie-obstétrique est une spécialité à haut risque médico-légal, c'est tout d'abord parce qu'elle touche à la sexualité, la féminité et le respect des formes de la femme, et d'autre part parce qu'il s'agit d'une spécialité répondant parfois à des convenances pouvant s'adresser à une clientèle non pathologique, animée du « désir parfois aigu d'une aide médicale avec des motivations opposées : par exemple, un désir et à la fois un refus de fécondité, un désir et un refus de grossesse, un désir de changement de sexe et parfois de retour à l'état initial. Il s'agit aussi d'une spécialité souvent à la limite de la légalité dans la pratique de l'I.V.G., de l'I.T.G., de la stérilisation et du traitement des transsexuels » (p. 22). On peut parler, pour comprendre l'importance de l'ouvrage, de véritables points chauds

d'une spécialité très évolutive depuis quelques années et dont chaque progrès est jalonné par l'apparition de nouveaux risques de plainte en responsabilité (p. 10).

Les parties du livre s'ordonnent ainsi qu'il suit : *gynécologie-médicale, gynécologie chirurgicale* : ses risques, « rarement mortels mais le plus souvent responsables de séquelles imposant des réinterventions pénibles et mal acceptées par les patients de plus poussés à la revendication indemnisatrice dont on retrouve les manifestations dans les bilans statistiques en progression... » (p. 105). Cette partie contient à notre sens les réflexions les plus profondes, tant il est vrai qu'y sont abordés les mystères — et les mythes — de la vie et de la mort. Ainsi la stérilisation est-elle l'occasion d'une discussion sur les fonctions de l'ordre public, une position classique étant adoptée par les auteurs. Auxquels il sera fait un peu grief de parler de « vide juridique qui entoure en France cette intervention » (p. 197). Diantre ! Est-ce un vide juridique que l'illicéité encore de principe de la stérilisation contraceptive ou eugénique ? N'est-ce pas un « trop plein » que la réflexion amenée par une question telle que : « La jurisprudence ne sera-t-elle pas amenée à admettre la légitimité d'une stérilisation qui aurait pour seul motif la prévention d'un risque grave d'ordre psychique ou relationnel ? ».

Sur l'avortement, les pages sont riches, et l'on reconnaît les auteurs dont les prises de position — hors consensus, et c'est rafraîchissant — sont connues ! Faut-il rappeler le livre *Conséquences d'une loi, Avortement an II*, par J.-H. Soutoul et alii, préface Lagroua, Weill, Hallé, La Table ronde, 1977, entre autres ? « Le risque médico-légal croissant dans la pratique légalisée de l'I.V.G. en France » (*Jus Medicum*, Gand, IX, 1984, 229) ?... Le lecteur, quelles que soient ses convictions, sera impressionné par l'expression de vérités que les bienséances et les intérêts camouflent. C'est aussi une analyse des obligations juridiques du médecin en cette matière : obligation de moyen, ou de résultat ? Mesure de l'obligation d'information ? (p. 264 et s.). Bénignité pénale de la loi de 1975/1979 : « il s'agit donc d'un texte d'exception qui doit être interprété strictement, l'infraction subsistant s'il n'est pas établi que toutes les conditions exigées pour autoriser la pratique des I.V.G. se sont trouvées réunies » (p. 292).

Le changement de sexe est étudié finement, avec la prudence requise par les désirs ou de pseudo-désirs pathologiques, et l'honnête dénonciation de témérités, voire de complicités, à tout le moins inconscientes. Les auteurs deviennent sociologues : « On peut affirmer qu'il s'agit d'un *phénomène de société* lié, lors de sa revendication, à la volonté exacerbée de défendre à tout prix un droit de *disposer de son corps par libre consentement* comme le reflète d'ailleurs très clairement l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme... » (p. 383). La même mesure est de règle dans l'étude de la procréation médicalement assistée (p. 389 et s.) dont les risques médicaux, et médico-légaux, ne sont pas dissimulés. L'enthousiasme est plus tempéré que celui du célèbre rapport *De l'éthique au Droit* ou de l'avant-projet de loi dit « Braibant » de mars 1989 dont le devenir, au jour de la rédaction de ce commentaire (mars 1990), est encore incertain...

Enfin, une cinquième et dernière partie sur la « conduite à tenir devant une plainte ou une menace de plainte en responsabilité médicale ». Il y a là des conseils pratiques dont les médecins feraient utilement leur miel, eux qui se croient souvent si savants en droit (lisez donc les contrats qu'ils rédigent !), tels que : « Ne jamais faire d'autocritique que l'on pourrait secondairement regretter et qui pourrait être justement reprochée par l'assurance professionnelle chargée de la couverture des risques... » (p. 430).

On le voit donc, l'étude des responsabilités est complète. Le lecteur doit savoir qu'a été depuis publié *Le gynécologue-obstétricien face au juge* (Soutoul, Bertrand, Pierre, Institut Shering, juill. 1989), qu'est annoncé un ouvrage sur la responsabilité médicale en obstétrique, et que, enfin, M. Soutoul vient de soutenir (Poitiers, 9 mars 1990) sa thèse de doctorat en droit : *La non-assistance de l'article 65 alinéa 2 du code pénal et le corps médical*... S'il n'est point lassé, on lui dira un mot encore de la méthode suivie par MM. Soutoul et Pierre.

Bien que tous les aspects juridiques du sujet annoncé soient traités exhaustivement, la présentation, annonciatrice de la méthode, n'est pas celle du traité classique de droit. C'est l'exposé des cas découverts dans les données et ayant nourri une jurisprudence souvent inédite. C'est plus tout de même que le « case-book », car il y a une réflexion consolidée par une référence à la doctrine spécialisée, médicale et juridique, un dialogue de la connaissance médicale et de la connaissance juridique. « Le but principal de ce recueil approchant, sans être exhaustif, les principales situations pouvant faire l'objet de critiques, de revendications et parfois de poursuites judiciaires ou de sanctions administratives, a été d'utiliser les insuffisances, les lacunes et parfois les comportements fautifs désignés par les experts judiciaires ou administratifs aux magistrats qui les ont commis, dans de très nombreuses affaires de plaintes en responsabilité médicale, pour sensibiliser, former ou recycler les médecins ou les spécialistes, ayant en charge une clientèle féminine dans l'exercice de leur pratique journalière, afin de leur éviter les écueils de plus en plus nombreux et toujours regrettables d'une plainte » (p. 9). Terminons en écrivant que ce travail témoigne de l'existence et de la richesse d'une véritable école tourangelle de médecine légale, connue déjà par d'autres travaux et d'autres signatures.

Gérard MEMETEAU

B. — BIBLIOGRAPHIE DES PERIODIQUES DE LANGUE FRANÇAISE

PUBLICATIONS A CARACTERE SCIENTIFIQUE

Andrée MAYER-JACK

*Maître-assistant honoraire à l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris*

I. — HISTOIRE DU DROIT PENAL

1. — ENSLEY (C.), « La légitimité de la police anglaise : une perspective d'histoire comparée », *Dév. et soc.* 1989, n° 1, 23.
2. — PORTEAU BITTER (L.), « La justice laïque et le viol au Moyen Age », *Rev. hist. droit*, 1988. 491.

II. — DROIT PENAL GENERAL

3. — ANGEVIN (H.), « La réforme de la révision des condamnations pénales », *J.C.P.* 1989. Doct. 3416.
4. — CALVET (H.) et HUGLO (J.G.) note sous C.J.C.E. 2 févr. 1989, un terroriste ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut se voir privé du bénéfice de la législation relative à l'indemnisation des victimes, *J.C.P.* 1989. II. 21304.
5. — DIGNEFFE (F.), « Conduites déviantes, identité et valeurs. La perspective de E. de Greeff », *Dév. et soc.* 1989, n° 3, 181.

6. — DOUCET (J.-P.), « La loi d'amnistie du 20 juillet 1988, texte et commentaire », *Gaz. Pal.* 18-20 sept. 1988. 2.
7. — GONNARD (J.-M.), « Amnisties, loi n° 89-473 du 10 juillet 1989 », *J.C.P.* 1989. Doct. 3410.
8. — HAUTEVILLE (A.), note sous Civ. 2^e, 14 déc. 1987, l'indemnisation par l'Etat des victimes d'infractions pénales ; prise en considération des préjudices moraux, *D.* 1989. 256.
9. — LUCHAIRE (F.), note sous Cons. constit. 20 juill. 1988, Constitution et loi d'amnistie ; inconstitutionnalité du régime différent pour les Dom-Tom ; sanctions disciplinaires ou professionnelles ; droit à réintégration, *D.* 1989. 269.
10. — MAYER (D.), note sous Crim. 23 mars 1989, effet regrettable d'une loi d'amnistie insuffisamment élaborée, *D.* 1989. 518.
11. — SCREVENS (R.), « Le refus de la loi et le laxisme judiciaire », *Rev. dr. pén. et crim.* (Bruxelles), 1989. 705.
12. — STIRN (B.), note sous Trib. confl. 6 mai 1989, compétence des juridictions judiciaires pour connaître d'un ordre de recherche délivré dans le cadre d'une procédure d'extradition, *D.* 1989. 464.
13. — TCHONG BENOIT (C.), « Droit pénal et procédure pénale depuis 1989 », *Gaz. Pal.* 1989. 79.
14. — WILSON (J.-Y.), « La redécouverte des valeurs morales », *Rev. internat. crim. et pol. techn.* 1989, n° 1, 12.

III. — PROCEDURE PENALE

15. — BARON (J.), « Colloque : Dix ans ... devant soi », *Rev. dr. pén. et crim.* (Bruxelles), 1989. 739.
16. — BOISSARD (J. de), « Professions juridiques et judiciaires ; le point de vue du consommateur », *Gaz. Pal.* 5-6 oct. 1988. 8.
17. — CERQUEIRA FILHO (G.), « Corruption et représentation sociale au Brésil », *Dév. et soc.* 1989, n° 3, 231.
18. — CHAMBON (P.), « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *J.C.P.* 1989. Doct. 3417.
19. — DERRIDA (F.) et SOUPPE (J.), note sous Crim. 12 juin 1989, redressement judiciaire : *Mea culpa* à propos de l'application dans le temps de la répression du délit de malversation, *D.* 1989. 585.
20. — DEVEZE (J.), note sous Crim. 1^{er} juin 1988, exclusion de la qualification de vol en cas de paiement de prix inexact. Appareil distributeur de carburant, *J.C.P.* 1989. 21172.
21. — DUBREUIL (E.), note sous Trib. corr. Paris, 17^e ch., 31 mars 1989 : illustration du délit de violation du secret professionnel commis par un juré d'assises, *J.C.P.* 1989. II. 21356.
22. — JUNG (H.), « Quelques réflexions sur le rôle des comités d'éthique », *Dév. et soc.* 1989, n° 3, p. 251.
23. — LAHRER-LOYER (C.), « La jurisprudence d'appel », *J.C.P.* 1989. Doctr. 3407.
24. — RUELLAN (F.), « Presse, justice et liberté, point de vue d'un juge », *J.C.P.* 1989. Doctr. 3389.

IV. — DROIT PENAL SPECIAL

25. — ALTERMAN (H.) et BLOCH (A.), « La fraude informatique », *Gaz. Pal.* 2-3 sept. 1988. 2.
26. — BOITTE (P.), « A propos des débats récents sur la notion de pauvreté », *Dév. et soc.* 1989, n° 2, 89.
27. — BORRICAND (J.), « La technique des empreintes génétiques (situation en droit français) », *Rev. internat. crim. et pol techn.* 1989, n° 1, 68.
28. — BORRICAND (J.), « Commentaire de la loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », *D.* 1989. Chron. 167.
29. — CHARLEZ (A.), « Nouvelles pénalités en matière d'infractions de chasse », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 1984. 2.
30. — DEVEZE (J.), note sous Trib. grande inst. Paris, 12 oct. 1988. Qualification au regard des délits classiques et des délits spécifiques créés par la loi n° 88-19 du 5 janvier 1989, de détournements de fonds par manipulations informatiques, *J.C.P.* 1989. II. 21253.
31. — DEJEAN de LA BATIE (N.), « La responsabilité du tiers coauteur d'un accident du travail ; réflexions après un arrêt de l'Assemblée plénière du 22 décembre 1988 », *J.C.P.* 1989. Doctr. 3402.
32. — KORMANN (Ch.), « Le délit de diffusion d'idées racistes », *J.C.P.* 1989. Doctr. 3404.
33. — LASSALLE (J.-Y.), « La nouvelle législation en matière de dopage sportif », *J.C.P.* 1989. Doctr. 3415.
34. — SAINT-JOURS (Y.), note sous Paris, 7 févr. 1989, appréciation de la légalité d'un statut de la R.A.T.P. en matière de sanctions disciplinaires, *J.C.P.* 1989. 21360.

V. — PROBLEMES DE L'ENFANCE ET DE L'ADOLESCENCE

35. — GRISAY (A) et THYS (P.), « Adolescent et enfermement. Le vécu en milieu pénitentiaire d'un groupe de mineurs en garde provisoire », *Rev. dr. pén. et crim.* 1988, n° 4, 369.
36. — TREPANIER (J.), « Changement de cap pour la justice des mineurs ; le cas d'un Etat américain », *Rev. dr. pén. et crim.* 1988. 491.

VI. — SCIENCE PENITENTIAIRE

37. — RUTHEFORD (A.), « La surpopulation pénitentiaire dans les prisons anglaises. Etude de cas d'une stratégie qui a échoué », *Dév. et soc.* 1988, n° 3, 297.
38. — SEYLER (M.), « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique. La fin du système de l'entreprise générale de la III^e République », *Dév. et soc.* 1989, n° 2, 125.
39. — TOURNIER (P.), « La situation démographique des prisons françaises », *Gaz. Pal.* 22-23 juill. 1988. 6.

VII. — DROIT ÉTRANGER ET DROIT COMPARÉ

40. — MORISHITA (T.), « Le régime de l'erreur en droit pénal japonais », *Rev. dr. pén. et crim.* 1988, n° 5, 535.
41. — ROSONI (I.), « Paysans le jour, brigands la nuit. Société de pénurie et criminalité dans l'Italie du XIX^e siècle », *Dév. et soc.* 1989, n° 2, 113.
42. — TCHONG BENOIT (C.), « Droit pénal et procédure pénale en Chine depuis 1979 », *Gaz. Pal.* 1988. 179.

VIII. — DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE

43. — JULIEN-LAFERRIERE (F.), note sous Crim. 22 déc. 1987, limitation abusive du champ d'application de la procédure d'extradition et extension à l'excès de la notion et du régime de l'expulsion, *D.* 1989. 323.

C. — OUVRAGES REÇUS*

Théorie générale du droit et politique criminelle

- BONNEAU (Thierry), *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 397 p.
- Droits et médias. Actes du Colloque organisé à Nantes le 17 novembre 1988*, sous la direction de M. le professeur Alain Supiot, par la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes et l'Association Juristia, numéro spécial de la *Revue juridique de l'Ouest*, 1989, 141 p.
- Droit des Etats-Unis*, sous la direction de Alain A. Levasseur, avec le concours du Louisiana State University Law Center, Paris, Dalloz, 1990, 493 p.
- ESCOBAR MOLINA (Alvaro), *L'enfermement : espace, temps, clôture*, Paris, Editions Klincksieck, 1989, 369 p.
- FROMONT (Michel) et CHENUT (Pierre), *Le droit Allemand en langue française. Répertoire bibliographique*, Paris, CIRAC, 1990, 122 p.
- Problèmes actuels de science criminelle*, III, par J.-M. AUSSEL, J. BORRICAND, G. Di MARINO, A. NORMANDEAU, J. PRADEL, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990, 151 p.
- ROULAND (Norbert), *L'anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1990, 127 p.
- BANKOWSKI (Z. K.), HUTTON (N. R.) et Mc MANUS (J. J.), *Lay justice ?*, Edimbourg, T. & T. Clark Ltd., 1987, 187 p.
- RAINE (John W.), *Local Justice — Ideals and Realities*, Edimbourg, T. & T. Clark Ltd., 1989, 215 p.
- DE LUCIA (Robert) et DOYLE (Thomas J.), *Career Planning in Criminal Justice*, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 1990, 164 p.

* Ces ouvrages pourront faire l'objet d'un compte rendu bibliographique.

- ROTMAN (Edgardo), *Beyond Punishment. A New View on the Rehabilitation of Criminal Offenders*, New York, N. Y., Westport, Conn., Londres, Greenwood Press, Inc., 1990, 216 p.
- TRAVIS, III (Lawrence F.), *Introduction to Criminal Justice*, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 551 p. ; *Instructor's Guide*, 1990, 120 p.
- BETTIOL (Giuseppe) et BETTIOL (Rodolfo), *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 4^e éd. augmentée, Padoue, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 200 p.
- WERLE (Gerhard), *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin, New York, Walter de Gruyter & Co., 1989, 791 p.
- Derecho penal y criminología. Edición homenaje al Dr. Luis Loreto*, numéro spécial de la *Revista de la Facultad de ciencias jurídicas y políticas*, n° 68, Caracas, 1987, 408 p.

Droit pénal général

- Strafrecht II. Strafen und Massnahmen. Jugendstrafrecht*, par Jörg REHBERG, 5^e éd. augmentée et améliorée, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, 168 p.
- HUBMANN (Verena), *L'image de la mort. Über die mort civile und ihre Abschaffung im französischen Recht und ihre Nachbildung in den Kantonen Waadt und Wallis*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, 530 p.

Droit pénal spécial et droit pénal économique

- AZEMA (Jacques), *Le droit pénal de la pharmacie*, 2^e éd., Paris, Editions Litec, 1990, 180 p.
- GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève), *Droit pénal des affaires*, Paris, Mementos Dalloz, 1989, 151 p.
- Le secret professionnel et l'hôpital. Premier guide juridique et pratique*, Paris, Doin Editeurs, Assistance publique-hôpitaux de Paris, 1989, 107 p.
- SOUTOUL (Jean-Henri) et PIERRE (Fabrice), *La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en gynécologie et reproduction*, Paris, Editions Maloine, 1989, 474 p.
- COSTA Jr. (Paulo José da), *Comentarios ao Código penal. Parte especial*, vol. 3, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1989, 728 p.
- MASON (J. K.) et Mc CALL SMITH (R. A.), *Law and Medical Ethics*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1987, 344 p.
- STAFFORD (Richard J.), *Private Prosecutions. Practice and Procedures in the Criminal Courts*, Londres, Shaw and Sons, 1989, 391 p.
- STOCKDALE (Eric) et DEVELIN (Keith), *Sentencing*, Londres, Waterlow Publishers, 1987, 297 p.
- WIENER (Imre A.), *Economic Criminal Offences (A theory of Economic Criminal Law)*, Budapest, Akadémia Kiado, 1990, 108 p.
- ERHARDT (Elmar), *Kunstfreiheit und Strafrecht. Zur Problematik satirischer Ehrverletzungen*, Heidelberg, Decker's Verlag, G. Schenck, 1989, 254 p.
- MARTIN (Jörg), *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Fribourg-en-Brigau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, 391 p.
- Strafverteidigung und Strafprozess. Festgabe für Ludwig Koch*, publié par Rainer BRÜSSOW, Norbert GATZWEILER, Gerhard JUNGFER, Volkmar

MEHLE, Christian RICHTER II, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989, 312 p.

Droit pénal international et droit communautaire

Code de procédures européennes, commenté et annoté par J. RIDEAU et J.-L. CHARRIER, Paris, Editions Litec, 1990, 747 p.

L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano, Milan, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 1037 p.

Procédure pénale

MEWETT (Allan W.), *An Introduction to the Criminal Process in Canada*, Toronto, Calgary, Vancouver, the Carswell Company Limited, 1988, 235 p.

WALKER (Allan Grierson) et WALKER (Norman Mac Donald Lockhart), *The Law of Evidence in Scotland*, Edimbourg et Glasgow, William Hodge and Company Limited, 1986, 493 p.

HETHERINGTON (Sir Thomas), *Prosecution and the Public Interest*, Londres, Waterlow Publishers, 1989, 208 p.

Commento al nuovo Codice di procedura penale, II, sous la direction de Mario CHIAVARIO, Turin, Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1990, 811 p.

CONSO (Giovanni), GREVI (Vittorio), NEPPI MODONA (Guido), *Il nuovo Codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padoue, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 1485 p.

Il nuovo Codice di procedura penale. Lavoro preparatori della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, Rome, Camera dei Deputati, 1988, 905 p.

PISAPIA (Gian Domenico), *Codice di procedura penale (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447)*, Padoue, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, 610 p.

PISAPIA (Gian Domenico), *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2^e éd., Padoue, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 149 p.

Commission « Justice pénale et droits de l'homme ». La mise en état des affaires pénales, *Rapport préliminaire*, nov. 1989 ; *Rapport final*, juin 1989.

Pénologie et droit pénitentiaire

LAPLANTE (Jacques), *Prison et ordre social au Québec*, Ottawa, Paris, Londres, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, 211 p.

USEEM (Bert) et KIMBALL (Peter), *States of Siege : U.S. Prison Riots, 1971-1986*, New York, N. Y., Oxford, Oxford University Press, 1989, 278 p.

Problèmes de l'enfance et de l'adolescence

Les adolescents difficiles. Compte rendu des Journées d'études des 4, 5 et 6 mai 1988 organisées par le Service d'études du Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Vaucresson, C.R.I.V., 1989, 295 p.

GUILLAUME (Pierre), *Un siècle d'histoire de l'enfance inadaptée. L'O.R.E.A.G. 1889-1989*, Paris, Expansion scientifique française, 120 p.

PARENT (Annick), *Cent ans d'action et de réflexion en faveur de l'enfance*, Paris, Union française pour le sauvetage de l'enfance, 1988, 108 p.

WHITEHEAD (John T.), LAB (Steven P.), *Juvenile Justice. An Introduction*, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 1990, 511 p. ; *Instructor's Guide*, 1990, 91 p.

Sciences criminelles

MARTINAGE (Renée), *Punir le crime : la répression judiciaire depuis le Code pénal*, Villeneuve d'Ascq, Faculté de droit, L'espace juridique, 1989, 291 p.

SCHERRER (Pierre), *Le psychiatre et le criminel. L'approche de l'expert*, Lyon, Editions Alexandre Lacassagne, Paris, Milan, Barcelone, Mexico, Masson Editeur, 1990, 228 p.

Violences sexuelles, présenté par Alain CORBIN, Paris, Editions Imago, 1989, 165 p.

ALBANESE (Jay), *Organized Crime in America*, 2^e éd., Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 1989, 193 p.

FOSTER (Janet), *Villains : Crime and Community in the Inner City*, Londres et New York, Routledge, 1990, 187 p.

Le crime organisé en U.R.S.S. : une menace pour la perestroïka. Dossier constitué par Nadine MARIE-SCHWARTZENBERG, Paris, La Documentation française, 1990, 64 p.

Droits de l'homme et libertés publiques

Les droits de l'homme : universalité et renouveau, 1789-1989. Travaux publiés sous la direction de Guy BRAIBANT et Gérard MARCOU, Paris, Editions L'Harmattan, 1990, 432 p.

LEVIN (Leah), *Menschen Rechte*, Vienne, Löcker Verlag, 1989, 94 p.

SEROT-REVERSAT (Geneviève) et MARIE (Jean-Bernard), *Glossaire des droits de l'homme français-russe/russe-français*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 1990, 265 p.

SUNDBERG (Jacob W. F.), *Human Rights in Sweden. The Annual Report 1987*, Stockholm, Institutet för offentlig och internationell rätt, 1989, 166 p.

Varia

BRIENS (Gilles), *L'entreprise et le droit de la protection sociale complémentaire*, Paris, Editions Litec, 1990, 404 p.

LUTZ (Burkart), *Le mirage de la croissance marchande. Essai de réinterprétation du développement du capitalisme industriel dans l'Europe du XX^e siècle*, traduit de l'allemand par Jean Duplex, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 1990, 219 p.

C.P.P.A.P. N° 58.320

Le directeur de la publication : J.-M. BOURGOIS

Composé par M. MASSOL / 11 bis, villa du Bel Air 75012 PARIS

PARAGRAPHIC/ 1, av. de Toulouse 31240 l'Union / France

Dépôt légal : septembre 1990

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Conseiller à la Cour d'appel de Poitiers. – **J.-M. AUSSEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. – **J. BEAUME**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. – **J.-C. BONICHOT**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes. – **J. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. – **F. BOULAN**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique. – **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. – **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **A. CHAVANNE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. DECOCCO**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **J. DUBOIS**, Avocat à la Cour, ancien Membre du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. – **B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE**, Président de chambre à la Cour de cassation. – **H. FERAUD**, Chef (E.R.) de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). – **P. GRAPIN**, Directeur de recherche honoraire au C.N.R.S. – **M. JEOL**, Avocat général à la Cour de cassation. – **L. JOSEPH**, Vice-Président honoraire du Tribunal de grande instance de Paris. – **R. KOERING-JOULIN**, Professeur à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université Robert Schuman de Strasbourg. – **J. LAFON**, Médecin-chef au Centre psychiatrique Sainte-Anne, Expert près les tribunaux. – **Ch. LAZERGES**, Professeur à l'Université de Montpellier I, Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.). – **A. LAINGUI**, Professeur à la Faculté des sciences juridiques de Rennes. – **M. LE CLERE**, Professeur à l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). – **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. – **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. – **M. MARCUS**, Magistrat. – **M. MASSE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). – **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MONZEIN**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. – **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université, Directeur du Centre de sciences criminelles de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. – **C. PIERRE**, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J. ROBERT**, Ancien Procureur général près la Cour de cassation. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. – **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. – **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **F. TEITGEN**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **A. TOUREN**, Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire du Centre de recherches de politique criminelle. – **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation.

COLLABORATEURS ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS

J. ANDENAES, Professeur honoraire à la Faculté de droit d'Oslo. – **Igor ANDREJEW**, Professeur honoraire à l'Université de Varsovie. – **Inkeri ANTTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki, Directeur de l'Institut d'Helsinki pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, affilié à l'Organisation des Nations Unies.

Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. – **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. – **S. BATAWIA**, Professeur honoraire à l'Université de Varsovie. – **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie

- yougoslave des sciences et de l'art. - **Ramsès BEHNAME**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. - **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général près la Cour d'appel de Milan, Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. - **A. BERISTAIN**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. - **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. - **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel.
- F. CLERC**, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. - **J. CORDOBA RODA**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, Directeur de l'Institut de criminologie. - **Eduardo CORREIA**, Professeur de droit pénal honoraire à la Faculté de droit de Coïmbre. - **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.
- C. DEBUYST**, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. - **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. - **I. DRAPKIN**, Professeur (E.R.) de l'Université hébraïque de Jérusalem. - **M. DRISSI ALAMI**, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. - **J. DUPREEL**, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.
- Chr. J. ENSCHEDE**, Professeur honoraire de l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).
- J. de FIGUEIREDO DIAS**, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coïmbre.
- C. GARDIKAS**, Professeur de criminologie à l'Université d'Athènes. - **K.-H. GOSSEL**, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.
- J. HALL**, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. - **J.-M. HÄUSSLING**, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits des jeunes. - **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. - **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.
- H.-H. JESCHECK**, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal.
- G. KELLENS**, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. - **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.
- Francisco P. LAPLAZA**, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. - **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. - **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science. - **T. S. LODGE**, Ancien Directeur de la recherche scientifique et des statistiques, Home Office, Londres.
- F. H. Mc CLINTOCK**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. - **K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau. - **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. - **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice. - **M. MOSTAFA**, Ancien Doyen de la Faculté de droit, Président de la Section des sciences criminelles de l'Université du Caire.
- A. NELSON**, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. - **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.
- E. OLIVEIRA**, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazone.
- F. C. PALAZZO**, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. - **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. - **G. D. PISAPIA**, Professeur à l'Université de Milan. - **C. POKLEWSKI-KOZIELL**, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.
- C. RACZ**, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. - **Sir Leon RADZINOWICZ**, L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. - **L. RIBEIRO**, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. - **J.-P. RICHERT**, Associate Professor of Law and Political Science, Stockton College, Pomona (N.J.). - **H. ROSTAD**, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. - **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.
- H. SCHULER-SPRINGORUM**, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. - **H. SCHULTZ**, Professeur émérite de l'Université de Berne. - **Louis B. SCHWARTZ**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. - **R. SCREVEUS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. - **Sami SELÇUK**, Conseiller à la Cour de cassation de Turquie. - **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. - **A. SOROUR**, Professeur et doyen de la Faculté de droit, Université du Caire, Ministre de l'Education de la République arabe d'Egypte. - **Dr. G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). - **D. SZABO**, Professeur à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.
- K. TIEDEMANN**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brigau. - **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga.
- G. VASSALLI**, Professeur à l'Université de Rome, Ministre de la Justice d'Italie. - **J. VERHAEGEN**, Professeur à l'Université de Louvain. - **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université aristotélicienne de Thessalonique.
- K. WAABEN**, Professeur à l'Université de Copenhague.

Procédure pénale

Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc

**14^e édition 1990
entièrement revue et complétée**

L'ouvrage tient compte de toutes les lois récemment intervenues, notamment, dans le domaine de la détention provisoire (lois du 30 décembre 1987 et surtout du 6 juillet 1989) et de la révision des condamnations pénales (loi du 30 juin 1989) comme des dispositions concernant l'augmentation du taux de certaines amendes de police et la procédure d'amende forfaitaire (loi du 10 juillet 1989).

Les auteurs ont rassemblé et analysé la jurisprudence rendue (jusqu'à l'été 1989) en matière d'action publique, d'action civile, de compétence (internationale ou interne) de procédure d'instruction comme de procédure de jugement (y compris les différentes voies de recours), et d'autorité de la chose jugée.

Précieux pour les étudiants (à qui il fournira une étude raisonnée de la matière en vue des examens ou concours), l'ouvrage ne l'est pas moins pour les praticiens (avocats, magistrats, policiers, etc.) qui trouveront sinon la réponse à la question qui leur est posée, du moins les indices et éléments nécessaires à sa solution.

14^e éd. 1990, 1076 p., 140 F. Précis Dalloz

Les auteurs :

Gaston Stefani, Georges Levasseur, professeurs honoraires à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

Bernard Bouloc, professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne.