

SOMMAIRE DU N° 3-1994

DOCTRINE

Knut AMELUNG. – <i>Constitution et procès pénal en Allemagne</i>	459
Mireille DELMAS-MARTY. – <i>Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain</i>	477
Élisabeth ROLIN. – <i>Développements récents du contrôle du Conseil d'État en matière d'extradition</i>	491

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

Christophe CARDET. – <i>Le contrôle judiciaire socio-éducatif : 1970-1993, chronique d'une expérience qui dure</i>	503
Jocelyne LEBLOIS-HAPPE. – <i>La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives</i>	525
Dominique VIRIOT-BARRIAL. – <i>La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme. (A propos de trois arrêts du 25 février 1993 de la Cour européenne des droits de l'homme)</i>	537

CHRONIQUES

A. – Chronique de jurisprudence :	
– <i>Droit pénal général</i> , par Bernard BOULOC	549
– <i>Infractions contre les personnes</i> , par Georges LEVASSEUR	553
– <i>Infractions contre les biens</i> , par Pierre BOUZAT	562
– <i>Infractions contre la chose publique</i> , par Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE	566
– <i>Infractions contre l'ordre économique et financier</i> , par Jean-Claude MARIN	576
– <i>Infractions relevant du droit de l'information et de la communication</i> , par Jacques FRANCILLON	579
B. – Chronique législative , par Bernard BOULOC	589
C. – Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines – Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises, par Jean-Paul CÈRE	597
D. – Chronique internationale :	
I. – <i>Droits de l'homme</i> , par Louis-Edmond PETTITI	612
II. – <i>Droit communautaire. Que peut-on espérer raisonnablement d'un droit pénal européen communautaire</i> , par Enrique RUIZ-VADILLO	618
E. – Chronique de défense sociale – Vers une politique européenne de la prévention, par Michel MARCUS	621

INFORMATIONS

I. – *Nécrologie* : Jacques Léauté, p. 627. – II. – *Congrès, Colloques, Séminaires* : IX^{es} Assises nationales du mouvement français d'aide aux victimes (Strasbourg, 10 et 11 juin 1993), p. 628. – *Gestion des drogues en 2000* (Gand, 14 octobre 1994), p. 630. – III. *Droits étrangers* : Nouvelle loi polonaise sur le planning familial. La protection du fœtus humain et les conditions de l'interruption licite de la grossesse, p. 631. – La protection des droits dans la nouvelle Constitution sud-africaine, p. 632.

BIBLIOGRAPHIE

A. – Notes bibliographiques	637
B. – Bibliographie des périodiques de langue française. Périodiques professionnels et assimilés	655
C. – Ouvrages reçus	664



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

Le code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement

supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

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

Éditions Dalloz 11 rue Soufflot, 75240 Paris cedex 05

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

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

Constitution et procès pénal en Allemagne *

Knut AMELUNG

Professeur à l'Université de Dresde

On peut aborder le sujet « Constitution et procès pénal en Allemagne » sous deux aspects. On peut, d'une part, partir de la Constitution et l'examiner en se demandant lesquelles de ses dispositions ont une incidence sur la procédure pénale. Toutefois, on peut aussi centrer l'analyse sur les règles de la procédure pénale et se demander dans quels domaines celles-ci subissent l'influence du droit constitutionnel.

Je m'attacherai à chacun de ces deux aspects. Dans la première partie de mon exposé (I), je présenterai brièvement la Constitution allemande et les règles pertinentes qu'elle contient au regard du procès pénal. La seconde partie de l'exposé (II) sera centrée sur le procès pénal en Allemagne et je ferai ressortir certains domaines importants, forgés par les exigences posées en droit constitutionnel.

I. - CONSTITUTION ET PROCÈS PÉNAL

A. - Introduction

Dans tout Etat libéral, la Constitution prend une signification particulière, tant pour des raisons systématiques qu'historiques dans la formation des règles de procédure pénale. Du point de vue systématique, les relations entre l'Etat et l'individu sont un thème essentiel des Constitutions libérales. Il s'ensuit qu'elles doivent avoir une incidence durable sur le procès pénal qui est l'intervention majeure de l'Etat dans la sphère de droit de l'individu. Du point de vue historique, il convient de souligner que les rédacteurs de Constitutions libérales ont fréquemment dû défendre leurs idées politiques dans des luttes révolutionnaires contre des gouvernements de dictature. Au cours de ces luttes, les révolutionnaires libéraux avaient souvent été eux-mêmes l'objet de poursuites pénales et avaient ainsi fait l'expérience douloureuse de la torture, des arrestations arbitraires et des autres abus de la procédure pénale. Ces

* V. aussi sur le droit pénal de fond Klaus Tiedemann, La constitutionnalisation de « la matière pénale » en Allemagne, cette *Revue*, 1994, p. 1 et s.

expériences trouvent leur expression dans des règles protectrices très concrètes dans les Constitutions d'inspiration libérale, visant spécialement le procès pénal.

Toutefois, en Allemagne, les liens que l'on peut établir entre l'expérience révolutionnaire et un droit constitutionnel libéral sont moins immédiats qu'en Angleterre, aux Etats-Unis ou en France. La raison en est que, par rapport à ces Etats, l'Allemagne doit être considérée comme une « nation retardataire ». L'Angleterre a adopté des dispositions de droit constitutionnel libérales en matière de procès pénal dès le XVII^e siècle, les Etats-Unis et la France l'ont suivie au XVIII^e siècle. En revanche, des Constitutions libérales n'ont été adoptées en Allemagne qu'au cours de la première moitié du XIX^e siècle. A cet égard, les libéraux allemands se sont fréquemment inspirés d'institutions existant déjà dans le droit constitutionnel de la France, de l'Angleterre et des Etats-Unis.

La plus importante Constitution libérale du XIX^e siècle est la Constitution de 1848, la première Constitution pour l'ensemble de l'Allemagne. Comme la révolution de 1848 avait finalement échoué, cette Constitution n'a pas eu d'incidence directe sur le procès pénal. Toutefois, de nombreuses idées défendues au cours de cette révolution et ultérieurement ont marqué de leur empreinte les lois ordinaires. Il importe de relever à cet égard le code de procédure pénale de 1877, en principe encore applicable aujourd'hui bien qu'il ait subi de très nombreuses modifications. Dans le code de procédure pénale de 1877, les libéraux, devenus des politiciens mûrs, ont mis en œuvre les idées qu'ils n'avaient pas pu ancrer dans le droit constitutionnel quelque trente ans auparavant, lorsqu'ils étaient de jeunes révolutionnaires.

La deuxième impulsion libérale émane de l'expérience national-socialiste que les Allemands ont faite. Le régime nazi avait inexorablement poursuivi l'opposition libérale et l'opposition socialiste. Après la victoire des Alliés, l'ouest de l'Allemagne s'est doté de la Loi fondamentale de 1949 dont l'idée maîtresse est d'empêcher tout nouvel abus du pouvoir de l'Etat, tel qu'il s'était développé en Allemagne entre 1933 et 1945. De là vient l'accent particulier que la Loi fondamentale de 1949 met sur l'Etat de droit et la protection des droits de l'homme. Pour concrétiser cette idée, les rédacteurs se sont surtout inspirés de la Constitution de 1848 et de la Constitution des Etats-Unis, le plus important des vainqueurs alliés.

B. – Vue générale des garanties constitutionnelles dans le domaine du procès pénal

1. La garantie de droits individuels

Parmi les règles de la Loi fondamentale qui ont une incidence sur la procédure pénale, il convient de mentionner tout d'abord les droits fondamentaux et les droits de l'homme en général qui figurent aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale. Ce chapitre concerne des droits tels que la liberté de croyance et la liberté de pensée, l'inviolabilité du domicile et la protection de la propriété privée. Ces droits ne sont pas spécialement liés à la procédure pénale, mais y revêtent une importance comme dans tout autre domaine du droit. C'est ainsi, par exemple, que la procédure pénale doit assurer que les interrogatoires et auditions se passent selon des méthodes qui ne sont pas

contraires à la dignité de l'être humain. De même, la protection de la liberté de croyance, qui figure à l'article 4 de la Loi fondamentale, oblige le législateur à respecter le secret de la confession chrétienne et de libérer en conséquence les prêtres de l'obligation de témoigner.

Les droits fondamentaux qu'on appelle communément « droits fondamentaux judiciaires », figurant aux articles 101 à 104 de la Loi fondamentale, présentent un lien plus étroit avec le procès pénal. Il s'agit de droits fondamentaux concernant la procédure devant les juridictions. La plupart concernent toute procédure judiciaire, c'est-à-dire outre la procédure devant les juridictions répressives, également les procédures devant les juridictions civiles et administratives. Dans cette catégorie, il convient de ranger par exemple la garantie d'être jugé « par son juge légal » prévue à l'article 101, paragraphe 1, deuxième phrase, de la Loi fondamentale et la garantie du droit d'être entendu par un juge prévue à l'article 103, paragraphe 2, de la Loi fondamentale. L'interdiction de maltraiter des personnes arrêtées prévue à l'article 104, paragraphe 1, deuxième phrase, de la Loi fondamentale et la garantie du contrôle juridictionnel de la privation de liberté mentionné à l'article 104, paragraphe 2, de la même Loi fondamentale concernent, certes, essentiellement la procédure pénale, mais s'appliquent par exemple aussi aux malades mentaux internés dans un établissement de soins. L'interdiction d'une nouvelle condamnation pour le même acte mentionnée à l'article 103, paragraphe 3, de la Loi fondamentale intéresse tout spécialement le procès pénal.

On s'aperçoit en revanche que la Loi fondamentale omet des droits fondamentaux importants en matière de procès pénal, qui sont évoqués dans d'autres Constitutions et dans les déclarations internationales des droits de l'homme. C'est ainsi qu'il n'est fait aucune mention expresse des droits de la défense, de la présomption d'innocence et de l'interdiction d'une obligation de s'accuser soi-même (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Toutefois, ces omissions ne signifient nullement que ces droits n'ont pas valeur constitutionnelle en Allemagne. Au contraire, les juridictions les déduisent d'autres dispositions plus générales et couvrent ainsi les carences des rédacteurs de la Loi fondamentale.

2. Les principes fondamentaux de valeur constitutionnelle

Outre des droits individuels, la Loi fondamentale allemande contient des principes généraux qui revêtent une certaine importance au regard de la procédure pénale. En premier lieu, il convient de mentionner le principe de l'Etat de droit qui figure à l'article 28 de la Loi fondamentale. C'est en pratique à partir de celui-ci qu'ont été développés d'importants principes dérivés, comme la nécessité d'une action du législateur pour toute atteinte à la liberté et à la propriété privée, l'obligation de garantir un procès équitable (*fair trial*) et l'interdiction de toute intervention disproportionnée dans la sphère de droit de l'individu.

Il faut ensuite relever le principe de l'Etat fédéral. Celui-ci importe surtout au regard du travail législatif. En vertu du droit constitutionnel allemand, le pouvoir central fédéral, le *Bund*, peut intervenir en matière de procédure pénale mais non pas en matière de police ; celle-ci relève de la compétence des Etats fédérés, les *Länder*. Il en découle d'épineux problèmes de délimitation de compétences et des divergences stériles entre les différents Etats fédérés.

Le principe de l'Etat social a également eu une incidence sur la structuration du procès pénal allemand¹. On en a déduit un devoir d'assistance des juridictions pénales. Celui-ci consiste surtout à permettre aux personnes poursuivies pénalement et ignorantes de leurs droits d'exercer ceux que leur accorde la procédure pénale².

Le système allemand accorde par contre peu d'importance au quatrième principe constitutionnel, habituellement peut-être le plus important au regard du procès pénal : le principe démocratique. De nombreux Etats de par le monde en déduisent la nécessité d'associer des juristes non professionnels à l'administration du droit pénal et de faire élire au scrutin populaire les juges professionnels. Des juges non professionnels sont effectivement associés à l'administration du droit pénal en Allemagne. Néanmoins, cette association vise plus à contrôler le juge professionnel qu'à garantir une décision démocratique. C'est pourquoi, dans l'Allemagne actuelle, les juges non professionnels n'ont plus qu'exceptionnellement la majorité dans les formations de jugement en matière de droit pénal, ce qui ne soulève aucune critique du point de vue du droit constitutionnel. Il en irait tout autrement aux Etats-Unis, par exemple, si l'on prétendait supprimer les juridictions avec jury populaire. Le système allemand ne connaît pas plus d'élections directes de juges professionnels par scrutin populaire. Les juges professionnels sont nommés selon des procédures qu'on qualifiera plutôt de bureaucratiques que de démocratiques.

En conclusion, analysée sous l'angle de la procédure pénale, la Loi fondamentale fait apparaître l'une de ses caractéristiques, également déterminante par ailleurs : les aspects relatifs à l'Etat de droit sont plus clairement marqués que les aspects démocratiques.

3. Les garanties institutionnelles

Entre les droits individuels de l'homme et les principes constitutionnels abstraits, il convient de ranger, en droit constitutionnel allemand, les « garanties institutionnelles ». Elles consistent dans des dispositions de la Loi fondamentale relatives à l'organisation de certains domaines de l'Etat et de la société. Conformément au caractère libéral de la Loi fondamentale, l'objectif de telles réglementations organisationnelles est le plus fréquemment la protection de la liberté.

Au regard du procès pénal, ce qui importe, c'est la façon dont la Loi fondamentale organise le pouvoir juridictionnel. En tant que Constitution reconnaissant la séparation des pouvoirs, elle impose tout d'abord que les juges soient indépendants (art. 97, § 1, de la Loi fondamentale). Simultanément, elle prévoit que l'administration du droit appartient exclusivement aux juges (art. 92 de la Loi fondamentale). Cela importe surtout au regard du droit pénal. Il n'existe en Allemagne aucune compétence de la police ou d'autres administrations à imposer des peines sans contrôle judiciaire³. Enfin, l'article 101, paragraphe 1, de la Loi fondamentale prohibe toute création de juridiction d'exception pour certaines catégories de personnes ou certaines catégories d'actes. C'est ainsi qu'il aurait par exemple été inconstitutionnel, après la réunion des deux Allemagnes, de créer un « tribunal révolutionnaire » pour déterminer les responsabilités des membres du gouvernement de l'ancienne République démocratique allemande dans les homicides à la frontière inter-

1. BVerfG 26/66(71) ; 30/1(27).

2. BGHSt 25/325 (329) ; 38/220 (222).

3. BVerfG 22/49.

allemande. C'est pourquoi Honecker a dû être traduit devant une juridiction ordinaire.

C. - *Les mécanismes de mise en œuvre des principes de droit constitutionnel dans la procédure pénale*

Comment se traduit le droit constitutionnel dans un domaine tel que la procédure pénale, qui relève de la compétence du législateur ordinaire ? C'est une question à laquelle le droit constitutionnel allemand répond avec beaucoup de soin. Les pères de la Loi fondamentale voulaient concevoir une Constitution qui ne serait pas seulement écrite noir sur blanc mais qui aurait une incidence effective sur la vie juridique.

1. *Les mécanismes de mise en œuvre quant au fond*

Tout d'abord, l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la Loi fondamentale prévoit que les droits fondamentaux garantis par la Constitution lient chacun des trois pouvoirs de l'Etat. Ce ne sont donc pas seulement la police, le ministère public et la magistrature assise qui doivent respecter les droits fondamentaux ; le législateur également doit veiller à ne pas violer les droits énoncés. Une loi contraire à la Constitution est nulle. Cela ne vaut pas seulement pour des lois contraires à un droit fondamental énoncé dans la Constitution. Le *Bundesverfassungsgericht*, la Cour constitutionnelle fédérale, a par exemple aussi déclaré nulle en 1967 une loi conférant à l'administration fiscale une compétence pénale administrative et qui, de ce fait, était contraire à la garantie institutionnelle figurant à l'article 92 de la Loi fondamentale⁴ ; comme il a déjà été mentionné, cet article réserve l'administration du droit pénal au juge.

Certaines lois peuvent être interprétées de différentes façons, dont l'une est contraire à la Constitution, l'autre par contre conforme à la Constitution. Dans de tels cas, le juge doit respecter les principes qui lui imposent d'interpréter tout texte législatif conformément aux exigences constitutionnelles. En vertu de ceux-ci, il doit choisir l'interprétation selon laquelle le texte à interpréter reste conforme à la Loi fondamentale.

Un exemple connu de l'obligation d'interpréter tout texte législatif conformément aux exigences constitutionnelles dans le domaine de la procédure pénale concerne les dispositions relatives au mandat de mise en détention provisoire. Conformément à l'article 112, paragraphe 2, de la *Strafprozeßordnung* (code de procédure pénale allemand), un tel mandat ne peut être délivré que contre l'auteur présumé d'une infraction lorsqu'il existe des éléments concrets faisant craindre qu'il ne prenne la fuite ou détruise des moyens de preuve. L'article 112, paragraphe 3, de la *Strafprozeßordnung* prévoit qu'en cas de présomption d'une infraction grave cette condition ne doit pas obligatoirement être remplie. Cette disposition comporte le risque que, dans de telles circonstances, un mandat de mise en détention provisoire soit délivré sans que celui-ci soit effectivement nécessaire au regard de la procédure. Néanmoins, tout mandat de mise en détention provisoire qui ne serait pas nécessaire pour préserver le bon déroulement de la procédure serait contraire à l'interdiction constitutionnellement prévue d'imposer des mesures disproportionnées ; ainsi qu'il a déjà été mentionné, la Constitution interdit effectivement toute atteinte à la liberté de l'individu au-delà de ce qui est strictement nécessaire. En

4. BVerfG 22/49.

conséquence, le *Bundesverfassungsgericht* limite l'interprétation de l'article 112, paragraphe 3, de la *Strafprozeßordnung* à une interprétation conforme à la Constitution. En vertu d'une telle interprétation, même en cas de présomption d'une infraction grave, la mise en détention provisoire ne peut être décidée qu'en cas de risque de fuite ou de destruction de preuves ; toutefois, les éléments tendant à établir un tel risque ne doivent pas être aussi concrets qu'en cas d'infraction légère⁵.

L'interprétation de toute disposition conformément aux exigences constitutionnelles est l'instrument par lequel des principes constitutionnels tels que principalement le principe de l'Etat de droit et ses principes dérivés ont une incidence immédiate sur l'application de la procédure pénale. On peut néanmoins se demander parfois si les juridictions utilisent vraiment cet instrument dans le seul but d'interpréter la loi pénale ou si elles ne vont pas jusqu'à compléter la loi pénale dans un sens conforme à la Constitution. Cette dernière hypothèse est inadmissible puisque la Loi fondamentale ne confère pas au juge une compétence à compléter les lois. Néanmoins, il existe en Allemagne des exemples dans lesquels le juge a complété un texte législatif⁶.

2. Les mécanismes de mise en œuvre procéduraux

La mise en œuvre de valeurs constitutionnelles dans la vie juridique quotidienne dépend finalement des mécanismes procéduraux qu'une Constitution prévoit à cet effet. Il est symptomatique de l'objectif d'efficacité très développé dans la pensée des rédacteurs de la Loi fondamentale allemande que ceux-ci aient accordé beaucoup d'attention à cet aspect. Il convient à cet égard d'opérer une différenciation entre les règles de procédure qui s'adressent aux juridictions ordinaires et celles qui concernent le *Bundesverfassungsgericht*.

a) La mise en œuvre devant les juridictions ordinaires

En ce qui concerne les juridictions ordinaires, ce sont les articles 104, paragraphe 2, et 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale qui revêtent une importance fondamentale. En vertu de l'article 104, paragraphe 2, de la Loi fondamentale, quiconque a été arrêté par la police ou une autorité similaire, doit être présenté au juge dans un délai de deux jours ; le juge examine alors si la privation de liberté est justifiée. L'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale développe cette vieille idée. En vertu de cet article, quiconque est lésé dans ses droits par l'autorité publique peut saisir les juridictions ordinaires et leur demander d'examiner le comportement de l'autorité publique. L'importance de cette disposition au regard de la procédure pénale est claire. Au titre de l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale, toute visite domiciliaire, toute saisie, toute écoute téléphonique que la police ou le ministère public peuvent être amenés à ordonner peut faire l'objet d'un contrôle de légalité de la part des juridictions ordinaires. Lorsque l'intérêt à un contrôle judiciaire persiste, cette disposition s'applique même après la fin de l'intervention de l'autorité impliquée. Malheureusement, la transposition de l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale dans la procédure pénale ordinaire n'est pas satisfaisante. Il manque une réglementation précise quant à la juridiction compétente pour examiner la légalité d'atteintes aux droits fondamentaux de l'individu au titre de la procédure pénale. Il en découle des

5. BVerfG 19/542 350.

6. Cf. Larenz, *Juristische Methodenlehre* 6^e éd. 1991, 312.

problèmes de compétence qui ne sont guère à l'honneur du législateur allemand⁷.

Le deuxième mécanisme de mise en œuvre est plutôt de nature indirecte. Conformément à l'article 93 de la Loi fondamentale, tout acte de l'autorité peut être déféré au *Bundesverfassungsgericht* au motif qu'il lèse l'auteur de la saisine dans l'exercice de ses droits fondamentaux. Parmi les actes de l'autorité publique qui peuvent ainsi être soumis à un contrôle par le *Bundesverfassungsgericht* au titre d'une *Verfassungsbeschwerde*, c'est-à-dire d'un recours constitutionnel, on trouve les décisions des juridictions pénales. En conséquence, le juge pénal doit veiller à ce que son jugement ne soit pas fondé sur une violation d'un droit fondamental. C'est ce qui conduit les juridictions pénales à négliger dans leur jugement les moyens de preuve qui ont été obtenus par des actes illégaux de l'autorité. A l'instar de ce qui s'est passé aux Etats-Unis, il en a résulté une jurisprudence volumineuse en matière de ce qu'on appelle les « interdictions d'utiliser certaines preuves »⁸. Des arrêts célèbres du *Bundesgerichtshof*, la Cour suprême qui coiffe les juridictions ordinaires en Allemagne, ont par exemple exclu l'utilisation dans le jugement pénal d'enregistrements clandestins au magnétophone⁹, de journaux intimes¹⁰ et d'enregistrements illégaux de communications téléphoniques¹¹.

Enfin, le juge pénal peut également examiner la loi qu'il lui appartient d'appliquer quant à sa conformité à la Constitution. S'il conclut qu'une disposition de procédure pénale est contraire à la Constitution, il ne peut bien sûr pas simplement refuser de l'appliquer. Conformément à l'article 100 de la Loi fondamentale, il doit soumettre la loi au *Bundesverfassungsgericht*. Si celui-ci aboutit également à la conclusion que la disposition est inconstitutionnelle, il la déclare nulle.

b) La mise en œuvre devant le *Bundesverfassungsgericht*

Les mécanismes de mise en œuvre du droit constitutionnel auquel les juridictions ordinaires peuvent recourir concernent la routine du procès pénal. Les constituants ne se sont cependant pas arrêtés là. Pour les problèmes difficiles de droit constitutionnel, ils ont instauré une juridiction plus spécialisée, le *Bundesverfassungsgericht*.

Le principal instrument qui permet d'assurer une protection des droits fondamentaux par le *Bundesverfassungsgericht* est la *Verfassungsbeschwerde* déjà évoquée. Celle-ci ne peut cependant en principe être formulée qu'une fois les voies de recours ordinaires épuisées. Ainsi qu'il a déjà été dit, le jugement pénal peut également être attaqué par la voie de la *Verfassungsbeschwerde*. Cela vaut même pour les arrêts du juge pénal suprême, le *Bundesgerichtshof*, de sorte qu'en pratique des questions très épineuses de droit constitutionnel en matière de procédure pénale ont fait l'objet, en Allemagne, de deux décisions de juridictions suprêmes : d'un arrêt du *Bundesgerichtshof* et d'un arrêt du *Bundesverfassungsgericht*. Le cas s'est présenté dernièrement relativement à la question de l'utilisation de journaux intimes du meurtrier de plusieurs femmes, que les

7. Cf. Amelung, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe* (1976); Roxin, *Strafverfahrensrecht* (23^e éd. 1993) § 29 D.

8. Cf. Amelung, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß* (1990), 83; Kerckhoff, *Beweisverbote im französischen Strafprozeß* (1992), 286; Roxin (note 7), § 24 D.

9. BGHSt 14/358.

10. BGHSt 19/325.

11. BGHSt 32/68 (70).

deux cours suprêmes ont admise¹². Lorsque dans un tel cas les décisions des deux juridictions suprêmes s'écarterent l'une de l'autre, l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht* a primauté.

De plus, le *Bundesverfassungsgericht* peut examiner les règles de la procédure pénale dans le cadre de ce qu'on appelle la *Normenkontrollverfahren*, la procédure de contrôle des dispositions législatives. On a déjà parlé du contrôle *in concreto* : c'est le cas lorsque le juge pénal estime qu'une règle de procédure qu'il devrait appliquer est contraire à la Constitution et la soumet par conséquent au *Bundesverfassungsgericht*. Un contrôle *in abstracto* peut être demandé par toute institution constitutionnelle qui estime qu'une loi est contraire à la Constitution, c'est-à-dire par exemple par le gouvernement fédéral s'il estime qu'une loi votée par le *Bundestag* viole la Loi fondamentale. Ces deux types de contrôle sont cependant beaucoup moins fréquents dans le domaine de la procédure pénale que la *Verfassungsbeschwerde*.

II. – PROCÈS PÉNAL ET CONSTITUTION

Je souhaite centrer la deuxième partie de mon exposé sur le procès pénal et en présenter certains domaines fortement influencés par le droit constitutionnel. Il sera tout d'abord question de l'incidence de la Loi fondamentale sur les rôles des parties au procès pénal, puis de son incidence sur les différents stades de la procédure.

A. – Les parties au procès pénal et la Constitution

1. L'inculpé

Le rôle principal dans le procès pénal revient à l'inculpé. En vertu de la présomption d'innocence, il ne peut être puni que s'il est prouvé qu'il a commis une infraction pénale. Comme déjà évoqué précédemment, ce principe ne figure pas expressément dans la Loi fondamentale allemande, mais il est déduit de la liberté générale d'agir au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Le point de départ du raisonnement à cet égard est le principe libéral selon lequel toute intervention dans la liberté du citoyen n'est légitime que si les institutions étatiques peuvent raisonnablement la justifier. La plus grave des limitations de la liberté que l'Etat puisse imposer, la peine, n'est raisonnable que s'il est prouvé que le condamné mérite une peine. Fréquemment, pour motiver la présomption d'innocence, on ne se réfère même pas du tout à la Loi fondamentale mais à l'article 6, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales directement applicable en Allemagne comme loi ordinaire.

La nécessité de devoir prouver à l'accusé qu'il a commis l'infraction qui lui est reprochée comporte le risque que les autorités chargées des poursuites pénales contraignent l'inculpé, par la torture ou des mesures similaires, à avouer. C'est ici que, pour protéger l'inculpé, intervient le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*. Curieusement, ce principe ne figure pas non plus expressément dans la Loi fondamentale, bien que les expériences faites pendant la période national-socialiste eussent bien dû conduire à le mentionner. Le

12. BGHSt 34/397 ; BVerfG 80/367.

principe est déduit de la nécessaire protection de la dignité de l'être humain et des droits généraux de la personnalité au sens de l'article premier, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. De plus, au niveau des lois ordinaires, l'article 136 a de la *Strafprozeßordnung* (StPO, code de procédure pénale allemand) contient une règle selon laquelle lors de l'audition d'un inculpé sa liberté d'expression ne doit pas être affectée par des atteintes physiques, de mauvais traitements, la fatigue, le dol ou autres. Cette disposition est largement entendue en ce sens qu'elle concrétise la protection de la dignité de l'être humain imposée par le droit constitutionnel.

Dans la pratique, l'article 136 a de la *Strafprozeßordnung* interdit surtout, outre la torture, l'utilisation de moyens chimiques et techniques pour obtenir de l'inculpé quelque renseignement que ce soit sur l'infraction commise. Est unanimement considéré comme interdit le recours à ce qu'on appelle la narco-analyse¹³. On ne peut pas non plus, en Allemagne, recourir à un détecteur de mensonges pour instruire une affaire pénale¹⁴. Comme le détecteur de mensonges ne contraint pas un sujet à s'exprimer oralement mais sert uniquement à mesurer les réactions incontrôlées accompagnant le mensonge, on peut certes se demander si l'article 136 a de la *Strafprozeßordnung* est directement applicable. Toutefois, l'interdiction d'utiliser un détecteur de mensonges est directement déduite de l'exigence constitutionnelle visant à la protection de la dignité de l'être humain et à la protection des droits de la personnalité en général. Selon le *Bundesverfassungsgericht*, il en va même ainsi lorsqu'un inculpé, confronté à des difficultés de preuve, demande lui-même l'utilisation d'un détecteur de mensonges pour établir son innocence¹⁵. La doctrine apporte en revanche fréquemment une solution différente à cette question spécifique¹⁶.

Dans la routine du procès pénal, ce qui importe bien plus ce sont les interdictions de fatiguer et de tromper l'inculpé. Déterminer les limites de ces interdictions cause de grandes difficultés et conduit, dans la jurisprudence, à des solutions de cas d'espèce. C'est ainsi que le *Bundesgerichtshof* considère comme inadmissible une audition après 30 heures sans sommeil¹⁷, mais l'admet par contre après une période de 24 heures sans sommeil¹⁸. L'interdiction de tromper l'inculpé soulève encore plus de problèmes car, contrairement à ce qui se passe en France, elle s'applique aussi pleinement à l'interrogatoire de police¹⁹. On dit fréquemment qu'il est, certes, interdit de tromper l'accusé, mais qu'une « ruse criminalistique » est admissible²⁰. La délimitation entre les deux est cependant encore très peu claire en Allemagne.

Le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* pose également des problèmes dans le cadre du droit pénal des affaires, du fait que, pour accomplir de façon satisfaisante la mission de direction de l'économie que lui impose le principe de l'Etat social, l'Etat moderne soumet l'opérateur économique à de nombreuses obligations d'information. Il en découle la question de savoir dans quelle mesure de telles informations peuvent être obtenues par la contrainte puis être utilisées dans le cadre d'une procédure pénale. De nombreuses lois prévoient

13. OLG Hamm DRZ 1950/212 ; Kleinknecht/Meyer/Meyer-Gossner, *Strafprozeßordnung* (40^e éd.), § 136 a, StPO, 10.

14. BGHSt 5/332.

15. BVerfG NJW 1982/375.

16. Cf. Schwabe, NJW 1982/367 ; Pritwitz, MDR 1982/886 ; Amelung, NStZ 1982/38.

17. BGHSt 13/60.

18. BGH NStZ 1984/15.

19. BGHSt 17/14 (18) ; Kerckhoff (note 8), 128, 132.

20. Kleinknecht/Meyer/Meyer-Gossner (note 13), § 136 a, StPO, 15.

que l'obligation de fournir des informations économiques ou fiscales disparaît dès qu'une procédure pénale est ouverte contre le débiteur de l'information. Là où une telle réglementation fait défaut, il est interdit, à la suite d'une décision du *Bundesverfassungsgericht* relativement à l'obligation d'information du débiteur dans une procédure de faillite, d'utiliser les informations obtenues par la contrainte dans le cadre d'une procédure pénale²¹.

La curieuse réserve observée en droit constitutionnel allemand quant à la réglementation plus concrète des droits de l'inculpé trouve un prolongement dans l'omission dans la Loi d'une mention plus expresse du droit de l'inculpé à bénéficier de l'assistance d'un défenseur. On se borne ainsi communément à renvoyer à la mention qui en est faite à l'article 6, paragraphe 3, lettre c), de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Toutefois, le *Bundesverfassungsgericht* déduit également ce droit de celui de l'inculpé à bénéficier d'un procès équitable, principe dont la source est le principe de l'Etat de droit inscrit dans la Loi fondamentale²². En ce qui concerne les lois ordinaires, le droit à bénéficier de l'assistance d'un défenseur figure dans les articles 137 et 148 de la *Strafprozeßordnung*. L'article 137 garantit qu'à tous les stades de la procédure l'inculpé peut recourir à l'assistance d'un défenseur. L'article 148 de la *Strafprozeßordnung* garantit à l'inculpé de pouvoir communiquer librement avec son défenseur, même lorsqu'il est en détention. Toutefois, le législateur a apporté une limitation à ce droit quand des terroristes ont tenté, à partir de leur lieu de détention provisoire, de diriger, avec l'aide de leurs défenseurs, des actes d'homicides terroristes²³. Le *Bundesverfassungsgericht* a déclaré qu'une telle limitation était admissible au motif que le droit fondamental portant protection de la vie a primauté sur le droit de l'inculpé de communiquer librement avec son défenseur²⁴.

En outre, l'article 148 de la *Strafprozeßordnung* inclut implicitement l'interdiction de surveiller les rapports entre l'inculpé et son défenseur. Lorsqu'il existe des soupçons que le défenseur mène des agissements illicites en liaison avec l'inculpé, de nombreux problèmes se posent.

Je ne souhaite toutefois développer ce point qu'en liaison avec le rôle du défenseur.

2. Le défenseur

A l'origine, dans le code pénal de 1877, le rôle du défenseur était très peu développé, ce qui est lié aux traditions de pensée bureaucratique en Allemagne. Dans la conception allemande, le parquet a une obligation d'objectivité et, en conséquence, il doit aussi rassembler les éléments de fait et de droit qui sont en faveur de l'inculpé. Comme le parquet doit ainsi déjà veiller aux intérêts de l'inculpé, on a longtemps cru pouvoir négliger les droits du défenseur.

Sous l'influence de la Loi fondamentale, la position du défenseur a cependant été renforcée. Si la Loi fondamentale ne contient aucune disposition réglementant expressément les droits du défenseur, celui-ci jouit cependant, comme tout Allemand, de la liberté d'exercer la profession de son choix au sens de l'article 12 de la Loi fondamentale et de la liberté générale d'agir au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la même Loi fondamentale. Les juridic-

21. BVerfG 56/37 (51).

22. BVerfG 66/313 (318) ; 68/237 (255).

23. §§ 31 - 38 EGGVG (« Kontaktsperre-Gesetz » v. 30 septembre 1977, BGBl. I 1877).

24. BVerfG 49/24.

tions, et en tout premier lieu le *Bundesverfassungsgericht*, ont déduit de ces droits fondamentaux l'existence de droits importants dans le chef du défenseur.

C'est ainsi que, pendant très longtemps, les juridictions pénales allemandes ont exclu, sans aucune base juridique, le défenseur de la procédure lorsqu'elles soupçonnaient celui-ci d'abuser de ses contacts avec l'inculpé. Il est vrai que les juridictions pénales faisaient un usage prudent, mais pas toujours irréprochable, de la compétence qu'elles s'étaient arrogée. Dans une décision qui a fait sensation, rendue dans le cadre des procès de terrorisme au cours des années 1970, le *Bundesverfassungsgericht* a mis fin à cette pratique²⁵. Il a déduit de la protection constitutionnelle de la liberté du défenseur d'exercer sa profession, que celui-ci ne peut être exclu d'une procédure que sur la base d'une compétence conférée à cet effet au juge par la loi. A la suite de cette décision, le législateur a adopté les articles 138 a et suivants de la *Strafprozeßordnung* qui contiennent des dispositions précises quant aux conditions dans lesquelles un défenseur peut être exclu d'une procédure, et prévoient qu'il appartient à une juridiction supérieure, non concernée par l'affaire traitée, d'en décider.

Le libre exercice d'une profession au sens de l'article 12 de la Loi fondamentale contribue également à garantir du point de vue constitutionnel le droit de libre communication entre le défenseur et l'inculpé, ancré dans l'article 148 de la *Strafprozeßordnung*, comme mentionné précédemment. Une surveillance des conversations, des communications téléphoniques et de la correspondance entre le défenseur et son mandant est en conséquence illégale. Dans les procès en matière de terrorisme, l'article 148, paragraphe 2, de la *Strafprozeßordnung* permet cependant de refuser la réception de lettres et paquets adressés à une personne en détention provisoire, lorsque l'expéditeur n'accepte pas qu'ils puissent être contrôlés par un juge. En conséquence, le défenseur a le choix entre admettre le contrôle de l'envoi par un juge ou renoncer à la transmission et se limiter à une communication orale avec l'inculpé. En outre, lorsqu'il rend visite à une personne en détention provisoire, le défenseur doit accepter qu'on contrôle s'il porte sur lui des outils propres à faciliter une évasion ou des armes. Selon la doctrine dominante en Allemagne, ce type de contrôle n'affecte cependant pas le droit spécifique du défenseur d'assister son mandant dans une procédure pénale²⁶.

3. Le témoin

Le rôle rempli par le témoin subit aussi fortement l'influence du droit constitutionnel. Celle-ci apparaît le plus clairement au niveau des exceptions à l'obligation générale de témoigner, ce qu'on appelle les droits de refuser de témoigner. Il découle du principe *nemo tenetur se ipsum accusare* qu'un témoin ne saurait être contraint de faire des dépositions susceptibles de fournir des charges contre lui-même (art. 55 de la *Strafprozeßordnung*). La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en vertu de l'article 6 de la Loi fondamentale, une particularité du droit constitutionnel allemand, est le fondement du refus de témoigner dont peuvent se prévaloir les parents et alliés (art. 52 de la *Strafprozeßordnung*).

La possibilité de refuser de témoigner est en outre largement développée en Allemagne lorsqu'elle est le corollaire de la protection constitutionnelle

25. BVerfG 34/213.

26. BVerfG 38/26; BGH NJW 1973/1656; Roxin (note 7), § 19 V 1.

d'activités professionnelles (art. 53 de la *Strafprozessordnung*). Pour partie, le fondement en est à rechercher dans des droits fondamentaux spécifiques, qui protègent l'exercice de certaines professions. Il en va ainsi du refus de témoigner que peuvent opposer les ministres du culte et les journalistes au titre de la liberté de religion et de la liberté de la presse (art. 4 et 5 de la Loi fondamentale) lorsqu'ils sont interrogés quant au contenu d'une confession ou à l'identité d'un informateur de la presse. Dans les autres cas, c'est le principe général du libre exercice d'une profession, au sens de l'article 12 de la Loi fondamentale, qui emporte la possibilité de refuser de témoigner en liaison avec la profession exercée. C'est par exemple le cas des médecins et des avocats auxquels on reconnaît le droit de refuser de témoigner parce qu'ils ne pourraient pas exercer librement leur profession s'ils ne pouvaient garantir la confidentialité à leurs malades et mandants. L'intérêt professionnel n'est cependant pas le seul motif de l'admission du refus de témoigner. Il s'y ajoute des intérêts constitutionnellement protégés de la clientèle, à savoir, dans le cas du médecin, la protection de l'intimité du patient qui est un droit général de la personnalité, et le droit fondamental à l'intégrité physique au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la Loi fondamentale.

Dans la réalité sociale, le droit de refuser de témoigner accordé à certaines professions ne sert pas uniquement la protection de droits fondamentaux mais aussi le pouvoir politique et le prestige d'une profession, puisque de tels droits permettent aux groupes privilégiés de se démarquer par rapport à d'autres professions. C'est pourquoi de nombreux groupes professionnels auxquels le code de procédure pénale n'a pas reconnu le droit de refuser de témoigner jusqu'à présent cherchent à convaincre le législateur et les juges de les admettre au bénéfice d'un tel droit. C'est ce qui s'est passé pour les vétérinaires et les psychologues. Toutefois, le *Bundesverfassungsgericht* a mis une limite très claire aux pressions qu'ils ont exercées²⁷. Si le législateur étend trop les droits de refuser de témoigner, il agit en violation du principe de l'Etat de droit puisque, selon le *Bundesverfassungsgericht*, celui-ci exige aussi que la justice pénale soit administrée de façon efficace²⁸.

Selon les juridictions allemandes, le principe de l'Etat de droit ne limite donc pas seulement les compétences des institutions responsables des poursuites pénales, mais leur garantit aussi un seuil minimum de possibilités d'instruction. Légiférer dans le domaine de la procédure pénale revient donc, en Allemagne, à emprunter un chemin constitutionnel étroitement délimité : si le législateur accorde de larges possibilités d'intervention aux institutions responsables des poursuites pénales, il se peut qu'il viole des droits fondamentaux protégeant l'individu ; s'il limite par trop les possibilités d'intervention, il court le risque de violer le principe de l'Etat de droit.

B. – Stades de la procédure et Constitution

Dans la dernière partie de mon exposé, je voudrais montrer quelle est l'influence du droit constitutionnel sur la structure des différents stades de la procédure. Le procès pénal allemand se déroule généralement en trois phases : la procédure d'instruction, la procédure d'ouverture du procès pénal, ce qu'on appelle la *Eröffnungsverfahren*, et la procédure au principal. Le cas échéant, ces

27. BVerfG 33/367 ; 38/312.

28. Roxin (note 7), § 14 A I.

trois phases sont complétées par une quatrième, celle de l'exercice de voies de recours.

1. La procédure d'instruction

L'influence de la Loi fondamentale allemande se fait sentir le plus fortement à ce stade de la procédure, l'instruction. Il y a deux raisons à cela. Tout d'abord, l'objectif de cette phase procédurale, le rassemblement et la conservation des moyens de preuve, implique de nombreuses interventions dans des droits fondamentaux. Il suffit de penser à la saisie de certains objets ou à la mise en détention provisoire en raison du risque de destruction de preuves. A cela s'ajoute qu'en Allemagne la procédure d'instruction ne relève pas de la responsabilité d'un juge, mais d'une autorité se trouvant dans un lien de subordination hiérarchique, le ministère public. Quant au fond, la procédure d'instruction s'analyse donc comme une procédure administrative et c'est précisément contre les atteintes à des droits fondamentaux de la part de l'administration que la Loi fondamentale cherche dans toute la mesure du possible à protéger le citoyen.

L'incidence de la Constitution se manifeste dès le début de la procédure d'instruction. Conformément à l'article 152 de la *Strafprozeßordnung*, le ministère public est tenu de procéder à une instruction dès lors qu'il obtient des indications relativement à la commission d'une infraction. Cette obligation d'engager une instruction – dénommée « principe de légalité » – différencie le droit de la procédure pénale allemande du droit de nombreux autres pays. De l'avis dominant en Allemagne, le principe de légalité est fondé sur le principe de l'égalité de traitement garanti par la Constitution : quiconque est soupçonné d'avoir commis une infraction pénale doit faire l'objet de poursuites pénales. De ce fait, le législateur ordinaire n'aurait même pas la possibilité d'abroger le principe de légalité. Il peut toutefois le limiter parce que le principe de l'égalité de traitement admet des exceptions dès lors qu'il existe à cet effet des motifs raisonnables²⁹. C'est pourquoi, dans le domaine de la criminalité légère et moyennement grave, le principe de légalité subit de nombreuses dérogations. Ce sont principalement des motifs tenant à l'économie de procédure qui sont déterminants à cet égard.

Bien plus qu'au niveau de l'engagement des poursuites, l'influence de la Loi fondamentale est sensible au niveau des mesures d'instruction elles-mêmes. Celles-ci concernent effectivement souvent des droits fondamentaux, tels que la liberté individuelle, la propriété, l'inviolabilité du domicile ou le secret de la correspondance.

Tout d'abord, le principe de l'Etat de droit n'admet que l'Etat puisse porter atteinte à des droits fondamentaux que lorsqu'il y est habilité par le législateur. Il a déjà été question de cette réserve de la loi dans la première partie du présent exposé. En vertu de celle-ci, les conditions dans lesquelles les autorités peuvent procéder à des mesures d'instruction affectant des droits fondamentaux doivent être précisément caractérisées dans le code de procédure pénale. Dans le cas d'actes d'instruction classiques, tels que les arrestations et les visites domiciliaires, le code de procédure pénale satisfait à ces exigences depuis le début de son existence puisque – comme il a déjà été mentionné – il a été conçu à la fin du XIX^e siècle dans un esprit libéral.

29. BVerfG 46/214 (222) ; BGHSt 15/155 (159).

Toutefois, en 1983, le *Bundesverfassungsgericht* a très fortement élargi le domaine d'application de la réserve légale au titre de l'Etat de droit. Dans son célèbre arrêt relatif au recensement (*Volkszählungsurteil*), il a déduit du droit général de la personnalité au sens de l'article premier, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, de la Loi fondamentale ce qu'il a appelé le « droit de l'individu à déterminer lui-même les informations retenues », le « *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* »³⁰. Ce droit fondamental vise à éviter que l'Etat ne contrôle l'ensemble des comportements de ses citoyens à l'aide du traitement automatique de données. Le « droit de l'individu à déterminer lui-même les informations retenues » interdit ainsi aux autorités chargées des poursuites pénales de relever et de conserver, en l'absence de toute base légale, des informations relatives aux personnes et de les utiliser dans un but autre que celui pour lequel elles avaient été fournies. Cette décision a ainsi élargi la réserve légale prévue au titre du principe de l'Etat de droit, ce qui, dans la pratique, a entraîné d'importantes incertitudes. Des méthodes d'instruction traditionnelles et des techniques d'instruction modernes ont semblé douteuses au regard du droit constitutionnel. On peut citer à titre d'exemple la constitution et la consultation de fichiers sur les personnes ayant déjà fait l'objet d'une condamnation antérieurement et sur les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions, l'observation de telles personnes, le recours à des indicateurs de police à l'encontre d'associations de malfaiteurs et l'utilisation d'instruments électroniques en vue d'enregistrer des images et des sons. En 1992 le législateur a enfin complété le code de procédure pénale par une loi qui régleme la plupart des mesures citées ici et lie leur mise en œuvre à certaines conditions³¹. L'analyse en profondeur, théorique et pratique, de cette nouvelle habilitation n'en est cependant qu'à ses débuts.

Le deuxième principe constitutionnel qui doit être respecté dans toute atteinte à des droits fondamentaux est ce qu'on appelle le principe de proportionnalité. Selon ce principe, l'Etat ne peut intervenir dans des droits fondamentaux que si ces interventions permettent de réaliser les buts posés par la loi, si elles sont nécessaires et n'imposent pas à l'intéressé des charges disproportionnées. Ce principe s'adresse d'une part au législateur. Toutefois, dans les années 60, la doctrine était partagée sur le point de savoir si le principe de proportionnalité s'adressait aussi directement aux autorités chargées des poursuites pénales. Le problème était en fait lié à la question relative au rapport entre le principe de proportionnalité et le principe de la légalité d'interventions dans des droits fondamentaux. Eberhard Schmidt, spécialiste allemand renommé en matière de procédure pénale, était d'avis que les autorités chargées de poursuites pénales pouvaient intervenir de quelque manière que ce soit dans des droits fondamentaux dès lors que le législateur les y avait autorisées. Selon lui, les autorités chargées des poursuites pénales n'étaient pas tenues d'examiner séparément si leur intervention était proportionnelle, le législateur ayant résolu la question au préalable³². La jurisprudence n'a cependant pas suivi ce point de vue. Selon la doctrine dominante à l'heure actuelle, l'habilitation abstraite accordée par le législateur de procéder à des arrestations ou à des visites domiciliaires ne suffit pas à conférer à ce type d'acte un caractère légal. Le juge, le membre du parquet ou le policier qui intervient dans des droits fondamentaux, doit au contraire se demander dans

30. BVerfG 65/1 (42)

31. « Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität », v. 15, juillet 1992, BGBl. I 1302.

32. Eb. Schmidt, NJW 1968/2209 (2218); 1969/1137 (1141).

chaque cas d'espèce si une mesure en soi admissible au regard de la loi ne porte pas *in concreto* atteinte au principe de proportionnalité³³.

Il se pose un autre problème de droit constitutionnel du fait que les interventions dans les droits fondamentaux de la part des autorités chargées de l'instruction doivent en règle générale avoir lieu par surprise si l'on veut qu'elles atteignent leur but. L'intéressé ne peut donc pas se protéger contre des interventions non justifiées. Le code de procédure pénale cherche à surmonter ce problème en soumettant les interventions dans des droits fondamentaux, qui de par leur nature interviennent par surprise, au contrôle préalable d'un juge indépendant et neutre. Seul un juge peut délivrer des mandats en vue de la privation de la liberté dans le cadre d'une procédure pénale, d'écoutes téléphoniques, de saisies, etc. A la différence de la procédure pénale française, ce n'est donc pas un juge qui dirige la procédure d'instruction ; mais il appartient à celui-ci de contrôler les interventions dans des droits fondamentaux, auxquelles le ministère public et les forces de police veulent procéder.

Ce contrôle reste cependant incomplet puisque le juge ne peut pas non plus prendre connaissance des objections que l'intéressé pourrait formuler avant de délivrer un mandat en vue d'une intervention par surprise. C'est pourquoi, dans les années 50, se posait la question de savoir comment concilier les mesures nécessaires à mettre en œuvre par surprise dans le cadre de la procédure pénale et le droit d'être entendu par un juge au sens de l'article 103, paragraphe 1, de la Loi fondamentale. Cette disposition constitutionnelle est généralement interprétée en ce sens que tout individu, contre lequel une décision judiciaire lui faisant grief est prévue, doit être entendu avant le prononcé de cette décision³⁴. Toutefois, en ce qui concerne la mise en œuvre de mesures d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale, le *Bundesverfassungsgericht* a introduit une dérogation à cette interprétation. Il a jugé que l'intéressé concerné par une telle mesure n'a pas à être entendu lorsqu'une telle audition mettrait en cause le succès de la mesure envisagée³⁵. Toutefois, il doit ensuite être entendu sans délai. Le législateur a tenu compte de cette jurisprudence en introduisant dans le code de procédure pénale des dispositions en ce sens (V. art. 33, § 4, 33 a, 311 a de la *Strafprozeßordnung*).

Tous les problèmes de contrôle ne sont cependant pas encore résolus parce que, dans les cas d'urgence, le code de procédure pénale permet encore au ministère public et à la police d'intervenir dans des droits fondamentaux sans contrôle préalable du juge. La garantie constitutionnelle du droit d'être entendu ne s'applique néanmoins qu'aux actes émanant d'un juge. C'est pourquoi, en ce qui concerne les interventions dans des droits fondamentaux dans le cours du procès pénal de la part du ministère public ou de la police, il faut se référer à l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale. Selon cette disposition, le juge peut être saisi contre toute intervention d'une autorité administrative (au sens matériel). De ce fait, l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale permet que, dans le cas de mesures réalisées par surprise et non autorisées par un juge, intervienne un contrôle similaire à celui prévu par l'article 103, paragraphe 1, de la Loi fondamentale dans le cas de mesures approuvées par l'autorité judiciaire. Toutefois, comme déjà mentionné au début du présent exposé, une transposition appropriée de l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale par le législateur dans le code de procédure

33. BVerfG 67/157 (173) ; Kleinknecht/Meyer/Meyer-Gossner (note 13), *Einführung* 20-22.

34. BGHSt 26/379.

35. BVerfG 9/89 (103, 104).

allemand fait toujours défaut aujourd'hui, quelque quarante-cinq ans après la mise en vigueur de la Loi fondamentale ³⁶.

2. La procédure d'ouverture du procès pénal

Lorsque le ministère public engage des poursuites judiciaires contre l'auteur présumé d'une infraction pénale, la juridiction saisie examine tout d'abord s'il y a effectivement lieu de prévoir une audience pénale publique. C'est ce qu'on appelle en Allemagne la *Eröffnungsverfahren*, la procédure d'ouverture du procès pénal. Cette phase de la procédure vise à protéger le justiciable contre lequel les soupçons semblent insuffisamment fondés d'une atteinte publique à sa renommée. La procédure d'ouverture du procès pénal vise donc à la protection de l'honneur, qui est garantie constitutionnellement dans le cadre de la protection des droits généraux de la personne. Tout type spécial de demande judiciaire de l'inculpé à l'encontre de soupçons publics émanant du parquet devient ainsi superflu. A cet égard, la procédure d'ouverture du procès pénal vise automatiquement à assurer la protection juridique que l'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale exige en cas d'interventions d'une autorité publique comme le ministère public dans les droits fondamentaux de l'individu ³⁷.

3. La procédure au principal

Lorsque la juridiction décide de donner suite à l'accusation, la phase suivante du procès pénal est l'audience publique. Le droit constitutionnel allemand n'inclut pas de règles spécifiques à cet égard. Sur ce point, il se différencie très nettement du droit américain et des déclarations internationales de droits de l'homme qui ont été conçues sous l'influence de la pensée juridique anglo-saxonne. C'est ainsi que la Loi fondamentale allemande ne contient pas de garanties expresses relativement à la fixation rapide et à la publicité de la procédure au principal, au droit de l'inculpé d'avoir connaissance de l'objet de l'accusation et à son droit d'interroger des témoins à charge. S'il est vrai que les juridictions allemandes déduisent nombre de ces garanties de principes généraux de la Loi fondamentale, en particulier du principe de l'Etat de droit et du droit à un procès équitable, cette interprétation à partir de principes généraux entraîne comme conséquence que les juridictions formulent et appliquent certaines des garanties mentionnées de façon moins stricte que si elles étaient expressément mentionnées dans la Constitution.

On le remarque en particulier à l'examen du droit à bénéficier d'une procédure rapide. La mention expresse de ce droit fait non seulement défaut dans la Loi fondamentale, mais aussi dans le code de procédure pénale. C'est pourquoi les juridictions allemandes ont eu quelque mal à le reconnaître. Toujours est-il qu'aujourd'hui elles en tiennent cependant compte au niveau de la mesure de la peine. Lorsque la procédure pénale a été d'une durée anormale, la peine doit être adoucie ³⁸. La doctrine va fréquemment plus loin ³⁹. En cas de durée anormale d'une procédure pénale, elle estime que l'on est en présence d'un obstacle devant conduire à l'arrêt des poursuites. La doctrine se fonde à cet égard, entre autres, sur le droit à une procédure rapide

36. V. ci-dessus note 7.

37. BVerfG NJW 1984/1451.

38. BGHSt 21/81 ; 24/239 ; récemment d'une façon plus approfondie BVerfG NJW 1984/967 ; BGHSt 35/137 ; DOLG Stuttgart NSStZ 1993/450.

39. Cf. Roxin (note 7), § 16 C.

prévue par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui, comme il a déjà été dit, s'applique en Allemagne en tant que loi ordinaire.

Il en va de façon similaire du droit d'interroger des témoins à charge. Il est vrai que le code de procédure pénale allemand fait primer l'audition directe des témoins sur la lecture de leurs dépositions et le *Bundesgerichtshof* exige des juridictions inférieures qu'elles ne fondent pas un jugement exclusivement sur un témoignage par oui-dire⁴⁰. Toutefois, les dispositions légales contiennent des exceptions qui permettent très fréquemment aux autorités chargées des poursuites pénales de ne pas révéler en cours de procédure l'existence d'indicateurs de police et d'autres informateurs⁴¹. Sur ce point également, la doctrine formule de nombreuses critiques à l'encontre de la jurisprudence et fait valoir que le droit d'interroger des témoins à charge est expressément prévu à l'article 6, paragraphe 3, lettre (d), de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁴².

En conclusion, il convient de dire que pour la procédure pénale au principal il n'existe en Allemagne que des exigences constitutionnelles très générales et imprécises. C'est la garantie du droit d'être entendu par un juge qui revêt la plus grande importance. C'est sur ce principe que sont fondés les articles 257, paragraphe 1, et 258 de la *Strafprozeßordnung*, selon lesquels l'accusé doit avoir l'occasion de formuler ses observations sur chacune des preuves recueillies et sur l'ensemble de l'audience au principal. La garantie du droit d'être entendu par un juge est complétée par ce qu'on appelle le devoir de sollicitude dont la juridiction doit faire preuve, et qui trouve finalement son origine dans le principe de l'Etat social. C'est dans l'article 265 de la *Strafprozeßordnung* qu'apparaît le plus clairement la connexion existant entre le droit d'être entendu par un juge et le devoir judiciaire de sollicitude. Cette disposition enjoint à la juridiction d'informer au préalable l'accusé lorsqu'elle veut juridiquement apprécier l'acte incriminé autrement que le ministère public ne l'a fait dans son réquisitoire. Cette obligation d'informer l'accusé doit permettre à celui-ci d'organiser sa défense en fonction de ce nouveau point de vue juridique⁴³.

L'aboutissement de la procédure au principal revêt une importance constitutionnelle très concrète, en tout cas, lorsqu'il consiste dans la condamnation de l'inculpé. Le jugement pénal est la base de l'application de l'interdiction d'une double condamnation au sens de l'article 103, paragraphe 3, de la Loi fondamentale. Cette interdiction a une portée égale à celle de l'autorité de la chose jugée. De ce fait, la théorie de l'autorité de la chose jugée engendre implicitement une obligation constitutionnelle de concrétisation. Ceci illustre que ce n'est pas le droit constitutionnel seul qui influence le droit issu de lois ordinaires, mais qu'à l'inverse la philosophie de la loi ordinaire influence l'interprétation du droit constitutionnel. Je ne veux pas m'attarder sur les détails de la théorie très complexe de l'autorité de la chose jugée dans la jurisprudence et la doctrine pénales allemandes, d'autant plus qu'elle est à l'heure actuelle en mutation.

40. BGHSt 17/382 ; 36/166.

41. Cf. BVerfG 57/250 (284) ; BGHSt 32/115 (121).

42. Grünwald, JZ 1966/494 ; Tiedemann, JZ 1967/570 ; Lüderssen, Jura 1985/113.

43. BGHSt 23/95 (96).

4. Les voies de recours

Lorsque l'inculpé ou le ministère public considèrent qu'un jugement pénal est erroné, le droit allemand leur offre deux types de voies de recours : l'appel et la *Revision* (cassation). L'appel permet de remettre en cause tant l'établissement des faits de l'espèce que leur appréciation en droit. La *Revision* ne permet en revanche que d'attaquer les appréciations juridiques du juge du fait.

Il n'existe aucune garantie constitutionnelle de ces voies de recours. L'article 19, paragraphe 4, de la Loi fondamentale se borne à garantir au citoyen une voie de recours contre des décisions de l'administration. Il ne confère par contre au citoyen aucun droit à un contrôle de décisions judiciaires.

Comme il a déjà été souligné dans la première partie du présent exposé, la *Revision* est cependant un instrument très important en vue de garantir la protection des droits fondamentaux dans la procédure pénale⁴⁴. Si dans le déroulement de la procédure jusqu'au jugement les autorités chargées des poursuites pénales ont violé des droits fondamentaux et s'il est envisageable que le jugement repose sur ces violations, le juge de la *Revision* annulera la décision rendue. C'est au niveau de l'administration de la preuve qu'on rencontre le plus fréquemment des violations de droits fondamentaux qui ont une incidence sur la décision rendue⁴⁵. On peut citer par exemple un jugement pénal fondé sur une intervention irrégulière dans le secret des communications téléphoniques au sens de l'article 10 de la Loi fondamentale. C'est en raison de ce type de lien que le droit de la *Revision* est devenu le champ d'élection de l'application de ce qu'on appelle les « interdictions de preuves », qui reposent dans une très large mesure sur le droit constitutionnel. Je ne peux pas ici entrer dans les détails. Ce seul sujet constituerait un livre entier.

44. V. ci-dessus I. C. 2 a.

45. V. ci-dessus note 8.

Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain ¹

Mireille DELMAS-MARTY

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

Membre de l'Institut universitaire de France

« L'homme est une invention récente. » Par cette formule provocatrice Michel Foucault ² place au XIX^e siècle l'« invention » de l'homme comme objet des sciences « humaines ». En écho à cet homme inventé sur les traces d'un Dieu disparu, le crime contre l'humanité est une « invention » plus récente encore : incriminé pour la première fois en 1945 par le Statut du Tribunal militaire de Nuremberg, ne prendrait-il pas la relève du sacrilège et du lèse-majesté ? Comme eux, le crime « de lèse-humanité », pour citer l'expression d'un commentateur ³, s'efforce de faire entrer dans la sphère du droit pénal l'indicible et l'impensable. Ayant renoncé à la divinité, au moins dans la conception occidentale, le droit pénal, s'attacherait désormais à faire respecter l'humanité.

L'humanité, c'est-à-dire moins « l'espèce humaine », au sens donné par les sciences « naturelles », que la « famille humaine », pour reprendre la formule du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Culture contre nature, l'homme humain – l'homme des droits de l'homme – paraît différent de l'homme biologique, celui des biotechniques, médicales et scientifiques. La preuve en est que l'atteinte à la vie ne suffit pas à caractériser le crime contre l'humanité qui implique une tout autre échelle, en ce qu'il vise l'assassinat ou l'extermination de « populations civiles » (art. 6 c, du Statut préc.). Mieux encore, l'atteinte à la vie n'est pas nécessaire à la définition d'un crime qui peut prendre d'autres formes, telles que la réduction en esclavage, la déportation, les persécutions pour motifs politiques, raciaux ou religieux, ou « tout autre acte inhumain » (art. 6 c, préc.), étant précisé qu'un tel acte peut « découler de la politique d'apartheid » (art. 1^{er}, Convention ONU sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 nov. 1968). Plus largement d'ailleurs, l'interdit de l'acte « inhumain » ou dégradant apparaîtra de façon autonome dans divers textes internationaux de protection des droits de l'homme adoptés après la guerre (art. 3, Convention

1. Ce texte a été rédigé à partir d'une conférence, prononcée lors du XXVI^e Congrès français de criminologie et actualisée dans le cadre du Séminaire d'histoire et de philosophie des sciences dirigé par Anne Fagot-Largeault et D. Andler. Il reprend en partie des développements de l'ouvrage *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

2. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, 1986.

3. M. Massé, in *Actes, Droit et humanité*, sept. 1989.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 nov. 1950, CESDH, art. 7 Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, 16 déc. 1966 ; V. aussi Déclaration puis Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 9 déc. 1975 et 10 déc. 1984).

Examinons de plus près cette relation entre crime contre l'humanité et droits de l'homme.

Parfois définis comme « l'envers » des droits de l'homme, les crimes et délits peuvent en effet pour la plupart être exprimés, non seulement en forme d'interdit (par exemple, celui du meurtre, du vol ou, plus récemment, de la pollution), mais encore en termes positifs de valeur à respecter (la vie, la propriété, l'environnement...), dont les textes relatifs aux droits de l'homme fournissent l'énumération. Or, cette expression positive de la valeur protégée par l'interdit est curieusement absente en notre domaine. Qu'il s'agisse des crimes contre l'humanité ou de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la valeur sous-jacente à l'interdit n'est jamais exprimée, dans les textes cités ci-dessus, sous sa forme positive. Comme si le droit hésitait à dire cet irréductible humain qui ne se confond ni avec la vie, ni avec la liberté.

C'est pourtant ce que je vais tenter de lui faire dire : par une lecture du double *interdit* – celui du crime contre l'humanité *stricto sensu* et celui des peines ou traitements inhumains ou dégradants –, je voudrais essayer de dégager l'*irréductible humain* qui sous-tend les pratiques juridiques. Façon de donner sens à ces pratiques en montrant tout à la fois leur signification présente et la direction qu'elles pourraient indiquer pour l'avenir.

I. – L'INTERDIT

L'interdit du crime contre l'humanité n'a pas surgi brutalement pour s'imposer de lui-même entre 1939 et 1945.

L'idée prend d'abord la forme d'une réprobation indignée, plus de sentiment que de raison, exprimée notamment par Beccaria lorsqu'il dénonce la torture en employant des termes comme « barbarie » ou encore « usage digne des cannibales ». C'est que, si l'humanisme est présent aux côtés de la raison tout au long du *Traité des délits et des peines*, ils demeurent à l'époque (1764) sinon opposés, du moins séparés, comme s'ils relevaient de deux conceptions différentes de la légitimité pénale¹. Pour ce qui est de la torture, après l'avoir dénoncée, Beccaria s'efforce d'en démontrer l'absurdité du strict point de vue de l'utilité publique, insistant sur le risque « de faire tomber en contradiction, et l'innocence qui tremble, et le crime qui cherche à se cacher », donc d'aboutir à « condamner l'innocent faible » et à « absoudre le scélérat robuste ».

De même parle-t-il des « cruautés inutiles » que produisent un certain nombre de peines. Là encore le constat humaniste – la cruauté des peines – se double d'une argumentation utilitariste – leur inutilité quant à la prévention des crimes.

Sur la peine de mort, son propos est un peu différent car il examine non seulement si la peine de mort est utile, mais encore si elle est juste, ce qui

4. V. Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria, cette *Revue*, 1989.252.

l'amène à reconnaître valeur en soi au droit à la vie. Toutefois, l'utilité l'emporte finalement : « la mort d'un citoyen peut être regardée comme nécessaire pour deux motifs » qui sont, selon lui, l'atteinte à la sûreté publique et l'absence d'autre frein capable d'empêcher de nouveaux crimes.

Il faudra près de deux siècles et les violences de deux guerres mondiales pour dépasser cette disjonction : humanisme/utilitarisme ou sentiment/raison. Près de deux siècles pour que le droit pénal s'efforce de donner, sinon une véritable définition, du moins un contenu juridique, aux actes de « barbarie », en établissant la liste des pratiques qualifiées de « crimes contre l'humanité ». Puis quelques années encore pour qu'apparaisse, avec l'émergence d'un véritable « droit des droits de l'homme », un autre interdit, celui des peines ou traitements « inhumains ou dégradants » (1950 pour la CESDH, 1966 pour le Pacte de l'ONU, 1984 pour la Convention de l'ONU, V. *supra*). Celui-ci ne s'adresse pas aux individus et n'est pas défini juridiquement comme crime, mais il concerne directement les Etats et peut fonder leur condamnation par une Cour internationale.

Deux façons complémentaires d'exprimer en termes de raison juridique ce sentiment de réprobation qui échappait auparavant à la construction argumentée des systèmes de droit.

— *L'interdit du crime contre l'humanité, stricto sensu*, est formulé avec des nuances d'un texte à l'autre, nuances qui marquent sans doute la difficulté pour les juristes à définir une notion qu'ils se contentent de décrire par l'énumération d'exemples.

Selon le Statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c), les crimes contre l'humanité sont : l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions (qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés) ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

De son côté, l'article 2 c, de la loi n° 10 promulguée le 20 décembre 1945 par le Conseil de contrôle en Allemagne propose l'énumération suivante : « Atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains commis contre la population civile et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés. »

S'ajoute, dans les textes ultérieurs de l'ONU et du Conseil de l'Europe (26 nov. 1968 et 25 janv. 1974) sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la référence au génocide, tel que le définit la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1948 : « Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) meurtres de membres du groupe ;
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;

d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;

e) transferts forcés d'enfants du groupe à un autre groupe. »

S'ajoutera encore, mais seulement dans la Convention de l'ONU sur l'imprescriptibilité, la référence aux actes inhumains résultant de la politique d'apartheid, étant précisé que le « crime d'apartheid » sera défini à son tour par une Convention de l'ONU du 3 novembre 1973 dans les termes suivants (art. 2) : « L'expression crime d'apartheid (...) désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci. »

Ce texte est complété par une longue liste qui comprend non seulement des atteintes à la vie entraînant directement ou indirectement la destruction totale ou partielle d'un groupe d'êtres humains, mais encore des atteintes à « l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou la dignité » des membres d'un groupe, ainsi que diverses « persécutions » et pratiques discriminatoires.

Enfin, il faut citer la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU du 3 mai 1993⁵ qui crée « un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations du droit international humanitaire commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ». Il s'agit d'un tribunal *ad hoc* et non d'une Cour permanente, mais pour la première fois un tel tribunal émane de la Communauté internationale tout entière et non des vainqueurs comme à Nuremberg ou des victimes comme en Israël. Or la résolution vise à la fois des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

C'est dire la complexité de la notion de crime contre l'humanité qui comprendrait donc « des crimes spécifiquement nommés (génocide, apartheid) et d'autres qui ne le sont pas autrement que par cette expression générique »⁶.

Cette complexité est accrue par la proximité des crimes contre l'humanité avec les crimes de guerre, marquée d'abord par le Statut du Tribunal de Nuremberg qui énumère successivement ceux-ci (art. 6 b) puis ceux-là (art. 6 c), sans définir avec précision le critère de distinction.

Il est vrai que jusqu'au procès *Barbie* la question de la distinction ne s'était pas directement posée.

D'une part, le Tribunal de Nuremberg, tribunal « militaire », s'était déclaré incompétent pour juger les crimes contre l'humanité commis avant la guerre, notamment par les médecins nazis, de 1933 à 1935⁷. Quant aux crimes commis au cours des hostilités, le tribunal a soigneusement évité d'opérer une distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité, préférant retenir pour la plupart des accusés les deux chefs d'accusation. D'où cette constatation du professeur Donnedieu de Vabres (juge français à Nuremberg), lui-même réservé à l'égard de la notion de crime contre l'humanité, que la notion s'était « volatisée du fait du jugement ». D'autre part, les deux Conventions sur l'imprescriptibilité déclarent imprescriptibles tant les crimes de guerre que les crimes contre l'humanité.

Mais ces Conventions n'ont pas été ratifiées par la France et la loi française du 29 décembre 1964 « constate l'imprescriptibilité » pour les seuls crimes contre l'humanité. Ce qui explique la nécessité lors du procès *Barbie*, puis du

5. Résolution S/25704. V. K. Lescure, *Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Montchrestien, 1994.

6. M. Massé, préc.

7. V. Cl. Ambroselli, *Ethique médicale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1988.

procès *Touvier*, de distinguer les deux catégories. Ce pouvait être l'occasion de définir la spécificité du crime contre l'humanité, mais la définition est restée ambiguë car deux conceptions sont apparues : l'une adoptée par la cour d'appel de Lyon, suivant les réquisitions du procureur général Truche, et l'autre par la Cour de cassation⁸. La première considère que « faute d'élément intentionnel, constitue un crime de guerre et non un crime contre l'humanité la déportation de personnes pour lesquelles des indices permettaient à Barbie de penser qu'il s'agissait de combattants de la Résistance ». Cette conception rejoint celle d'André Frossard : il y a crime contre l'humanité quand « on tue quelqu'un sous prétexte qu'il est né »⁹.

En revanche, la Cour de cassation, rejetant la qualité des victimes comme élément déterminant, donne des crimes contre l'humanité une définition à la fois plus large et plus étroite. Plus large en ce qu'elle englobe les crimes contre les résistants qui, eux, ne sont pas tués parce qu'ils sont nés, mais pour ce qu'ils ont fait ; mais plus étroite car elle limite le crime contre l'humanité au contexte historique de Nuremberg : « attendu que constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6 c du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 – alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6 b de ce texte – les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».

Formule qui amènera la chambre d'accusation de Paris¹⁰ à exclure la qualification de crime contre l'humanité dans l'affaire *Touvier*, au motif que le gouvernement de Vichy n'avait pas pratiqué une telle politique d'hégémonie. De justesse, la Cour de cassation devait rétablir la qualification, permettant ainsi le renvoi de Touvier devant la cour d'assises des Yvelines¹¹ ; mais elle casse l'arrêt de la chambre d'accusation sans pour autant remettre en cause sa définition antérieure. Cette « habileté dans l'esquive »¹² lui permettant d'éviter de qualifier de crimes contre l'humanité des actes commis plus tard, notamment dans le contexte de la décolonisation française¹³.

Par rapport à ces conceptions, le nouveau code pénal renonce à la vision purement historique, mais il ne tranche pas complètement le débat car il reste étroitement inspiré des textes internationaux. Il place en tête de la partie spéciale du code (L.II), dans un titre premier intitulé « Crimes contre l'humanité », des textes visant le génocide (art. 211-1), puis « la déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture

8. Lyon, 4 oct. 1985, *Crim.*, 20 déc. 1985, *Bull.* 407, *JCP* 1986.II.20635, Rapp. Le Gunehec, concl. Dontenville. V. également M. Massé, préc. et Cl. Lombois, Un crime international en droit positif français, in *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 367 et s.

9. A. Frossard, *Le crime contre l'humanité*, Laffont, 1987. Dans le même sens P. Truche, *Le crime contre l'humanité*, *Droits*, 1993, p. 19 et s.

10. Paris, 13 avr. 1992.

11. *Crim.*, 27 nov. 1992, *Bull.* 394, chr. M. Massé, cette *Revue*, 1993.372 également Grynogel, cette *Revue*, 1993. V. aussi P. Truche et P. Bouretz, Crimes de guerre, crimes contre l'humanité, *Encycl. Dalloz*, août 1993. *Adde* *Crim.* 21 oct. 1993, *Bull.* 307, rejetant le pourvoi de Touvier contre l'arrêt le renvoyant devant la cour d'assises des Yvelines.

12. R. Koering-Joulin, A. Huet et P. Wachsmann, *Le Monde*, 19 déc. 1992.

13. V. *Crim.*, 1^{er} avr. 1993, *Bull.* 143 (à propos du conflit indochinois), *Droit pénal*, 1994, Comm. 38.

ou d'actes inhumains, inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisés en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile » (art. 212-2). Sans revenir à la formule de la Cour de cassation, le code ne dégage pas non plus la spécificité du crime contre l'humanité et se contente, comme dans le Statut de Nuremberg, d'une énumération de son contenu ¹⁴.

D'où l'utilité d'un rapprochement avec l'interdit des traitements « inhumains » ou dégradants.

— *L'interdit des peines ou traitements inhumains ou dégradants* est posé par divers textes internationaux relatifs aux droits de l'homme où il accompagne celui de la torture (art. 3 CESDH, art. 7, Pacte ONU sur les droits civils et politiques). Le Pacte est d'ailleurs plus précis que la Convention européenne, car il considère comme exemple « particulier » de traitements inhumains ou dégradants, interdits au même titre que la torture par l'article 7, le fait « de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

Encore faut-il montrer en quoi la qualification de traitement inhumain ou dégradant est liée à la notion de crime contre l'humanité, alors même qu'il ne s'agit pas, dans les textes précités, d'une qualification pénale, mais de l'interdiction pour un Etat de telles pratiques, contraires aux droits fondamentaux de la personne.

Le lien apparaît, précisément à propos d'expériences médicales ou scientifiques imposées sans le consentement de l'intéressé, avec le procès, puis le jugement des médecins nazis à Nuremberg. Bien que limité à la prise en compte des pratiques d'expérimentation commises pendant la guerre, ce procès amena le tribunal militaire américain à déterminer dix principes « d'éthique médicale », connus sous le nom de Code de Nuremberg (1947) ¹⁵. Et ces principes devraient logiquement imposer l'élargissement du crime contre l'humanité à leur violation.

Plus tard, le lien entre l'affirmation d'un droit et la nécessité d'en sanctionner les violations a été souligné à plusieurs reprises, notamment par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qu'il s'agisse d'« ingénierie génétique » (Recommandation 934, 1982) ou de l'utilisation des embryons ou fœtus humains dans la recherche scientifique (Recommandation 1100, 1989). Mais ni la nature, ni l'échelle des sanctions ne s'y trouvent précisées, car il s'agit seulement de « recommandations » aux Etats.

En pratique, le recours à des sanctions pénales est encore modeste en matière biomédicale. Il apparaît avec la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches médicales (intégrée

14. Pour une analyse des nouveaux textes, V. J. Francillon, *Crimes de guerre et crimes contre l'humanité*, *J.-Cl.* 1993, n° 75 et s. V. également chronique M. Massé, cette *Revue*, 1994.376. L'auteur s'étonne qu'il y ait dans le code (aux articles 221-3 et 4, dès avant la loi du 1^{er} février 1994, et *a fortiori* depuis cette loi tendant à une peine de perpétuité incompressible) « pires crimes que ceux-là », c'est-à-dire des crimes plus sévèrement punis, par le jeu des périodes de sûreté. Les crimes contre l'humanité avaient pourtant été qualifiés par le garde des Sceaux de « formes les plus odieuses de barbarie ».

Ajoutons que la notion d'atteinte à la dignité de la personne est réduite dans le nouveau code pénal au chapitre V (art. 225-1 à 225-4) concernant, non pas le crime contre l'humanité (ch. I), ni la torture et les actes de barbarie rattachés aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne (ch. II), mais les discriminations, le proxénétisme et infractions assimilées, ainsi que les conditions de travail et d'hébergement « contraires à la dignité de la personne ».

15. V. Cl. Ambroselli, préc.

désormais au code pénal, art. 223-8 et 9). Mais il s'agit d'un simple délit correctionnel qui reste fort loin de la notion, même élargie, de crime contre l'humanité. De même le rapport du Conseil d'Etat intitulé *De l'éthique au droit* (1989) se contente de prévoir un certain nombre de délits en ce qui concerne l'utilisation des organes et produits du corps humain et la procréation médicalement assistée.

Plus modestes encore, les trois projets récemment débattus au Parlement (projets déposés par le gouvernement en 1992 et largement repris, après le vote en première lecture de l'Assemblée nationale, par le nouveau gouvernement en 1993) marquent, par leur éclatement même, le refus d'une réflexion globale sur ce qu'il est convenu d'appeler « l'éthique biomédicale ». Chaque projet émane en effet d'un ministère différent et se limite ainsi à un objet circonscrit : pour la Justice, la protection du corps humain pour le ministère des Affaires sociales et de la Santé, le second projet dont l'intitulé est déjà tout un programme (« relatif au don et à l'utilisation des parties et produits du corps humain, à la procréation médicalement assistée et au diagnostic prénatal, ainsi qu'au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ») ; enfin, pour le ministère de la Recherche « le traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou de l'amélioration de la santé ». En évitant l'approche globale, la méthode choisie facilite, comme toute énumération, les oublis. Il est vrai que les parlementaires ont largement complété les projets, y compris à propos des questions les plus controversées de la procréation artificielle comme celle du sort des embryons surnuméraires (dont la conservation est limitée à cinq ans, art. L. 152-4, CSP) ou du diagnostic préimplantatoire.

Selon la loi adoptée le 23 juin 1994 mais non encore promulguée, l'homme et la femme formant un couple peuvent non seulement consentir, à titre exceptionnel, à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple (art. L. 152-4 CSP), mais encore, toujours à titre exceptionnel, « accepter que soient menées des études sur leurs embryons », à la condition qu'il s'agisse d'études « à finalité médicale » et ne pouvant porter atteinte à l'embryon (art. L. 152-8 CSP). Quant au diagnostic « biologique » effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon *in vitro*, il est autorisé, à titre exceptionnel, lorsque le couple, « du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic » (art. L. 162-17 CSP).

De telles dispositions risquent de faciliter les dérapages, de l'exception admise vers des pratiques eugéniques ou des expérimentations sans finalité médicale. D'où le renforcement des sanctions pénales, inscrites soit dans le Livre V du nouveau code pénal (Titre I « Des infractions en matière de santé publique »), soit dans le code de la santé publique. Ainsi, le fait de procéder à la conception d'embryons humains, ou de les utiliser, à des fins industrielles ou commerciales, est puni d'un emprisonnement de sept ans, comme le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sans respecter les conditions légales (art. L. 152-17 CSP). Quant au nouveau code pénal, il incrimine désormais « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes » (art. 511-1 NCP).

Si le crime d'eugénisme ainsi créé n'est pas assimilé aux crimes contre l'humanité, la peine encourue étant d'ailleurs moins lourde (vingt ans de

réclusion criminelle), il s'en rapproche néanmoins par son fondement même.

Au-delà de la protection de la personne, désormais inscrite à l'article 16 du code civil interdisant « toute atteinte à la dignité de celle-ci », il s'agit en effet explicitement de « la protection de l'espèce humaine », comme l'annonce l'intitulé de la section 1, en tête du chapitre consacré aux « Infractions en matière d'éthique biomédicale ».

J'en arrive à la face cachée de notre thème.

II. - L'IRRÉDUCTIBLE HUMAIN

Irréductible d'abord à toute définition philosophique et même à toute dénomination. Hannah Arendt disait que « l'impossibilité de durcir en mots l'essence vivante de la personne » est telle que, dans tout le domaine des affaires humaines, « elle exclut en principe que nous puissions jamais traiter ces affaires comme nous manions les choses dont la nature est à notre disposition car nous savons les nommer »¹⁶.

Si la nature de l'homme n'est pas « à notre disposition », ce n'est pas seulement parce que nous ne savons pas la nommer, c'est aussi que l'homme est à sa manière protestation, résistance à la nature. En proclamant que les hommes « naissent libres et égaux en droits », les grandes Déclarations, de 1789 à 1948, expriment précisément cet écart nature/culture qui serait le propre des systèmes de droit. De même qu'en désignant les hommes comme « les mortels », les Grecs opposaient à une nature immortelle, parce que prise dans le mouvement circulaire de la vie biologique, la mortalité humaine. « La mortalité, dira à son tour Hannah Arendt, c'est se mouvoir en ligne droite dans un univers où rien ne bouge si ce n'est en cercle », et c'est en ce sens qu'elle lancera, non sans quelque provocation, que la naissance et la mort « ne sont pas des événements naturels à proprement parler ». Il est vrai que l'on commence à entrevoir, derrière l'appel de certains médecins à généraliser, voire à imposer, le don d'organes en se fondant sur la notion, circulaire précisément, de « santé publique » ou derrière les pratiques de conservation des cellules germinales ou des embryons, comment la naissance et la mort pourraient perdre une grande part de leur signification et l'espèce humaine devenir une espèce comme les autres, que l'homme apprend à modifier et à fabriquer comme il modifie et fabrique déjà des espèces animales ou végétales...

Mais il est sans doute trop simple d'opposer ainsi nature/culture et de réduire les droits de l'homme à une protestation contre la nature. A leur manière, les neurosciences renouvellent peut-être le débat en montrant que certaines facultés cognitives, comme celle de « se représenter l'autre de manière réflexive, comme un autre soi-même, membre de la même espèce sociale » et celle de se représenter « l'organisation du groupe social », seraient « caractéristiques de l'espèce humaine »¹⁷.

16. Hannah Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983, p. 238.

17. J.-P. Changeux in A. Connes et J.-P. Changeux, *Matière à pensée*, éd. Odile Jacob, coll. « Points » 1992, p. 244. V. aussi *Fondements naturels de l'éthique* (sous la direction de J.-P. Changeux), Odile Jacob, 1993, en particulier A. Fagot-Largeault, Normativité biologique et normativité sociale, p. 191 et s., adoptant une « position naturaliste faible », et D. Sperber, Remarques anthropologiques sur le relati-

Ce n'est pas pour autant que les neurosciences parviennent à fonder l'humanité et les droits de l'homme. D'abord en raison de l'ambivalence de ces facultés cognitives car le fait de se représenter l'autre peut expliquer les grands altruismes, mais aussi les pires perversités, la criminalité comme les droits de l'homme¹⁸. Surtout parce qu'il faudrait réussir à isoler les « régularités qui seraient imposées par le patrimoine génétique de l'homme ». Or il existe – c'est semble-t-il une autre caractéristique de l'espèce humaine – une très grande variabilité épigénétique. Définie comme une « variabilité connexionnelle qui se trouve libérée du pouvoir des gènes par les modalités de croissance et de stabilisation des connexions synaptiques », cette variabilité expliquerait la multiplicité des cultures particulières et leur diversité. Or les règles propres à chaque culture se fixent elles aussi sur le cerveau, au cours du développement de l'individu. En définitive, entre les régularités propres à l'espèce humaine et les règles qui caractérisent chaque culture, la distinction « reste très difficile, par suite de l'intrication très profonde de ces deux composants au cours des étapes successives du développement »¹⁹.

A défaut de pouvoir isoler le noyau dur et irréductible des droits de l'homme comme expression du patrimoine génétique commun à l'humanité, on retiendra que les neurosciences n'infirmes pas l'existence d'une certaine universalité, assortie il est vrai de cette très grande variabilité épigénétique. Comme si la biologie venait confirmer l'intuition première d'une humanité à la fois une et multiple que les droits de l'homme s'efforcent d'ordonner autour de ce noyau dur.

Or ce noyau dur a pris simultanément aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale la forme juridique du double interdit décrit plus haut. Interdit suprême qui isole juridiquement la valeur qu'il exprime car il distingue des autres droits de l'homme les droits « indérogeables », des autres crimes, les crimes « imprescriptibles », élevant ainsi des bornes que l'on voudrait infranchissables, afin de protéger l'irréductible humain.

Il faut donc revenir aux deux séries d'interdits pour y rechercher, au-delà de la simple description juridique, cette spécificité qui les rend « indérogeables » ou « imprescriptibles ».

– *Les droits « indérogeables »*, la Déclaration universelle de 1948 n'en parle pas. Il est vrai qu'elle proclame les droits de l'homme comme « idéal à atteindre » et non comme modèle à suivre. Pourtant l'article 29-2 de la Déclaration admet des « limitations », à la double condition qu'elles soient prévues par la loi et répondent aux exigences « du respect des droits et libertés d'autrui » ou de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

C'est reconnaître la possibilité de conflits entre les droits d'une personne et ceux d'autrui ; c'est surtout ménager aux valeurs collectives de l'ordre, généralement associées aux exigences politiques de la raison d'Etat, un espace de négociation, espace largement ouvert par les termes employés : la morale,

visme moral, p. 319 et s., montrant qu'il existe au moins « quatre thèses relativistes possibles », selon la façon dont se combinent les relativismes métaphysique et anthropologique dans le domaine cognitif et celui de la morale.

18. Façon pour la biologie de rejoindre l'observation sociologique. V. Durkheim, *Règles de la méthode sociologique*, PUF, 18^e éd., 1973, p. 70 : « Le crime est donc nécessaire ; il est lié aux conditions fondamentales de toute vie sociale, mais, par cela même, il est utile ; car ces conditions dont il est solidaire sont elles-mêmes indispensables à l'évolution normale de la morale et du droit. »

19. J.-P. Changeux, préc. note 33, p. 248.

l'ordre public et le bien-être général. La question se pose aussitôt de savoir si tous les droits énoncés sont soumis à de telles limitations ou si certains d'entre eux y échappent et bénéficient d'une protection absolue.

Non résolue par la Déclaration de 1948, cette question de la hiérarchie entre les droits et libertés proclamés est réglée par la Convention européenne de 1950 et, dans des conditions assez proches, par le Pacte de l'ONU de 1966.

Réglée de façon complexe car ces textes laissent apparaître une structure à plusieurs degrés.

Au sommet, quelques rares droits à protection absolue, c'est-à-dire pour lesquels aucune dérogation, exception ou restriction n'est admise, même à titre temporaire, même en cas de « danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation » (art. 4 Pacte de 1966 ; comp., dans le même sens, art. 15 CESDH). Ce sont précisément les droits « indérogeables » qui comprennent, outre l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ceux de l'esclavage et de la servitude (art. 1 et 2 Pacte, art. 4 CESDH), de la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique (art. 16 Pacte) et des expulsions collectives (art. 4 du protocole additionnel CESDH n° 4).

Il ne s'agit donc pas de protéger la vie en tant que telle mais d'imposer le respect de la « dignité inhérente à la personne », pour reprendre la formule énoncée seulement dans le Préambule de la Déclaration universelle de 1948 et celui du Pacte de 1966 (qui sera d'ailleurs expressément mentionnée par l'article 5 de la Convention américaine de 1969 et l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981).

Le droit à la vie n'apparaît au mieux qu'au second rang, parmi les droits à protection « quasi absolue », c'est-à-dire protégés sans exception ni restriction mais pouvant être temporairement suspendus en cas de guerre ou autre menace pour la vie de la nation (clause de sauvegarde nationale précitée, art. 4 Pacte ONU, art. 15 CESDH). A côté de droits comme la non-discrimination, la présomption d'innocence ou, plus largement, le droit aux garanties du procès équitable (art. 14 Pacte, art. 6 CESDH), le droit à la vie se rattache à cette catégorie pour les pays qui ont ratifié le Protocole n° 6 abolissant en Europe la peine de mort, car ce texte réserve le cas de guerre qui légitime une dérogation.

Quant aux autres droits énoncés, ils sont à protection relative, c'est-à-dire qu'ils peuvent, de façon temporaire ou permanente, faire l'objet : soit d'exceptions strictement définies (catégorie dont relève, par exemple, le droit à la liberté et à la sûreté pour lequel des exceptions sont expressément énumérées par les articles 9 du Pacte et 5 CESDH) ; soit de restrictions autorisées dans leur principe et appliquées par chaque Etat avec une « marge nationale d'appréciation » variable selon les domaines concernés (de cette dernière catégorie relèvent notamment le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, de la liberté d'opinion et d'expression).

De ce repérage gradué, on retiendra que la vie n'a pas valeur absolue – ce qui marque bien qu'il ne s'agit pas d'une conception purement biologique de l'homme –, mais qu'en revanche le respect de la dignité humaine est le seul droit indérogeable en ce sens qu'il est seul à s'appliquer en toutes circonstances (même en cas de guerre ou de danger exceptionnel menaçant la vie de la nation), et à tout être humain, quels que soient ses écarts aux normes de

référence : écart aux normes juridiques (criminels), sociales (marginaux), biologiques (handicapés), mentales (aliénés)...

Cela dit, cette notion de dignité de la « personne » humaine semble à la fois trop étroite et trop imprécise pour fonder la définition du crime contre « l'humanité ».

D'autant qu'elle a parfois servi d'argument en faveur de pratiques, comme la censure d'ouvrages ou, plus gravement encore, les politiques d'eugénisme mises en place au début du siècle, non seulement en Allemagne, mais aussi en Europe et aux Etats-Unis. Précisément, ces politiques préconisaient la « libération », le plus souvent en forme de « suppression », d'un certain nombre d'êtres humains, dans le but de préserver... la dignité humaine. Comme l'écrit Charles Richet en 1913 : « C'est une barbarie que de forcer à vivre un sourd-muet, un idiot ou un rachitique... il y a de la mauvaise matière vivante qui n'est digne d'aucun respect ni d'aucune compassion. Les supprimer résolument serait leur rendre service car ils ne pourront jamais que traîner une misérable existence »²⁰.

Pour donner à la dignité sa pleine signification de valeur essentielle à l'homme et à la communauté humaine, que laisse pressentir la formule célèbre de Sartre « tout homme est tout l'homme », l'analyse doit être affinée. Notamment au regard de nouvelles pratiques qui ne mettent pas en cause la vie humaine mais tendent, par exemple, au maintien en vie à fins d'expérimentation sans but thérapeutique, au développement de l'ingénierie génétique²¹, ou à l'utilisation d'embryons ou fœtus humains à des fins thérapeutiques, scientifiques, industrielles ou commerciales²². De tels exemples montrent qu'il y a urgence à mieux cerner cet irréductible humain qui, au nom des droits indérogeables, protégerait en effet bien plus que la vie ou même la dignité d'un individu, car il s'agit d'une valeur à la fois individuelle (le plus précieux de chaque être) et collective (l'idée même d'humanité). Si la liste des droits indérogeables en donne une première idée, ce n'est qu'à l'analyse des crimes imprescriptibles, en particulier ceux qu'on nomme crimes contre « l'humanité », que l'on peut tenter d'en rechercher les composantes.

— *Les crimes « imprescriptibles »* marquent d'abord le refus de l'oubli. Car la prescription n'est pas un acte de volonté comme l'amnistie²³ ou la grâce. Elle n'exprime pas le pardon des hommes, seulement l'oubli du temps, qui garantit l'impunité des crimes après un certain délai, depuis les faits (prescription de « l'action publique » qui empêche toute poursuite), ou depuis la condamnation (prescription de la peine qui ne sera plus mise à exécution).

Malgré ses vertus apaisantes, l'impunité, surtout quand elle bloque tout procès, empêche la formation d'une mémoire. Or la mémoire n'a pas pour fonction essentielle de régurgiter le passé mais d'alimenter le présent et de préparer l'avenir.

20. Cité par Cl. Ambroselli in *Ethique médicale*, préc., p. 43.

21. La recommandation adoptée en 1982 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'ingénierie génétique envisage « de prévoir la reconnaissance expresse, dans la Convention européenne des droits de l'homme, du droit à un patrimoine génétique n'ayant reçu aucune manipulation, sauf en application de certains principes reconnus comme pleinement compatibles avec le respect des droits de l'homme ». V. aussi C. Labrusse-Riou, *Les implications juridiques de la génétique*, Actes du Colloque franco-suédois, Stockholm, 1989, in *Revue de droit public*, LGDJ, 1990, p. 1365 et s.

22. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation de 1986, également Recommandation de 1989 sur l'utilisation des embryons et fœtus humains dans la recherche scientifique.

23. Sur l'application de l'amnistie aux crimes commis pendant la guerre d'Algérie, voir P. Poncela, *L'humanité, une victime peu présentable*, D. 1991.Chron. 229 et les deux arrêts inédits cités.

A Nuremberg et Tokyo, quand furent jugés les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale, la distance était trop courte pour que la question fût posée. C'est en 1964 que fut votée à l'unanimité en France une loi tendant à « constater » – ce qui veut dire qu'il s'agissait déjà d'un principe général du droit international – l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Principe international de droit écrit désormais, avec la Convention de l'ONU de 1968 et la Convention européenne de 1974, qui, l'une et l'autre, associent à l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité celle des crimes de guerre, que la France avait très consciemment écartée, notamment en raison des guerres coloniales (elle n'a d'ailleurs ratifié aucune des deux conventions internationales).

Très proches, au point de se confondre dans le jugement de Nuremberg, les deux catégories des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité vont pourtant progressivement se distinguer l'une de l'autre. En France, la distinction fut nécessaire, comme on l'a vu, dans l'affaire *Barbie* comme dans l'affaire *Touvier*, en raison de cette loi de 1964 qui ne constate l'imprescriptibilité que pour les crimes contre l'humanité. Et le nouveau code pénal isole les crimes contre l'humanité, qui figurent en tête des crimes et délits contre les personnes.

Au plan international aussi, les deux catégories se sont séparées. La notion de crime de guerre, définie à Nuremberg par référence au droit international coutumier, est complétée par le droit humanitaire issu des Conventions de Genève. C'est d'ailleurs la violation de ces Conventions qui apparaît en tête de l'énumération des crimes visés dans le Statut du Tribunal international *ad hoc* adopté en 1993 par le Conseil de sécurité de l'ONU pour juger les crimes commis, depuis 1991, sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. S'ajoutent les violations « des lois ou coutumes de la guerre » et l'autre catégorie, celle des crimes contre l'humanité.

Catégorie autre, en effet, car la notion de crime contre l'humanité a suivi son propre chemin. Par-delà la définition générale de Nuremberg visant « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles », ainsi que les « persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux », commis en relation avec un crime de la compétence du tribunal, deux conventions de l'ONU ont ajouté des formes particulières considérées comme crimes contre l'humanité du point de vue de l'imprescriptibilité : le génocide en 1948 et l'apartheid en 1973, mais non le crime de torture (Convention ONU 1984). A son tour, en 1993, le rapport du Secrétaire général de l'ONU est très explicite car il précise que, dans le conflit yougoslave, les crimes contre l'humanité « ont pris la forme de la pratique dite du nettoyage ethnique, de viols généralisés et systématiques et d'autres formes de violence sexuelle, y compris la prostitution forcée »²⁴. Il faut évoquer aussi les débats récents sur les dangers de l'impunité comme « entrave à la démocratie », « échec à l'autorité de la loi » et « encouragement à de nouvelles violations » qui ont conduit à déclarer que la pratique systématique des disparitions forcées « est de l'ordre du crime contre l'humanité » (Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, décembre 1992) et doit être qualifiée de « crime continu », ce qui la rapproche d'un crime imprescriptible en rattachant le point de départ du délai de prescription au jour de la réapparition du disparu ou de la preuve de son décès. Enfin, la question reste ouverte de savoir si certains crimes commis en matière écologique ou biotechnologique (comme l'eugénisme créé par la loi

24. V. K. Lescure, préc., annexe p. 153 et s.

de 1994) devraient être aussi considérés comme crimes contre l'humanité, dans la mesure où ils mettent en cause le patrimoine commun.

On pressent ici le risque, en étendant la notion, d'en banaliser la signification. D'où la nécessité de dire l'interdit fondateur autrement que par l'énumération toujours recommencée des actes de transgression. En somme de passer de la forme négative à la forme positive en énonçant la valeur que l'on entend protéger par l'interdit du crime contre « l'humanité ».

Pour tenter d'y parvenir en évitant tout *a priori*, métaphysique ou idéologique, la méthode inductive est peut-être la moins mauvaise.

Si l'on revient aux actes posés comme crimes contre l'humanité, la première lecture laisse une impression d'hétérogénéité car le meurtre et l'assassinat voisinent avec l'esclavage, la déportation, les persécutions ou diverses discriminations allant jusqu'à l'apartheid. En revanche, la torture, comme on l'a rappelé, ne figure pas dans la liste de Nuremberg, alors même que l'interdit de la torture fait partie des droits indérogeables.

La symétrie n'est donc pas parfaite entre crimes imprescriptibles et droits indérogeables car le fondement de ces derniers reste un fondement individuel : ce sont des droits « de l'homme » et s'ils évoquent la dignité au sens le plus fort du terme, c'est de la dignité de la personne qu'il s'agit.

Avec le crime contre « l'humanité », apparaît l'idée d'un fondement collectif. Et c'est là le point commun aux divers interdits énumérés comme crimes contre l'humanité. En effet, le Statut de Nuremberg vise les crimes commis « contre toutes populations civiles » ; le génocide suppose l'intention « de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux » et l'apartheid l'objectif « d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci ». De même, le nouveau code pénal français évoque soit des actes par nature collectifs comme le génocide, la déportation ou la réduction en esclavage, soit la pratique « massive et systématique » de toute une série d'actes (y compris la torture ou des actes inhumains), inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisés « en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile ». De même encore le Statut du Tribunal international *ad hoc* créé en 1993 vise les crimes accomplis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et dirigés contre une « population civile quelle qu'elle soit ».

C'est dire que l'être humain, même inscrit profondément dans un groupe familial, culturel ou religieux, ne devrait jamais perdre son individualité – sa « personnalité » dit le Pacte de l'ONU – et se trouver réduit à n'être plus qu'un élément interchangeable de ce groupe et, *comme tel*, rejeté dans son altérité, c'est-à-dire à la fois dans sa singularité d'être unique et dans son égale appartenance à la communauté humaine. On retrouve ainsi la formule d'A. Frossard : le crime contre l'humanité apparaît lorsqu'on « tue quelqu'un sous prétexte qu'il est né ». Mais il peut prendre d'autres formes que le meurtre.

Si l'on admet la singularité et l'égale appartenance comme composantes de l'humanité comprise comme pluralité d'êtres uniques, cela revient à dire que l'expression de crime contre l'humanité pourrait désigner toute pratique délibérée, politique, juridique, médicale ou scientifique, comportant *soit* la violation du principe de singularité (exclusion pouvant aller jusqu'à l'extermination de groupes humains réduits à une catégorie raciale, ethnique ou

génétique ou, à l'inverse, fabrication d'êtres identiques), soit celle du principe d'égale appartenance à la communauté humaine (pratiques discriminatoires, telles que l'apartheid, création de « sur-hommes » par sélection génétique ou de « sous-hommes » par croisement d'espèces)²⁵.

Que ces pratiques passent ou non par la destruction physique d'êtres humains, elles portent en commun, plus grave encore, une « destruction métaphysique », pour reprendre la formule de Jean Ladrière qui ajoute « et cette destruction est inacceptable car elle signifie la destruction de l'ordre humain tout entier, la négation de l'effort même par lequel il y a l'humanité de l'homme »²⁶.

Génocide d'un côté (art. 211-1), eugénisme de l'autre (art. 511-1), le nouveau code pénal interdit désormais, sinon toute sélection des êtres humains, du moins la sélection organisée et systématisée, qu'elle se réalise par homicide ou par fabrication de vie. Il resterait à unifier les peines et à étendre l'imprescriptibilité au crime d'eugénisme, mais déjà le code pénal appelle à fonder l'irréductible humain sur d'autres valeurs que la vie ou la liberté individuelle.

C'est dire l'importance de la décision rendue le 27 juillet 1994 par le Conseil constitutionnel à propos des deux lois dont il avait été saisi (loi sur le « respect du corps humain » et loi relative « au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal »). Bien qu'il s'agisse d'une décision de conformité, le Conseil a saisi l'occasion de proclamer, à partir d'une lecture *a contrario* du Préambule de la Constitution de 1946, que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». Reprenant ainsi l'une des propositions du Comité Vedel, le Conseil constitutionnel supprime l'une des plus graves lacunes de notre système. En revanche, il donne implicitement à ce principe une signification individualiste en considérant qu'il n'existe « aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité ». Il devient donc plus que jamais nécessaire de préciser, par énumération ou par une définition, la notion de dignité, non seulement celle de la personne, mais aussi de la communauté humaine.

•

25. Un commentateur (J. Francillon, art. préc., n°73) s'est ému de cette formule déjà proposée lors du XXVI^e Congrès de l'Association française de criminologie. Il y voit le risque de diluer le crime contre l'humanité « dans la nébuleuse des droits de l'homme » et de l'abandonner « au hasard des appréciations subjectives de ce qu'il y a d'humain en l'homme ». Sans doute la définition proposée devrait-elle être améliorée et la notion de « pratique délibérée » précisée, et précisée au-delà de la référence à un plan concerté qui pose elle-même des difficultés d'interprétation (V. chron. M. Massé, cette *Revue* 1994, préc.). Mais une telle définition me paraît nécessaire dans son principe car c'est le refus de toute définition générale qui permet, au hasard des appréciations subjectives des uns et des autres, de faire du crime contre l'humanité une notion indéfiniment extensible et non le noyau dur et intangible constitutif de l'interdit suprême.

26. Jean Ladrière, in *L'éthique et les intérêts collectifs*, Bruxelles, 1983. V. aussi Robert Legros, *L'idée d'humanité*, Grasset, 1990.

Développements récents du contrôle du Conseil d'Etat en matière d'extradition.

Elisabeth ROLIN

Conseiller de tribunal administratif

Chargée d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le contrôle juridictionnel en matière d'extradition n'a pendant longtemps été, paradoxalement, qu'un débat classique de droit interne français : quel juge, judiciaire ou administratif ? Quel contrôle, formel ou matériel ?

Mais ce contrôle n'échappe plus, désormais, au processus d'internationalisation des rapports juridiques. Les deux arrêts *Joy Davis Aylor* et *Saniman* rendus le 15 octobre 1993 par la formation la plus solennelle du Conseil d'Etat¹, relatifs au statut des Etats demandeurs à l'extradition, en sont une illustration frappante.

— Quelles garanties le système judiciaire pénal de l'Etat requérant² doit-il apporter, pour que l'extradition requise ne soit pas regardée comme contraire à l'ordre public français ?

L'Etat requérant a-t-il un recours en cas de refus d'extradition de la part du gouvernement français ?

Telles sont les questions tranchées par ces arrêts.

Si l'extradition ne fait pas l'objet d'une définition légale³, la doctrine s'accorde cependant pour la définir comme « l'acte par lequel un Etat accepte de remettre à un autre Etat, qui le lui a réclamé, un individu se trouvant sur son territoire, afin de permettre à cet Etat de le poursuivre pour une ou plusieurs infractions déterminées ou de lui faire subir la peine prononcée par ses juridictions pour de telles infractions ». Par sa nature même, l'extradition se trouve aux confins de plusieurs branches du droit.

Elle intéresse au premier chef le droit international public, puisque l'une de ses sources majeures réside dans des conventions internationales et qu'elle apparaît dans ce cas comme l'accomplissement d'obligations de droit international définies par des traités⁴. Par son objet, l'extradition touche aussi au droit pénal. Elle constitue une mesure d'entraide répressive qui permet l'exercice de la justice de l'Etat qui sollicite l'extradition (l'Etat requérant), dans le respect des droits de l'Etat auquel elle est demandée (l'Etat requis)

1. CE Ass. 15 oct. 1993, *Mme Joy Davis Aylor*, d'une part, et *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, d'autre part ; *RFD adm.* 1993, n° 6, p. 1116, concl. Ch. Vigouroux ; *AJDA*, 1993, p. 848, chron. Ch. Maugué et L. Touvet.

2. On appelle « Etat requérant » celui qui sollicite l'extradition, et « Etat requis » celui qui est sollicité.

3. B. Genevois, *Le Conseil d'Etat et le droit de l'extradition*, *EDCE* 1982-1983, p. 29 à 61.

4. Cass. crim. 3 août 1988, *DP* 1889.1.173 ; Cass. crim. 15 déc. 1960, *Bull. crim.*, n° 591, p. 1160.

avec ou sans le concours de l'autorité judiciaire de cet Etat. Enfin, depuis qu'a été abandonnée à son propos la référence à la notion de contrat d'Etat à Etat, qui était en vogue au siècle passé⁵, l'extradition est juridiquement un acte administratif unilatéral qui se rattache au droit public interne et spécialement au droit administratif.

En droit français, c'est le premier aspect de l'extradition – son caractère d'acte d'Etat à Etat – qui a été pendant longtemps prédominant. Il était admis que l'extradition pouvait être accordée aussi bien pour l'exécution d'une convention internationale dans les cas prévus par elle, qu'en dehors des traités, et qu'il s'agissait d'un acte appartenant au roi, en vertu des droits qu'il tient de sa naissance⁶ ou même encore, d'un acte du chef de l'Etat exerçant ce droit en vertu de sa souveraineté et échappant au contrôle de l'autorité judiciaire⁷ comme du juge administratif. L'extradition apparaissait alors comme « un acte de haute administration fait en vertu d'un traité diplomatique » échappant par sa nature à tout contrôle juridictionnel⁸.

La loi du 10 mars 1927 manifeste l'intention du législateur français de soumettre la procédure d'extradition à des garanties plus importantes que celles résultant de traités ou de simples instructions du garde des Sceaux au parquet⁹. En vertu de ce texte, toute demande d'extradition présentée par un gouvernement étranger est soumise à la chambre d'accusation de la cour d'appel territorialement compétente. Après avoir fait comparaître l'intéressé, la chambre d'accusation, statuant sans recours, donne un avis motivé¹⁰ sur la demande d'extradition. Elle doit notamment examiner si les faits pour lesquels l'étranger est réclamé sont constitutifs d'un crime ou d'un délit au regard de la loi française comme de celle de l'Etat requérant, si l'infraction ne présente pas un caractère politique et s'il n'y a pas d'erreur évidente¹¹. Si elle estime que les conditions légales ne sont pas remplies, elle formule un avis défavorable qui lie le gouvernement, l'extradition ne pouvant alors être accordée. En revanche, si l'avis est favorable, le gouvernement peut, cela reste une faculté, prendre un décret prononçant l'extradition.

Compte tenu de ce nouvel état de droit où l'extradition apparaît comme un acte unilatéral soumis au respect des règles posées par le législateur, le Conseil d'Etat a admis en 1937, par une décision d'assemblée *Decerf*¹², la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un décret d'extradition. Toutefois, il s'est alors refusé de connaître de moyens tirés de la violation d'une convention d'extradition, solution que le président Laroque critiqua comme reposant sur des conceptions « manifestement périmées »¹³.

La limite ainsi fixée au contrôle du Conseil d'Etat a disparu avec la décision d'assemblée *Dame Kirkwood*¹⁴ qui, tirant les conséquences des dispositions de la Constitution du 27 octobre 1946, d'après lesquelles les traités ont force de loi, a admis que la personne extradée est recevable à invoquer à l'encontre du décret d'extradition la violation d'une convention internationale.

5. V. Billot, *Traité de l'extradition*, 1874, p. 2.

6. V. Cass. crim. 30 juin 1827, *Bull. crim.*, n° 162, p. 541.

7. V. Cass. crim. 4 mai 1865, *Bull. crim.*, n° 102, p. 187.

8. CE 2 juill. 1836, *Boidron, Rec.*, p. 330 ; S. 1836.2.443.

9. Telles les circulaires des 5 avr. 1841 et 12 oct. 1875.

10. V. M. Vitu, note sous CE, 18 nov. 1955 et 3 févr. 1956, *Pétalas, JCP* 1956.II.9194.

11. Ch. acc. Paris, 25 mai 1964, *JCP* 1965.II.14009, 2^e espèce, note A.P.

12. CE 28 mai 1937, *Decerf, Rec.*, p. 534 ; S. 1937.3.75 note P. Laroque.

13. P. Laroque, *loc. cit.*

14. CE Ass. 30 mai 1952, *Dame Kirkwood, Rec.*, p. 291 ; *RD publ.* 1952, p. 781, concl. Letourneur, note M. Waline ; S. 1953.3.33, note Bouzat.

Mais, malgré son aspect novateur sur certains points, cette décision maintenant, par égard pour le rôle conféré à la chambre d'accusation dans la procédure d'extradition passive¹⁵, le juge administratif dans des limites étroites : seule la légalité externe du décret pouvait faire l'objet d'une discussion devant lui. Au contraire, l'appréciation de fond émise par la chambre d'accusation sur le point de savoir si les conditions justifiant une extradition étaient ou non remplies n'était pas susceptible d'être discutée au contentieux¹⁶.

A la faveur de ses décisions *Astudillo Calleja*¹⁷ et *Croissant*¹⁸, le Conseil d'Etat a abandonné cette restriction de son contrôle et décidé qu'il lui incombait d'examiner tant la régularité de la procédure d'extradition que la légalité interne du décret d'extradition, au regard de la loi du 10 mars 1927 comme des conventions internationales.

La lente et progressive extension du contrôle juridictionnel de la légalité des décrets d'extradition illustre la justesse des vues développées par le président Laroque dans sa note sous l'arrêt *Decerf* de 1937 et témoigne de la logique inhérente au « recours pour excès de pouvoir ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »¹⁹.

Face à cette montée en puissance du recours pour excès de pouvoir, la Cour de cassation ne s'est pas montrée inactive et dans l'arrêt *Doré* du 17 mai 1984²⁰ elle a accepté de contrôler l'avis favorable à l'extradition rendu par une chambre d'accusation.

Aujourd'hui, pour reprendre l'analyse de Jérôme Chapuisat²¹, l'équilibre est donc le suivant : à la Cour de cassation, le contrôle de la régularité formelle de l'avis des chambres d'accusation, c'est-à-dire la procédure. Au Conseil d'Etat, le contrôle du décret d'extradition et de sa base légale ou conventionnelle, c'est-à-dire tout le reste.

Ce nouveau paysage n'est pas pour autant figé et la jurisprudence administrative poursuit son œuvre dans deux directions :

- approfondissement du contrôle de fond des décrets d'extradition (aff. *Joy*) ;

15. C'est-à-dire celle dans laquelle la France est l'Etat requis. La juridiction administrative est incompétente pour connaître d'un recours dirigé contre une demande d'extradition formée par le gouvernement français (extradition active), car cette demande est inséparable de la procédure judiciaire dans le cadre et pour les fins de laquelle elle a été formulée, et ne constitue pas un acte administratif détachable (CE Sect. 21 juill. 1972, *Legros, Rec.*, p. 554).

16. Pour des applications ultérieures de cette jurisprudence, V. par ex. : CE 5 janv. 1957, *Popov, Rec.*, p. 13 ; CE 8 janv. 1964, *Dedoff, Rec. T.* p. 958 ; CE 24 oct. 1973, *Rendel, Rec.*, p. 583.

17. CE Ass. 24 juin 1977, *Astudillo Calleja, Rec.*, p. 290 ; *AJD*, 1977, p. 477, chron. Nauwelaers et O. Dutheil de Lamothe ; *D.* 1977, p. 695, concl. Genevois ; *Gaz. Pal.* 1977.2.640, note Ladhari ; *RD publ.* 1978, p. 263, note Robert ; *JDI* 1978, p. 71, note Ruzic.

18. CE Ass. 7 juill. 1978, *Croissant, Rec.*, p. 292 ; *AJD*, 1978, p. 559, chron. O. Dutheil de Lamothe et Robineau ; *Gaz. Pal.* 1979.1.34, note Dérouin ; *JDI* 1978, p. 90, note Ruzic ; *RGDI publ.* 1979, p. 848, note Prévost ; *Le Monde*, 28 juill. 1978, Epilogue sur une extradition, P. Delvolvé.

19. CE Ass. 17 févr. 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, Rec.*, p. 110 ; *RD publ.* 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline.

20. Cass. crim. 17 mai 1984, p. 536, note Jeandidier ; *JCP* 1985.II.20232, note J. Borricand ; *Gaz. Pal.* 23-25 déc. 1984, p. 6, rapport Cruvellié ; V. é.g. Y. Rodriguez. La Cour de cassation et le contrôle de l'avis des chambres d'accusation en matière d'extradition, *D.* 1984.Chron., p. 223 ; V. é.g. R. Errera. L'extradition et la protection des libertés individuelles, *RFD adm.* 1985, p. 158. Sur la jurisprudence antérieure, V. Cass. crim., 19 déc. 1931, *Bull. Crim.*, n° 300, p. 571.

21. J. Chapuisat. Comme au théâtre. *AJD*, 1984, p. 521 ; V. é.g. CE Ass. 26 sept. 1984, *Lujambo Galdenao, Rec.*, p. 308 ; *AJD*, 1984, p. 669, chron. Schoetl et Hubac ; Cl. Lombois, chron., cette *Revue*, 1984.804 ; *RFD adm.* 1985, p. 183, note Labayle ; F. Julien-Laferrière. Extradition et dualité de juridiction, *D.* 1985. Chron. p. 137.

— ouverture plus large de l'accès au prétoire dans le contentieux de l'extradition (aff. *Saniman*).

Il nous faut maintenant les examiner tour à tour.

I. — L'AFFAIRE JOY

Mme Joy Aylor a été arrêtée à Dallas en 1988 et inculpée de « crime capital » et de « complot en vue de commettre un crime capital » pour avoir fait assassiner la maîtresse de son époux par un tueur à gages et pour avoir tenté de supprimer son époux par les mêmes moyens. Libérée sous caution, elle est arrêtée en France en mars 1991. Elle a fait l'objet d'une demande d'extradition vers les Etats-Unis et risque la peine de mort au Texas. Le gouvernement français a accordé aux Etats-Unis l'extradition de Mme Davis-Aylor « sous réserve, si l'intéressée est condamnée à la peine capitale par l'Etat du Texas, que la sentence ne soit pas exécutée ».

Cet arrêt a conduit le Conseil d'Etat à se prononcer sur un moyen de légalité interne délicat portant sur le caractère suffisant des assurances reçues des autorités américaines pour que l'extradition ne soit pas contraire à l'ordre public français, conformément à la jurisprudence *Fidan*²².

Avant d'analyser le raisonnement du Conseil d'Etat au cas d'espèce (B), il faut présenter le contrôle des conditions de fond du décret d'extradition, par le juge administratif (A) et en particulier la jurisprudence *Fidan*.

A. — Le contrôle de légalité interne des décrets d'extradition

Les conditions de fond qui justifient légalement l'intervention du décret d'extradition sont rangées en deux catégories, les unes touchant à la personne dont l'extradition est demandée ; les autres ont trait à la nature de l'infraction ou de la condamnation invoquée par l'Etat requérant.

Il s'agit de vérifier si l'intéressé est auteur ou complice d'une infraction susceptible de donner lieu à extradition, s'il n'a pas la nationalité de l'Etat requis, ou n'est pas justiciable de cet Etat. En ce qui concerne l'appréciation de la nature de l'infraction ou de la condamnation mentionnée dans la demande, il y a lieu de s'interroger sur leur degré de gravité, sur le caractère politique ou non de l'infraction, sur la possibilité de poursuites s'il s'agit d'une infraction ou de mise à l'exécution dans le cas d'une condamnation compte tenu de la prescription, voire de l'amnistie.

Ainsi, le Conseil d'Etat érige-t-il en principe général du droit de l'extradition le principe de non-extradition vers un pays dont le système judiciaire ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine²³. Mais, dès 1987²⁴, alors que la France vient de ratifier la Convention européenne d'extradition²⁵ et de s'engager dans la promotion d'un espace judiciaire européen, le Conseil d'Etat étend son contrôle non seulement aux

22. V. concl. J.-C. Bonichot, *D.* 1987, p. 307.

23. V. note 33 ; CE 14 déc. 1987, *Urizar Murguito*, req. n° 88522 ; CE 28 juill. 1989, *Osa Arocena*, *Rec. T.* p. 685.

24. CE sect. 27 févr. 1987 *Fidan*, *Rec.* p. 81 ; CE sect. 27 févr. 1987, *Trincanato* et CE sect. 27 févr. 1987, *Beneduci*, *Rec.* p. 82 ; CE 8 avr. 1987, *Procopio*, *Rec.*, p. 137 ; V. aussi le numéro de la *RFD adm.* de juillet-août 1987.

25. La Convention européenne d'extradition a fait l'objet d'une loi de ratification le 31 décembre 1985 et a été publiée au *JO* du 15 mai 1986.

motivations de l'Etat requérant, mais aussi aux conditions d'inculpation, de condamnation et d'exécution de la peine encourue par l'extraditable.

Il définit ainsi ses exigences quant « au respect de l'ordre public français ». Cet ordre public est constitué de l'ensemble des règles, principes et institutions qui sont à la base du système répressif français parce qu'ils constituent l'expression ou la mise en œuvre de principes supérieurs comme la souveraineté de l'Etat, l'équité dans la répression pénale, le respect des droits de l'homme. Le juge administratif examine tout particulièrement les conditions dans lesquelles les charges sont réunies. Ainsi, il ressort des arrêts *Garcia Henriquez*²⁶ et *Moubarak*²⁷ que les charges retenues par les autorités américaines à l'encontre des intéressés par la voie d'écoutes téléphoniques ne sont pas contraires à l'ordre public français.

La participation du Conseil d'Etat à la formulation de ces règles n'est pas le moindre paradoxe d'un juge qui n'hésite pas à manier les subtilités du droit pénal. Elle est, évidemment, la garantie d'un Etat de droit, même si elle implique une articulation délicate avec le juge européen et le juge judiciaire²⁸.

L'arrêt *Fidan* précise, donc, les exigences du juge administratif qui évalue les assurances apportées par un Etat, en l'espèce l'Etat turc, que la peine de mort ne serait pas exécutée au cas où elle serait prononcée.

La Turquie a réclamé à la France l'extradition de l'un de ses ressortissants, Memik Fidan, accusé d'homicide volontaire. Le gouvernement français a accordé l'extradition avec une réserve : que les faits motivant la demande d'extradition ne soient pas punissables par la loi pénale turque de la peine capitale. Cette réserve résultait de l'abolition en France de la peine de mort en vertu de la loi de 1981, confirmée par la ratification française du sixième protocole de la Convention européenne des droits de l'homme. Compte tenu de ces dispositions, en effet, l'ordre public français interdisait l'extradition vers un pays où la peine de mort serait appliquée à l'individu extradé.

En l'espèce, M. Fidan risquait effectivement la peine de mort si son crime était qualifié de meurtre avec préméditation. Le gouvernement avait tenté d'obtenir l'engagement que si la peine capitale était prononcée elle ne serait pas exécutée, mais s'était vu opposer le texte de la réserve turque à l'article 1 de la Convention européenne d'extradition, qui stipule qu'il appartient à l'Assemblée nationale turque d'accorder la grâce sur demande du gouvernement. La seule promesse obtenue en définitive de l'Etat turc résidait dans l'engagement de celui-ci à « examiner » le cas. Le Conseil d'Etat n'a pu se satisfaire de cette assurance qui n'offrait aucune garantie sérieuse et qui marquait en outre une certaine désinvolture.

Le Conseil d'Etat a eu depuis lors l'occasion de confirmer cette jurisprudence s'agissant d'un ressortissant algérien²⁹.

B. - Les limites de la jurisprudence Fidan : l'arrêt Joy

Dans cette affaire également, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur le caractère suffisant des assurances reçues des autorités américaines pour que

26. CE 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, *Rec.*, p. 70 ; *RD publ.*, 1985, p. 1130, concl. B. Genevois ; *AJD*, 1985, p. 400, chron. Hubac et Schoettl.

27. CE 17 mai 1991, *Moubarak*, *Req.* n° 119102.

28. H. Labayle, Nouveaux développements du droit de l'extradition, *RFD adm.*, 1987, p. 576.

29. CE 14 déc. 1987, *Gacem*, *Rec. T.* p. 733.

l'extradition ne soit pas contraire à l'ordre public français. Le 3 juillet 1991, la chambre d'accusation de la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait émis un avis favorable à l'extradition, sous réserve expresse que le gouvernement français obtienne du gouvernement des Etats-Unis l'assurance que Joy Davis ne serait pas exécutée si la peine de mort était prononcée à son encontre. Près de deux années après l'arrestation à Vence, le gouvernement accordait l'extradition aux autorités américaines, par décret du 18 janvier 1993.

Par rapport à l'arrêt *Fidan*, deux difficultés supplémentaires se faisaient jour dans cette affaire, liée d'une part à la date de production et à la nature des engagements des autorités américaines, d'autre part au fait que les Etats-Unis sont un Etat fédéral.

En vertu des principes les plus classiques du droit administratif, un décret d'extradition est un acte individuel dont la légalité est appréciée au regard de la situation existante et des règles de droit applicables le jour où cette décision a été prise. Il est applicable dès sa publication, le recours devant le Conseil d'Etat n'étant pas suspensif. Il est toujours susceptible d'être exécuté dès sa notification à l'intéressé³⁰.

A la date du décret, le 18 mars 1993, les Etats-Unis avaient produit deux notes d'ambassade. Par la première, en date du 27 septembre 1991, le département d'Etat donnait « l'assurance du gouvernement des Etats-Unis que dans le cas d'une condamnation à mort la sentence ne serait pas exécutée ». La seconde, du 1^{er} avril 1992, tenait compte du système fédéral et transmettait les engagements pris par l'Etat texan.

Pour le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat, Ch. Vigouroux, ces assurances étaient insuffisantes. Seul compétent pour la répression pénale, l'Etat texan pouvait apporter deux types d'engagements : celui du gouverneur, pouvoir exécutif, sur la non-exécution de la peine et celui des autorités judiciaires sur le non-prononcé de la peine. Selon lui, la seule assurance qui correspondait exactement à la réserve du décret : ne pas faire exécuter la peine capitale si elle est prononcée, et la seule qui correspond à la logique de l'extradition comme accord entre gouvernements, n'apparaissait pas nettement. A la date du décret attaqué, les autorités françaises ne disposaient donc que d'engagements imprécis des autorités fédérales qui renvoyaient à des intentions inconnues des autorités compétentes de l'Etat du Texas.

Malgré l'obligation d'examiner la légalité de la décision à la date à laquelle celle-ci a été prise, Ch. Vigouroux a néanmoins proposé d'examiner également les assurances produites ultérieurement dans le cours de la procédure juridictionnelle devant le Conseil d'Etat, qui comprenaient les engagements complémentaires de l'Etat texan quant au prononcé de la peine. Notamment, le procureur élu aux affaires criminelles du comté de Dallas, auprès du tribunal où devait être jugée Mme Aylor, s'était engagé par serment « pour lui et ses successeurs de ne pas requérir la peine de mort pour Mme Aylor si elle était extradée ». Or l'article 37-071 du code texan de procédure pénale dispose que, si le procureur ne requiert pas la peine de mort, aucune condamnation au-delà de la réclusion criminelle à perpétuité ne peut être prononcée. De plus, une ordonnance d'un juge du tribunal criminel de Dallas en date du 6 août donnait acte au procureur que « la renonciation du droit de l'Etat à requérir la peine

30. La pratique veut néanmoins que « le ministre de la Justice accorde souvent le sursis à exécution d'un décret d'extradition » dès lors qu'il fait l'objet d'un pourvoi devant le Conseil d'Etat.

de mort est et reste irrévocable si la République française extradite Mme Davis-Aylor et la remet à l'Etat du Texas ».

Le commissaire du gouvernement a proposé d'écarter ces assurances tardives qui ne provenaient que de la justice quand les réserves n'intéressent que le gouvernement. Il note, en outre, que le procureur local (*district attorney*) agit au nom de l'Etat du Texas mais pas sur un ordre ou instruction de l'Etat. Il est élu pour quatre ans et ne peut promettre qu'en son nom propre. Or, c'est précisément pour contourner les particularités des systèmes et des règles judiciaires étrangers (appels et cassation, avec ou sans renvoi à la même ou à une autre cour, recevabilité) que la coutume internationale et la plupart des conventions exigent que les assurances de l'Etat requérant portent non sur le prononcé de la peine mais sur la non-exécution.

L'Assemblée du contentieux n'a pas suivi ce raisonnement. Elle a considéré que l'Etat américain avait donné des assurances suffisantes. La logique de cette solution repose sur plusieurs points qui éclairent la portée de la jurisprudence *Fidan*.

1. Si l'on peut convenir avec le commissaire du gouvernement qu'un doute subsistait, le Conseil d'Etat dans une logique de droit international s'en est remis à la parole des autorités américaines. En effet, l'extradition atteste de la réalité d'une collaboration répressive internationale, c'est-à-dire d'une confiance réciproque allant jusqu'à la livraison d'un délinquant pour son châtement.

2. En outre, dans l'affaire *Joy*, les Américains ont fait preuve de bonne volonté à la différence des Turcs, en répondant à une mesure supplémentaire d'instruction et en produisant des indications complémentaires sur le droit texan. Aucune certitude ne pouvant être jamais obtenue, un engagement solennel et public pris par l'autorité qualifiée dans l'Etat du Texas est apparu suffisant.

3. En définitive, si on avait suivi le commissaire du gouvernement, le doute aurait été de mise dans toutes les hypothèses, car il reste toujours une part d'impondérable dans des assurances qui sont des actes de droit international public s'ingérant dans les techniques de droit interne du pays en cause. Ce doute permanent aurait ni plus ni moins conduit à l'abandon de la jurisprudence *Fidan*, au profit d'un autre système : le refus systématique d'extrader dans un pays pratiquant la peine de mort.

Or, la logique de la jurisprudence *Fidan* rejoint mot pour mot les dispositions de la formulation de l'article 11 de la Convention européenne d'extradition, aux termes duquel « si le fait à raison duquel l'extradition est demandée est puni de la peine capitale par la loi de la Partie requérante et que, dans ce cas, cette peine n'est pas prévue par la législation de la Partie requise (...) l'extradition pourra n'être accordée qu'à la condition que la Partie requérante donne des assurances jugées suffisantes par la Partie requise, que la peine ne sera pas exécutée ». Cette rédaction européenne marque, en conséquence, un certain équilibre voulu par les 19 Etats ayant ratifié cette convention³¹.

31. Toutefois, sur le fondement des mêmes dispositions, les Pays-Bas ont pu refuser l'extradition d'un ressortissant américain vers les Etats-Unis, faute d'assurance suffisante quant à la non-exécution de la peine de mort (Cour suprême des Pays-Bas, 3 mars 1990 *Short*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1991, p. 432).

4. Enfin, avant 1981 et l'abolition de la peine de mort, la France se trouvait dans une situation comparable à celle de l'Etat du Texas en l'espèce, ce qui n'avait pas empêché le tribunal constitutionnel allemand d'accepter le 30 juin 1964 l'extradition vers la France d'un militaire de la Légion étrangère poursuivi pour une dizaine de meurtres en Algérie³², décision motivée en surmontant les scrupules d'un pays abolitionniste au nom des progrès de l'entraide pénale franco-allemande.

Enfin, pour être complet, il faut ajouter que, parce que les assurances étaient jugées suffisantes, le Conseil d'Etat a écarté les moyens tirés de la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif aux traitements inhumains ou dégradants ainsi que celle de l'article 6-1 relatif au droit à un procès équitable.

La requérante avait toutefois saisi également la Commission européenne des droits de l'homme à Strasbourg, devant laquelle elle avait invoqué les mêmes moyens et notamment la jurisprudence *Soering*³³. Dans cette décision du 7 juillet 1989, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que violait l'article 3 de la Convention européenne la décision du gouvernement britannique extradant vers les Etats-Unis un Allemand assassin, au motif des conditions d'attente de l'exécution de la peine de mort dans ce qu'il est convenu d'appeler « les couloirs de la mort » des pénitenciers américains.

Suite à l'enregistrement de la requête de Mme Joy, le président de la Commission a décidé d'indiquer au gouvernement de la France, en application de l'article 36 du Règlement intérieur, et dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat rejeterait la requête, de surseoir à l'exécution du décret. Cette indication a été levée quelques semaines après. En outre, reprenant le même raisonnement que le Conseil d'Etat, la Commission a déclaré irrecevable la requête, en relevant que l'attitude des autorités de poursuite de l'Etat du Texas, dans le cas d'espèce, diffère fondamentalement de celle du procureur compétent dans l'affaire *Soering*, validant ainsi le raisonnement du juge national.

II. - L'AFFAIRE SANIMAN

Accusé d'avoir monté un système financier grâce auquel il aurait détourné plusieurs centaines de millions de dollars américains au préjudice d'un établissement financier de Hong Kong, M. Saniman a fait l'objet d'un mandat d'arrêt décerné en 1990 par un juge de cette colonie britannique. Une première fois, en 1987, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris avait donné un avis défavorable à l'extradition vers Hong Kong de M. Saniman, qui se trouve sur le territoire français où il possède un domicile. Sur une nouvelle demande du Royaume-Uni, qui représente sa colonie sur le plan international, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Versailles a donné le 30 octobre 1990 un avis favorable partiel en ce qui concerne cinq des trente-trois chefs d'inculpation, et cet avis a été validé par la Cour de cassation. Néanmoins, le gouvernement français a rejeté la demande d'extradition présentée conjointement par le Royaume-Uni et le gouverneur de Hong Kong, en se fondant sur deux motifs : d'une part, deux des chefs d'inculpation

32. V. BVerfGE, 18, p. 112.

33. F. Sudre, Extradition et peine de mort, *RGDI publ.* 1.1990, p. 101, et L.E. Pettiti, chron., cette *Revue*, 1989, p. 787.

ne constituent pas des infractions en droit français ; d'autre part, les trois autres ont fait l'objet d'un précédent avis défavorable de la chambre d'accusation de Paris sur lesquels il ne peut être revenu en l'absence de faits nouveaux.

C'est la première fois que le Conseil d'Etat était saisi d'un refus d'extradition. La question essentielle était celle de savoir si ce refus était détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et de l'Etat requérant. En effet, si le refus d'extradition était considéré comme un acte de gouvernement, il eût fallu en déduire l'incompétence du juge administratif pour en connaître³⁴. L'Assemblée du contentieux a entièrement suivi les conclusions de M. Vigouroux qui a soutenu que le refus d'extradition n'est pas plus un acte de gouvernement que l'extradition accordée.

A. – La définition de l'acte de gouvernement dans les relations internationales

Comme le rappelait Renaud Denoix de Saint-Marc, dans ses conclusions sur l'arrêt du 11 juillet 1975, *Paris de la Bollardière*³⁵, « l'acte de gouvernement ne se définit plus aujourd'hui, ni par son mobile, ni par sa nature intrinsèque. Il n'existe donc plus une catégorie d'actes de gouvernement mais une liste d'actes et de décisions qui ne sont pas en raison de leur portée susceptibles d'être déférés au juge : ce sont les actes du pouvoir exécutif dans ses relations avec le Parlement et les actes non détachables de la conduite des relations internationales avec la France ».

En ce qui concerne les actes de gouvernement liés à la conduite des relations internationales, il faut distinguer les actes de gouvernement par nature et les actes ordinairement administratifs, qui peuvent devenir des actes de gouvernement en période de crise ou lors de circonstances exceptionnelles.

1. Les actes de gouvernement par nature

Se rangent dans cette catégorie l'ensemble des actes se rapportant à la protection des personnes et des biens à l'étranger³⁶, mais aussi le refus de soumettre un litige à la Cour internationale de justice³⁷. Le juge administratif refuse aussi de connaître de la légalité des actes administratifs relatifs à l'élaboration, la signature ou ratification des traités ou accords internationaux³⁸. Une solution identique vaut pour les actes d'exécution des traités, tel le vote du ministre français au Conseil des communautés européennes³⁹.

Dans ces hypothèses, la qualification d'actes de gouvernement apparaît extrêmement évidente : elle englobe les compétences classiques de droit international public de l'Etat, qui produisent leurs effets essentiellement dans l'ordre international interétatique et échappent par conséquent au contrôle du juge administratif interne.

34. CE 23 sept. 1992, *Gisti*, *AJD*, 1992, p. 752, concl. D. Kessler.

35. CE Ass. 11 juill. 1975, *Paris de la Bollardière*, *Rec.*, p. 423.

36. CE 2 mars 1966, *Dame Cramencel*, *Rec.*, p. 157 ; CE sect. 28 juin 1967, *Société des transports en commun de la région d'Hanoi*, *Rec.*, p. 279.

37. CE 9 juin 1952, *Geny*, *Rec.*, p. 19.

38. CE Sect. 1^{er} juin 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, *Rec.*, p. 312.

39. CE Ass. 23 nov. 1984, *Association « les Verts »*, *Rec.*, p. 382.

2. Les actes « ordinairement » administratifs

Le Conseil d'Etat exclut en principe la qualification d'acte de gouvernement quand la décision est le fruit d'une procédure administrative ordinaire organisée en droit interne. Il contrôle ainsi la légalité d'un permis de construire délivré pour la construction de l'ambassade de la Nouvelle République populaire du Viêt-nam à Paris⁴⁰, de l'autorisation d'implantation sur le territoire français de l'émetteur d'une station de radiodiffusion étrangère⁴¹, de la décision arrêtée par les pouvoirs publics français en ce qui concerne le site d'implantation du Laboratoire européen de rayonnement synchrotron⁴².

Mais l'acte de gouvernement réapparaît en période de crise, ainsi le refus d'inscription d'étudiants irakiens dans les universités françaises au moment de la guerre du Golfe⁴³. Dans cette hypothèse, en effet, cette crise « colore » de droit international public ces décisions habituellement administratives. Le juge, par une transposition des règles relatives aux circonstances exceptionnelles, accroît la latitude d'action des pouvoirs publics. Il faut cependant noter que le juge conserve, dans cette hypothèse, la maîtrise de la qualification de crise ou de circonstances exceptionnelles, ce qui constitue une garantie efficace.

B. – En matière d'extradition

La nature de l'extradition a profondément évolué : comme l'écrit le professeur Donnedieu de Vabres dès 1928, « l'extradition, qui fut jadis un acte de souveraineté et seulement cela, tend à devenir, à mesure que la communauté internationale se resserre, un acte de juridiction »⁴⁴. Cette évolution est symbolisée par les nouveaux droits de l'Etat requis : obligation de livrer et motivation. Le principe de réciprocité, caractéristique de la période exclusivement « diplomatique » de l'extradition, n'a plus de sens dans l'entraide pénale automatique d'un espace judiciaire communautaire ; et même avec les Etats non communautaires, il n'a plus de sens s'il est reconnu que l'Etat requis a tout autant intérêt à livrer le requérant en fuite que l'Etat requérant à le recevoir. Compte tenu de l'extension du contrôle du Conseil d'Etat sur les décrets d'extradition, de l'évolution juridique dans les rapports entre droit interne et droit international, la juridiction administrative ne pouvait admettre ne pas contrôler le refus d'extradition sans remettre en cause l'ensemble de son œuvre depuis les arrêts *Decerf* et *Dame Kirkwood*.

Néanmoins, lorsque le Conseil d'Etat a eu à examiner les communications échangées entre les autorités françaises et les autorités étrangères au sujet d'une demande d'extradition, il a considéré qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement⁴⁵. Pour autant, l'arrêt *Saniman* ne constitue pas un revirement de jurisprudence⁴⁶, mais plutôt une importante avancée jurisprudentielle. D'une part, l'arrêt *Solis Estarita* précité ne concerne pas un refus d'extradition mais

40. CE Sect. 22 déc. 1978, *Vo Than Nghia*, *Rec.*, p. 523.

41. CE Sect. 17 déc. 1982, *Société Radio Monte-Carlo*, *Rec.*, p. 418.

42. CE Ass. 8 janv. 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Rec.*, 2.

43. V. note 34.

44. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 251.

45. CE 26 juill. 1985, *Mme Solis Estarita*, *Rec.*, p. 230.

46. F. Julien-Laferrrière, Le régime contentieux du refus d'extrader, *D.* 1994, Jurisprudence p. 108. V. également O. Cayla, Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement, *RFD adm.*, 1994, p. 1 à 20 ; H. Labayle, Le juge et le droit administratif de l'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale, *RFD adm.*, 1994, p. 21 à 34.

des discussions internationales entre la France et deux pays concurrents pour obtenir la livraison d'un même individu. D'autre part, s'il existe en matière d'excès de pouvoir des cas où le refus de prendre une décision est traité différemment de l'acte positif⁴⁷, il n'existe pas de décision positive soumise à un contrôle alors que la décision négative échapperait à toute juridiction. Par conséquent, comme le juge administratif exerce un contrôle étroit des décrets d'extradition, il est apparu tout à la fois nécessaire et logique qu'il examine la légalité des refus d'extradition. La question la plus délicate qui n'est pas tranchée par l'arrêt sera celle de l'étendue de son contrôle⁴⁸.

De manière corollaire, le Conseil d'Etat a été amené à trancher la question de savoir si un Etat étranger pouvait être requérant et utiliser le prétoire du juge administratif interne pour vider un litige avec la France. M. Vigouroux a estimé que la recevabilité de la requête dépend non de la nature étatique ou non, française ou étrangère du requérant, mais d'abord de la nature de l'acte attaqué et éventuellement du droit invoqué. En l'espèce, le Royaume-Uni vient devant le juge français parce qu'il conteste un acte administratif français au nom du droit français. Il ne recherche nulle « réparation » ou « satisfaction » au sens du droit international⁴⁹, mais entend seulement soumettre une question de légalité au juge compétent.

Cette solution est d'ailleurs conforme à des précédents ayant admis la recevabilité de requêtes de collectivités étrangères, dernièrement par exemple celles de collectivités frontalières contre la décision autorisant les rejets d'effluents de la Centrale nucléaire de Cattenom⁵⁰.

Il peut apparaître paradoxal, alors que le législateur de 1927 a souhaité placer les extraditables sous la protection du juge judiciaire⁵¹, gardien des libertés individuelles, que le Conseil d'Etat demeure le juge de l'extradition. Mais ce serait oublier que le contrôle du Conseil d'Etat s'inscrit dans le cadre de la compétence constitutionnelle⁵², qui a été reconnue au juge administratif dans le domaine du droit des étrangers par le Conseil constitutionnel en 1989.

47. Le contrôle du juge administratif est ainsi plus strict en matière de refus de permis de construire qu'en matière de délivrance de celui-ci.

48. L'arrêt *Saniman* sanctionne en effet une erreur de droit, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir qui existe dans toutes les hypothèses. La question de l'intensité du contrôle se pose davantage au stade de la qualification juridique des faits : contrôle de l'erreur manifeste (appelé généralement « contrôle restreint ») dans cette qualification, ou strict contrôle de celle-ci (appelé contrôle « normal »).

49. Nguyen Quoc Din, *Droit international public*, p. 753 et s.

50. CE 30 juin 1989, *Ministre de l'Industrie c/ Etat de la Sarre, Rec.*, p. 155 ; *CJEG*, 1989, p. 333, concl. Fornaciario et note Hétier.

51. D. Turpin, *Le partage des compétences entre juridictions judiciaires et juridictions administratives en ce qui concerne les étrangers*, *Petites affiches*, 1991, n° 69, p. 6.

52. B. Genevois, *La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers* (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-261 DC du 28 juillet 1989), *RFD adm.*, 1989, p. 691.

Le contrôle judiciaire socio-éducatif : 1970-1993, chronique d'une expérience qui dure...

Christophe Cardet

Allocataire de recherche à la Faculté de droit de Pau et des Pays de l'Adour

« Je ne vous en croirai qu'après l'expérience »

Pierre Corneille

Le 17 juillet 1970, la « loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens » instaurait les bases légales¹ sur lesquelles allaient se développer les premières expériences de contrôle judiciaire socio-éducatif. Vingt-trois années après son apparition, cette mesure alternative à la détention provisoire, ayant pour objet de réinsérer le « contrôlé » tout en prévenant sa récidive, se retrouve au centre des préoccupations gouvernementales les plus récentes².

Le contrôle judiciaire socio-éducatif est le symbole du rapprochement, initié dans le cadre du droit des mineurs et sous l'impulsion des idées du mouvement de la Défense sociale nouvelle, entre la justice et la protection sociale. Tandis que la recherche d'alternatives crédibles à l'emprisonnement devient un impératif et que l'accentuation de la crise économique fait mûrir l'idée d'un traitement social de la délinquance, politique sociale et politique judiciaire se rejoignent. En substituant le principe de la prééminence de la mesure éducative à l'idée de sanction pénale, le contrôle judiciaire socio-éducatif fait de la gestion de l'exclusion³ un objectif prioritaire. On ne peut manquer de voir dans cette mesure la manifestation d'un phénomène qui, sans être réellement nouveau, a pris ces dernières années une acuité singulière. La justice classique, débordée, incapable de faire face à l'accroissement d'une délinquance qui change de nature (par exemple

1. Les règles qui régissent le contrôle judiciaire sont prévues par les articles suivant du code de procédure pénale : 137 à 141-1, 142 à 144, 146, 148, 179, 183, 186, 197, 213, 215-1, 397-3, 471, 501, 506, 569, R 16 à R 25, R 121-1, le décret n° 70-1223 du 23 décembre 1970 et la circulaire du 28 décembre 1970 ; V. M. Trossin, *Détention provisoire et contrôle judiciaire*, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, deuxième édition, tome II, mise à jour 1992.

2. C'est ce que confirme, par exemple, un récent protocole d'accord signé entre, d'une part, la Délégation interministérielle à l'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté et, d'autre part, la Chancellerie, dans lequel il est précisé que « l'insertion professionnelle et sociale des jeunes suivis par la justice, la prévention de la récidive et la mise en œuvre de solutions alternatives à l'incarcération sont les axes prioritaires du ministère de la Justice » (il s'agit ici précisément des objectifs visés par le contrôle judiciaire socio-éducatif), *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, 1^{er} janvier-1^{er} mars 1992, n° 45, p. 54-61.

3. V. par ex. A. Touraine, *Face à l'exclusion*, *Revue Esprit*, févr. 1991, p. 7-14 ; D. Clerc, *La dynamique économique de l'exclusion et de l'insertion*, *Revue de droit sanitaire et social*, octobre-septembre 1989, n° 4, p. 623-632.

l'augmentation des délits liés aux toxicomanies) développe des formules de prise en charge empruntant au modèle de sous-traitance. Conservant l'initiative à l'égard des formes les plus sévères de cette activité criminelle, elle confie alors les éléments les plus « récupérables » au soin d'instances extrajudiciaires, mieux équipées pour un traitement à dominante sociale.

Si la mesure de contrôle judiciaire socio-éducatif conserve aujourd'hui une indéniable modernité, c'est en grande partie parce qu'elle a maintenu son caractère expérimental initial. L'ambiguïté ainsi créée entretient un espoir toujours renouvelé quant à l'efficacité instrumentale du dispositif mais se traduit par une fragilité manifeste. En effet, dans sa circulaire du 28 décembre 1970¹, le garde des Sceaux M. Pléven annonçait que la nouveauté de l'institution, la pluralité de ses objectifs ainsi que la plasticité de son régime, rendaient nécessaire une période d'expérimentation afin que le contrôle judiciaire prenne sa forme définitive. Pendant plus de dix ans, la Chancellerie restera ensuite très discrète quant à cette forme particulière de contrôle judiciaire qui ajoute à la simple surveillance la notion, plus complexe, d'assistance. Elle s'est simplement contentée d'en observer le fonctionnement au moyen de rapports d'évaluation qui, pourtant, lui laissaient entendre que l'aspect socio-éducatif de la mesure restait inexploité². Aussi, devant le silence de la Chancellerie pouvait-on hésiter sur cette « forme définitive » que devait prendre le contrôle judiciaire : serait-elle à dominante judiciaire, avec une fin de surveillance ; ou bien sociale, avec une fin d'assistance ? C'est dans ce climat que sont initiées les premières expériences de contrôle judiciaire socio-éducatif au sein des juridictions de Versailles³ (1971), Rouen (1973), puis de Nanterre (1974), Agen, Paris, Pau (1975) et Marseille. Dépendant de la volonté de quelques magistrats convaincus par l'idée selon laquelle une prise en charge socio-éducative précoce se révèle, sous certaines conditions, plus efficace dans la lutte contre la délinquance qu'une réaction pénale classique, ces expériences pionnières faisaient du contrôle judiciaire socio-éducatif un « espace flou »⁴, marqué par l'empirisme et l'hétérogénéité des pratiques.

L'arrivée de Robert Badinter à la tête du ministère de la Justice va marquer un tournant dans l'histoire de cette mesure dont l'essor est désormais « encouragé ». Une première circulaire en date du 21 octobre 1981⁵ signalait le regain d'intérêt de la Chancellerie pour la dimension socio-éducative du contrôle judiciaire. Mais, c'est surtout à la suite du colloque du 12 décembre 1981⁶, organisé sous les auspices de l'association de contrôle judiciaire de Rouen et de l'association d'aide pénale de Paris, que le ministère de la Justice devait affirmer ses véritables intentions. L'instauration d'associations de contrôle judiciaire, la nécessité d'un personnel compétent et formé étaient désignées comme étant les conditions déterminantes du développement de la mesure.

La circulaire du 4 août 1982¹⁰ – consacrant la pratique du contrôle judiciaire socio-éducatif – reprenait l'essentiel des propositions présentées à l'occasion de ce

4. V. R. Pléven, Circulaire n° 70-14 du ministère de la Justice du 28 décembre 1970 relative, au regard de la loi du 17 juillet 1970 renforçant la garantie des droits individuels des citoyens, au régime du contrôle judiciaire, *JCP* 1971.III.37408 ; Dalloz, 1971, *Législation*, p. 73-81.

5. A tel point que Jacques Faget a pu qualifier la période 1970-1981 comme étant celle d'une « naissance clandestine » du contrôle judiciaire : J. Faget, *De nouvelles stratégies ? Les enjeux sociaux du contrôle judiciaire*, VII^e Congrès de l'Association française de droit pénal, tome 1 : *Les atteintes à la liberté de l'inculpé : détention provisoire et contrôle judiciaire*, *Les Cahiers du droit*, Bordeaux, 1985, p. 183-203. V. aussi sur ce point J.P. Athenont, *De nouvelles modalités ? Le contrôle judiciaire socio-éducatif*, *Idem*, p. 151-181.

6. Cf. J. Sacotte, *L'expérience versaillaise de contrôle judiciaire*, cette *Revue*, 1978, p. 432-433.

7. J. Faget, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Éditions Erès, coll. « Trajets », Toulouse, 1992, p. 80-92.

8. BOMJ, n° 3-4, 1^{er} juillet-31 décembre 1981.

9. Cf. P. de Poret et C. Girault, *Compte rendu du colloque de Paris du 12 décembre 1981 sur le contrôle judiciaire et la détention provisoire*, cette *Revue*, 1982, p. 218.

10. Cf. *Mise en place des infrastructures du contrôle judiciaire à caractère socio-éducatif*/CRIM 82-26 El/4.08.82, *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, 1982, p. 71-78.

colloque. Cependant, le discours, volontariste, n'était qu'incitatif. La mesure demeurait une « expérience » que l'on favorisait. L'initiative restait au « local », la circulaire rejetant sur les chefs de juridiction la responsabilité de la mise en œuvre du dispositif. Si, à la suite de cette circulaire et de celle qui la suit, le 28 avril 1983 ¹¹ (relevant le montant des indemnités de contrôle judiciaire), le nombre des associations va rapidement se multiplier (passant de 7 en 1981 à 47 en 1984), les inquiétudes sur le devenir de la mesure n'étaient pas effacées. L'accroissement constant des crédits de subvention ¹² restait insuffisant au regard de l'augmentation du nombre des associations de contrôle judiciaire socio-éducatif (la mesure est pratiquée aujourd'hui auprès de 130 tribunaux de grande instance). De plus, cette ligne budgétaire n'étant pas automatiquement reconductible d'une année à l'autre, un désengagement de l'Etat demeurait toujours possible.

L'expérience du contrôle judiciaire socio-éducatif a su s'épanouir (plus de 10 000 mesures aujourd'hui) en loutvoyant entre les incertitudes découlant des textes de loi, les hésitations de la Chancellerie aussi bien que celles de la doctrine. Elle s'est surtout développée alors que l'on s'interroge toujours sur les effets réels du dispositif. Cette pratique constitue-t-elle un substitut efficace à la détention provisoire ? permet-elle d'assurer la réinsertion du justiciable et, finalement, prévient-elle la récurrence des « contrôlés » ? Caractérisé sur le plan notionnel par une ambiguïté originelle (I), le contrôle judiciaire socio-éducatif se présente, sur le plan fonctionnel, par une fragilité persistante (II).

I. - AMBIGUÏTÉ ORIGINELLE DE LA NOTION DE CONTRÔLE JUDICIAIRE SOCIO-ÉDUCATIF

Au-delà d'une simple ambivalence tenant à la distinction interne du contrôle judiciaire entre fonction de surveillance et fonction d'assistance, il est question, concernant le contrôle judiciaire socio-éducatif, d'une véritable ambiguïté notionnelle. L'absence de clarté est tout d'abord théorique (A) et tient à la fragilité des fondements légaux de la mesure, elle est ensuite pratique (B) et tient au manque d'homogénéité institutionnelle des différentes sphères (humaine et matérielle) assurant le fonctionnement de l'institution. C'est l'empirisme ayant présidé au démarrage de la mesure qui, évidemment, est à l'origine de ce phénomène de « flou artistique », fait d'hésitations et de doutes, qui baigne la matière.

A. - *Les hésitations relatives à la théorie du contrôle judiciaire socio-éducatif*

Permettant de sortir du dilemme entre liberté et détention, le contrôle judiciaire concilie, dans sa version socio-éducative, assistance et surveillance. L'absence de définition légale (1) du dispositif – la loi ignorant jusqu'à l'expression même de contrôle judiciaire socio-éducatif –, fait naître de nombreuses hésitations : si une aide peut être apportée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, de quelle assistance s'agit-il ? Un secours limité au strict domaine thérapeutique ou bien une aide « tous azimuts » ? Le contrôle judiciaire socio-éducatif doit concilier des logiques apparemment contradictoires (2) qui entretiennent de nouveau ces hésitations : entre pré-peine et mesure de sûreté, entre logique judiciaire et logique sanitaire et sociale.

11. Cf. Développement du contrôle judiciaire socio-éducatif et des enquêtes de personnalité/Crim 83-09/EI/ 28-04-83, BOMJ, 1983, p. 101-109.

12. Les subventions passent de 200 000 F dans le budget 1982 à 2 200 000 F en 1983, 6 000 000 F en 1986, 8 000 000 F en 1989, 14 000 000 F en 1990.

1. L'absence de définition légale du contrôle judiciaire socio-éducatif

La notion de contrôle judiciaire n'est pas nouvelle dans notre système procédural. Au cours du XIV^e siècle était appliqué un mécanisme hérité de la mise en surveillance (ou *sub custodia*) du droit romain qui permettait d'assigner un accusé à résider dans sa maison ou dans la ville de sa résidence, sous la surveillance d'un huissier. La loi de 1970 qui gouverne le dispositif actuel n'innove donc pas totalement en créant, à mi-chemin de la liberté et de la détention, le contrôle judiciaire. Au cours des débats parlementaires, le gouvernement, promoteur du projet, avait manifesté sa volonté de voir se développer l'idée d'assistance¹³ (fonction nouvelle) à côté de celle de surveillance (fonction classique). L'ambiguïté réside ici en ce que la Chancellerie n'a pas obtenu des parlementaires qu'ils différencient le régime du contrôle judiciaire de celui de la détention provisoire, et c'est finalement l'idée de surveillance et l'objectif de substitution à l'incarcération qui ont surtout été mis en exergue.

a) Entre la liberté et la détention : le contrôle judiciaire

L'apparition du contrôle judiciaire s'inscrit dans un mouvement global de la justice pénale visant à réduire le recours à l'incarcération (le sursis avec mise à l'épreuve en 1958, les peines de substitution en 1975, le travail d'intérêt général et les jours-amende en 1983 et, en 1989, les permanences d'orientation pénale et l'ajournement avec mise à l'épreuve). Les raisons motivant le vote de la loi de 1970 découlent par conséquent, en priorité, de la volonté de combattre « ce grand pourvoyeur de la prison »¹⁴ qu'était la détention préventive. Avec la création du contrôle judiciaire, la détention – désormais qualifiée de provisoire –, devenait l'exception, l'*ultimum remedium*, et la liberté le principe. Il s'agissait de mettre à la disposition des magistrats une mesure, pourvue de moyens coercitifs importants, visant à maintenir sous main de justice, et en milieu libre, des individus qui, sinon, auraient fait l'objet d'un mandat de dépôt¹⁵. Il est vrai que, avant le vote de cette loi, le juge d'instruction ne disposait que d'une seule alternative : ou bien il emprisonnait, ou bien il laissait en liberté. Le contrôle judiciaire est donc une voie moyenne entre la liberté et l'incarcération.

En ce qu'elle poursuit en priorité un but de prévention, que sa durée n'est pas préfixe puisqu'elle dépend de l'évolution de l'état dangereux de celui qui en est frappé et qu'elle doit ainsi être facilement révisable, la mesure de contrôle judiciaire concentre toutes les caractéristiques d'une mesure de sûreté. Néanmoins, s'agit-il d'une mesure de sûreté de traitement, de protection ré-adaptatrice, ou bien d'une simple mesure de neutralisation ?

b) Entre la surveillance et l'assistance : le contrôle judiciaire socio-éducatif

Si l'on s'en tient au seul article 138 du code de procédure pénale, les obligations du contrôle judiciaire se divisent en deux grandes catégories. D'une part, celles relevant de l'idée de surveillance et, d'autre part, celles permettant d'apporter une certaine assistance pendant la phase préalable au jugement. Si l'idée de surveillance ne soulève plus de problème d'interprétation majeur (les obligations sont soit négatives – et concernent la liberté d'aller et de venir, la communication avec les tiers, la conduite de véhicules, la liberté du travail –, soit positives et concernent la remise de documents, la présentation à un service, à une autorité ou une personne qualifiée), il n'en va pas exactement de même pour l'idée d'assistance.

13. Voir Débats parlementaires, JOAN, 1^{re} séance du 25 juin 1970, p. 3080 et s.

14. P. Robert, La détention avant jugement : des lois et des pratiques, *Les Cahiers du droit*, I, 1985, *ibid.*, p. 106-128.

15. Cf. Documentation parlementaire, Assemblée nationale, séance du 16 déc. 1969, *Annuaire* n° 974.

Aux termes de la loi, l'assistance doit faciliter le reclassement du justiciable au moyen d'obligations consistant à soumettre le sujet à un contrôle de ses activités scolaires ou professionnelles, ou bien visant le rétablissement de sa santé. Il peut s'agir du contrôle de ce que l'inculpé se soigne en vertu de l'article 138-10° du Code de procédure pénale qui s'applique, selon les directives ministérielles, plus spécialement aux personnes atteintes d'une maladie physique ou mentale ayant favorisé la commission d'une infraction et que leur état de santé pourrait amener à récidiver (la population d'intervention privilégiée par cet article serait donc celle des délinquants toxicomanes ou alcooliques ; conclusion que ne partage pas une partie de la doctrine pour laquelle, en matière de toxicomanie, l'existence d'un texte spécial exclut la possibilité d'un recours au contrôle judiciaire ¹⁶).

Il peut aussi s'agir du contrôle, en vertu de l'article 138-6° du code de procédure pénale, organisé de façon discrète et peu autoritaire, de l'assiduité de l'inculpé à un enseignement ou à un emploi.

Ainsi, contrairement au cadre légal du sursis avec mise à l'épreuve (en particulier les articles 740 c. pr. pén. et R. 57 c. pr. pén.) qui mentionne de façon explicite la notion de réinsertion sociale du condamné au moyen « d'aides à caractère social » ou « d'aides matérielles », l'action socio-éducative du contrôle judiciaire reste inexprimée dans la loi de 1970. Il y est surtout question « d'astreindre la personne mise en examen à se soumettre » à des obligations dont le caractère coercitif est manifeste.

Or, dans sa circulaire du 28 décembre 1970, le garde des Sceaux accordait aux contrôleurs la faculté d'effectuer « toutes démarches ou recherches utiles, en vue particulièrement de procurer un emploi ou une place dans un établissement d'enseignement ». Il ne s'agissait plus uniquement de démarches et recherches entendues dans le sens de vérifications. En reconnaissant la possibilité de fournir un emploi, la Chancellerie consacrait le passage d'une assistance passive à une assistance qui agit, qui « procure » des solutions pratiques aux problèmes des justiciables. Cette conception de l'assistance *ante judicium* telle qu'imposée par M. Pléven se heurte donc à la rédaction de l'article 138 du code de procédure pénale qui, si elle permet beaucoup, ne dit en revanche pas tout. Ceci est d'autant plus vrai que l'on ne retrouve pas dans le décret d'application en date du 23 décembre 1970 ¹⁷ les interprétations extensives livrées dans la circulaire. De cette opposition naît une incertitude quant au devenir de la mesure. Comment le contrôle judiciaire socio-éducatif allait-il se sortir de ces contradictions initiales ?

2. L'existence de contradictions initiales au sein du contrôle judiciaire socio-éducatif

Les nombreux débats ¹⁸ apparus au sein de la doctrine sont révélateurs de la persistance de l'ambiguïté initiale tenant à l'interprétation de la nature de la mesure de contrôle judiciaire socio-éducatif. Hésitant entre simple mesure de sûreté et pré-peine, entre logique sanitaire et sociale et logique exemplaire de la sécurité, l'enjeu du débat n'est pas minime puisqu'il s'agit du respect de la présomption d'innocence et de la possibilité d'un préjugement.

16. V. par ex., J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Editions Cujas, Paris, 1990, n° 586.

17. Décret n° 70-1223 du 23 décembre 1970 portant règlement d'administration publique complétant le code de procédure pénale (2° partie) et relatif au contrôle judiciaire, JO du 25 déc. 1970, JCP 71.III.37370.

18. V. par ex. Journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal 11-12 décembre 1970, Poitiers, PUF, Paris, 1971 ; V. aussi C. Rauzy, Les aspects criminologiques de la détention préventive et du contrôle judiciaire. Journées régionales de criminologie (Aix-en-Provence, 9 et 10 févr. 1973), cette *Revue*, 1973, p. 517-518.

a) *Entre pré-peine et mesure de sûreté : le respect de la présomption d'innocence*

Les orientations de la loi de 1970 ont fait naître, chez les commentateurs, de réelles craintes pour la liberté individuelle des inculpés. Il semble en particulier que le principe de la présomption d'innocence¹⁹ soit mis en péril par une mesure dont bon nombre des obligations ne laissent, en pratique, aucun doute sur la culpabilité de ceux qui y sont soumis (constitution de sûretés, interdictions de conduire des véhicules, d'exercer une activité professionnelle, etc.). Mais le contrôle judiciaire permet au justiciable de rester en liberté. Il n'y a donc pas d'anticipation sur la culpabilité comme peut en révéler une mise en détention provisoire...

Toutefois, la version socio-éducative du contrôle judiciaire semble bien devoir écarter le respect de la présomption d'innocence. Supposant un minimum d'adhésion à la mesure resocialisante, le contrôle judiciaire socio-éducatif ne peut être mené avec succès si le contrôle en conteste la cause minimale. S'il nie la matérialité des faits de l'infraction ayant justifié son placement sous contrôle judiciaire, bref, s'il n'a pas avoué, comment adhérerait-il à une mesure qui lui apparaîtrait alors évidemment abusive ? D'ailleurs, les magistrats éprouvent eux-mêmes une certaine réticence à prononcer une telle mesure alors que l'affaire n'est pas judiciairement réglée. C'est que le contrôle judiciaire socio-éducatif dépasse les simples limites d'une mesure de sûreté. Il intègre des mécanismes qui anticipent sur le jugement final²⁰. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il permet, en vertu de l'article 138, alinéa 15 du code de procédure pénale, d'enclencher une procédure de réparation des dommages causés à la victime de l'acte délictueux (anticipation sur la décision à intervenir sur l'action civile). La forte probabilité d'une absence de peine privative de liberté à l'issue du contrôle judiciaire confère ainsi aux obligations de cette mesure le caractère de pré-peines²¹ prolongées éventuellement par une mise à l'épreuve. Le dispositif peut aussi fort bien s'apparenter, dans l'esprit des contrôlés, à une modalité d'exécution d'une sanction pénale...

Dès lors, la logique judiciaire laissant place à une logique sanitaire et sociale qui confère au contrôle judiciaire socio-éducatif les caractéristiques d'un réel préjugement, cette mesure devient un mécanisme autonome de traitement des comportements délinquants.

b) *Entre logique judiciaire et logique sanitaire et sociale : un préjugement*

Dès 1970, M. Pradel faisait le constat que les mesures rééducatives du contrôle judiciaire prenaient le pas sur les mesures éliminatrices. Il entrevoyait déjà cette « logique sanitaire » dont il dénoncerait plus tard les risques de dérive (elle pousserait à inculper des individus « qui ont commis des choses dérisoires »²²). Cette opinion était contestée par M. Chambon qui, défendant une position strictement orthodoxe, voyait surtout dans le contrôle judiciaire un substitut à la détention provisoire, une mesure de contrainte, mais en aucun cas une mesure d'assistance. Il ne saurait exister, selon ce dernier, une « forme de mise à l'épreuve avant jugement » car les « notions d'assistance et d'amen-

19. V. W. Jeandidier, La présomption d'innocence ou le poids des mots, cette *Revue*, janvier-mars 1991, p. 49-52.

20. Cf. R. Merle, La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970, cette *Revue*, 1971, p. 567-576 ; V. égal. G. Levasseur, L'incidence du droit européen : l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les privations ou restrictions de liberté antérieures au jugement répressif, *Les cahiers du droit*, Bordeaux, 1985, p. 78-103.

21. Voir sur cette notion M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris 1986, 332 p.

22. La détention provisoire et le contrôle judiciaire, Compte rendu de la X^e journée d'études, 24 avril 1976, Institut de sciences criminelles de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1976, p. 55.

dement n'ont pas de place avant la condamnation »²³. Plus largement, les partisans de ce conformisme judiciaire reprochent aux mesures privilégiant le traitement de réinsertion sociale de faire passer au second plan la nécessité de la sanction et de développer, en même temps que l'irresponsabilité du coupable, celle du corps social. Pour ces derniers, la Justice doit se garder d'assumer les lacunes ou les échecs des systèmes sociaux, éducatifs et médicaux de prise en charge du citoyen.

En dépit de ces attaques, la logique sanitaire et sociale a progressé car, avec le contrôle judiciaire socio-éducatif, la situation socio-économique devient désormais un élément prépondérant de la présélection des délinquants, de leur orientation vers une forme de réaction sociale non carcérale et basée sur l'aide sociale. Le système judiciaire tient alors, de fait, un rôle de signalement et finalement « d'étiquetage » des individus relevant d'une intervention d'assistance²⁴. L'existence d'une filière sociale au sein du champ présentiel est confirmée par l'apparition, à côté du contrôle judiciaire socio-éducatif, de nouveaux dispositifs destinés à l'alimenter.

Ainsi, avec la mise en place des permanences d'orientation pénale (POP)²⁵ par la loi du 6 juillet 1989²⁶ consacrant le succès des expériences d'enquête rapide, l'enquête ne se contente plus de rassembler des données d'ordre matériel, familial et social, mais comporte réellement des informations, voire des propositions, sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressé (possibilités d'hébergement, de stage, de formation professionnelle ou de prise en charge sociale ou médicale). Une présélection des candidats au contrôle judiciaire socio-éducatif est en conséquence suggérée. En confiant au procureur de la République le soin de requérir les services qu'il juge propres à mener l'enquête, le législateur n'a pas uniquement souhaité hâter la prise en charge socio-éducative des justiciables. Ce filtre nouveau, antérieur à l'information et par conséquent antérieur à l'intervention du juge d'instruction, permet d'étendre le prononcé du contrôle judiciaire socio-éducatif à des affaires pénales qui, parce qu'elles ne le justifient pas légalement, ne vont pas à l'instruction. Cette appréciation se trouve corroborée par l'instauration, dans cette même loi, de l'ajournement avec mise à l'épreuve.

L'article 469-3 ancien du code de procédure pénale fixait trois conditions au bénéfice d'un ajournement : le reclassement du prévenu devait être en voie d'être acquis, le dommage causé en voie d'être réparé et le trouble causé par l'infraction en voie d'être éteint. Le système établissait un constat mais ne permettait pas, directement, d'engager le processus permettant de remplir les conditions évoquées. Si la jurisprudence avait reconnu qu'un ajournement pouvait être suivi d'un placement sous contrôle judiciaire²⁷,

23. P. Chambon, *Le juge d'instruction. Théorie et pratique de la procédure*, Dalloz, 2^e édition, Paris, 1980, p. 314.

24. On en trouve l'illustration dans la mise en place au sein de l'Association de réadaptation sociale et de contrôle judiciaire de Bordeaux, en 1990, d'une procédure dite de « convention judiciaire d'insertion : RMI » qui permet au procureur de la République de confier à cette association des individus ayant commis des infractions « peu graves » et auxquels on propose un contrat d'insertion RMI. Les gages d'amendement et de réinsertion donnés par le délinquant lui permettront d'obtenir ensuite l'abandon des poursuites.

25. J. Faget, *La POP Justice. Permanences d'orientation pénale et rationalité judiciaire*, cette *Revue*, 1990, n° 4, p. 844-849 ; J. Faget, F. Kiefer, F. Philippe, *La permanence d'orientation pénale. Evaluation du dispositif toulousain, GERICO*, ministère de la Justice, 1992.

26. L'article 1^{er} de la loi, modifiant l'article 41 dernier alinéa du c. pr. pén., permet au procureur de la République de faire appel au CPAL, au service compétent de l'éducation surveillée ou à « toutes personne habilitée dans les conditions prévues par l'article 81, sixième alinéa » afin de « vérifier la situation matérielle, familiale et sociale d'une personne faisant l'objet d'une enquête et de l'informer sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressé ». Cette enquête est obligatoire avant toute réquisition de placement en détention lorsqu'un majeur de moins de vingt et un ans est en cause et encourt une peine au plus égale à cinq ans d'emprisonnement. V. par ex., P. Chambon, *La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions*, *JCP* 1989.I.Doc.3417.

27. TGI d'Evry, 23 juin 1986, Dalloz, 1987, *Sommaires*, p. 86.

l'institution nouvelle crée un système officiel et apporte une cohérence nouvelle au binôme ajournement-contrôle judiciaire. Le législateur a entendu favoriser les placements socio-éducatifs en permettant au procureur de la République – qui dispose des éléments nécessaires (les renseignements fournis par la POP) – de faire comparaître directement le justiciable devant le tribunal qui, en prononçant l'ajournement, pourra placer ce dernier sous contrôle judiciaire. C'est la confirmation que le bénéfice de la mesure est étendu aux petits délinquants dont l'infraction a un degré de gravité réduit et ne soulève pas de difficulté (pas de doute sur la matérialité des faits, sur la culpabilité, etc.). Plus que jamais, l'institution pourra mordre sur la liberté plutôt que sur la détention. Au-delà, ce mécanisme permet au contrôle judiciaire socio-éducatif de se rapprocher un peu plus du sursis avec mise à l'épreuve en le faisant passer d'une mesure pré-sententielle à une modalité d'exécution d'un jugement.

Il existe donc bien une filière sanitaire et sociale dont le contrôle judiciaire socio-éducatif est le centre et reposant sur l'idée que l'approche sociale des difficultés, toujours préférable à l'application de solutions carcérales, doit intervenir le plus tôt possible (dès après la garde à vue) et se prolonger autant que nécessaire. Substantiellement différent du contrôle judiciaire à fin unique de surveillance, le contrôle judiciaire socio-éducatif repose sur une logique sociale autonome voulant que le travail de réinsertion engagé dès la phase d'information ne soit pas remis en cause, au moment du jugement, par une peine privative de liberté. En fait, dans ce type de mesure, la logique socio-éducative prend le pas sur la logique judiciaire. Dès lors, le contrôle détient entre ses mains une large part de son destin. En fournissant au tribunal des preuves sérieuses de sa volonté de réinsertion (le rapport de fin de mesure tient ici un rôle déterminant²⁸), il peut contribuer à atténuer l'importance du jugement sur la gravité des faits tout en donnant aux juges la possibilité d'apprécier plutôt son désir de s'amender.

Le contrôle judiciaire socio-éducatif réalise ainsi officieusement le principe de continuité du procès pénal réclamé officiellement par une partie de la doctrine (en particulier la Défense sociale nouvelle).

Cependant, le respect d'une telle logique n'a rien de systématique. Celle-ci ne produit ses effets que si certaines conditions précises sont effectivement réunies. Les doutes nombreux engendrés par la pratique du contrôle judiciaire socio-éducatif en rendent la présence incertaine.

B. – Les doutes relatifs à la pratique du contrôle judiciaire socio-éducatif

La logique sanitaire et sociale trouve deux obstacles majeurs à son déploiement. D'une part, l'hétérogénéité des acteurs du contrôle judiciaire socio-éducatif (1), car cette logique repose sur un postulat de base : le contrôle judiciaire socio-éducatif n'existe qu'à la condition que se manifeste une volonté commune de l'appliquer.

D'autre part, la diversité des moyens attachés à cette mesure (2), parfaitement révélatrice de la précarité initiale du dispositif.

1. L'hétérogénéité des acteurs du contrôle judiciaire socio-éducatif

Le contrôle judiciaire socio-éducatif ne fonctionne qu'à la condition que les acteurs de la mesure, contrôleurs, contrôlés et juges, respectent la logique sanitaire et sociale. Les premiers devront avoir une qualification reconnue pour mener leurs actions, les suivants devront adhérer à l'objectif de réinsertion qui leur est proposé, les derniers devront

28. Cf. Michat, Le contrôle judiciaire et son application pratique, *Revue de droit pénal et de sciences pénitentiaires*, 1975, n° 2, p. 163-181.

privilégier une moindre répression lorsque le délinquant est amendé et intégré dans un lien social stable.

a) Quels contrôleurs pour le contrôle judiciaire socio-éducatif ?

La loi de 1970 permet aux magistrats de désigner de façon discrétionnaire la personne ou l'institution chargée d'assurer le contrôle (art. R. 16 c. pr. pén.). Si un contrôle judiciaire à finalité essentielle de surveillance peut être assuré par des policiers, des gendarmes ou d'autres fonctionnaires à la retraite en revanche, dans sa version socio-éducative, la mesure requiert des qualifications et des compétences professionnelles réelles. Les simples contrôleurs sont alors remplacés par de véritables éducateurs sociaux chargés de vérifier la bonne exécution des termes de l'ordonnance du magistrat instructeur, sans que leur rôle ne se limite à cette tâche puisqu'ils devront trouver des solutions propres à assurer la réinsertion de chaque contrôlé. Autant d'actions dont cette ordonnance ne rend pas compte et qui nécessitent l'entretien d'un tissu relationnel multipolaire aussi bien que la maîtrise des techniques d'intervention sociale. L'exigence statutaire va ici de pair avec celle du développement de la professionnalisation.

Le contrôle judiciaire socio-éducatif a longtemps reposé sur l'action d'un personnel essentiellement bénévole²⁹. Un meilleur financement de l'institution, la recherche d'une légitimité plus forte et d'une reconnaissance accrue de la part du milieu judiciaire ont progressivement poussé les associations de contrôle judiciaire à se professionnaliser. Le message transmis par la circulaire du 28 avril 1983 a eu une importance déterminante dans ce phénomène. La présence de spécialistes de l'assistance sociale est le gage d'une prise en charge sérieuse et efficace des contrôlés. Mais le travail des éducateurs est inopérant si les individus soumis au contrôle ne coopèrent pas, s'ils ne désirent pas se réinsérer.

b) Quels contrôlés pour le contrôle judiciaire socio-éducatif ?

Le traitement en milieu libre ayant pour finalité de maintenir le délinquant dans son cadre familial et social habituel afin d'éviter les effets psychologiques et sociaux déstructurants de l'emprisonnement de courte durée, ce type de mesures s'adresse en priorité à des individus dont la capacité criminelle est faible mais qui présentent des facultés d'adaptation élevées. Autant de délinquants pour lesquels le principe de proportionnalité entre gravité de l'acte et sévérité de la peine est remplacé par la relation : faible gravité de l'acte-absence de privation de liberté³⁰. Nous avons pu constater que, sur la juridiction paloise, près de la moitié des placements interviennent à la suite d'un vol simple et concernant, à 70 %, des délinquants primaires (dans sa circulaire du 28 octobre 1992, la Chancellerie demande d'ailleurs aux magistrats du parquet d'écarter du bénéfice de la mesure de contrôle judiciaire socio-éducatif les multirécidivistes et les auteurs de violences graves³¹).

Le contrôlé type est de sexe masculin, jeune (moins de 25 ans), français, il possède une qualification professionnelle réduite ou inexistante ; dépourvu d'emploi ou n'exerçant que des activités occasionnelles, il conserve peu ou pas d'appuis familiaux ; poursuivi au titre d'une infraction contre les biens, il rencontre quelquefois des problèmes de

29. V. A. Bastin, La formation des bénévoles. Le contrôle judiciaire socio-éducatif, par exemple, *Bulletin du CLCJ*, n° 15, 1988, p. 103 et s. ; J. Faget, Contrôle judiciaire et travail social, cette *Revue*, 1985, p. 319-331 ; J. Faget, Contrôle judiciaire et démocratie, *Bulletin du CLCJ*, n° 21, 1990, p. 79-84.

30. Cf. J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome III, Criminologie, Dalloz, 3^e édition 1975, Paris, p. 614 ; V. aussi J. Pradel, *Quels délinquants pour le traitement en milieu libre, notamment en droit français ?*, in *L'élaboration des Règles minima pour le traitement en milieu libre*. Travaux de l'Institut des sciences criminelles de Poitiers, vol. 8, Editions Cujas, Paris, 1989, p. 119.

31. Crim. 92-13/E5/02-10-92, BOMJ, n° 48 (1^{er} oct.-31 déc. 1992), p. 21-36.

logement³². Il ne suffit cependant pas de répondre à ces quelques critères objectifs pour être placé sous contrôle judiciaire socio-éducatif, non plus que pour justifier l'éclosion d'une logique sanitaire et sociale.

Les obligations de l'article 138 du code de procédure pénale ne permettant pas au juge d'imposer que le contrôlé adhère au travail de réinsertion, c'est à ce dernier qu'il revient de négocier, avec l'éducateur, les modalités de l'assistance qu'il désire recevoir. S'il se contente d'une participation de type ritualiste, respectant simplement les règles coercitives fixées par le magistrat instructeur, sans manifester une volonté de réinsertion sérieuse (recherche d'un emploi, d'un logement, etc.), l'intervention sanitaire et sociale est réduite à son minimum et le contrôle judiciaire est surtout une surveillance. La mesure n'intègre ses vertus socio-éducatives que si la population à laquelle elle s'applique sollicite une réelle assistance. Or cette condition n'est pas toujours accomplie. Par exemple, l'injonction thérapeutique créée par la loi du 31 décembre 1970 restant largement sous-employée par les procureurs de la République, la population des toxicomanes n'échappe pas à la mise en examen et alimente, dans les plus grandes villes, une part non négligeable des mesures de contrôle judiciaire. L'obligation de se traiter étant imposée dans le cadre de cette mesure, les intervenants de l'action thérapeutique éprouvent d'importantes difficultés pour situer leurs missions face à une catégorie si spécifique de pathologies délinquantes³³ (est-ce la volonté de se soigner qui amène le contrôlé chez le médecin ou bien le désir de ne pas être incarcéré pour violation des obligations prescrites?).

Il y aurait une certaine sélection des contrôlés en fonction de leur potentialité à se soumettre à un traitement socio-éducatif. La preuve en est d'ailleurs que, si cette aptitude ne se manifeste pas ou si elle disparaît, le contrôle est prématurément interrompu (notre étude a montré que 80 % des contrôles dont la durée est inférieure à trois mois s'expliquent par l'intervention d'une mainlevée de l'ordonnance de contrôle judiciaire, tandis qu'en l'absence d'incident la mesure s'achève normalement, après une période de trois à douze mois et plus, par une ordonnance de clôture).

C'est la raison pour laquelle, en matière de contrôle judiciaire socio-éducatif, il ne suffit pas qu'une assistance soit nécessaire, il faut encore qu'elle soit réalisable et qu'elle soit acceptée. Mais c'est au juge qu'il revient d'apprécier l'opportunité d'une mesure éducative en milieu libre.

c) *Quels juges pour le contrôle judiciaire socio-éducatif?*

La mesure de contrôle judiciaire peut être décidée, bien sûr, par le juge d'instruction, mais aussi par la chambre d'accusation, le tribunal correctionnel, la chambre des appels correctionnels ou encore, par le président du tribunal de grande instance sur demande du procureur de la République (en cas de convocation par procès-verbal ou de comparution immédiate). La décision de recourir au contrôle judiciaire socio-éducatif ne s'identifie en rien à une routine judiciaire. Bien au contraire. Le contrôle judiciaire socio-éducatif requiert que les magistrats fassent le choix du refus de la facilité³⁴. C'est

32. V. Le contrôle judiciaire socio-éducatif, *Le courrier de la Chancellerie*, juin 1985, n° 45, p. 1-3 ; V. aussi P. Geminel, L'application du contrôle judiciaire socio-éducatif à Bordeaux, la période 1984-1985, (dactyl.), 1985.

33. V. Approches socio-éducatives des toxicomanies. Formation des contrôleurs judiciaires, *Bulletin du CLCJ*, n° 17, 1989, p. 110-114 ; N. Stemmer et J.-P. Malossanne, *Le rôle de l'Association de réadaptation sociale et de contrôle judiciaire*, (ARESCJ) in R. Ottenhof et R. Cario, *Délinquance et Toxicomanie*, Editions Erès, 1991, p. 33-38 (109 p.) ; N. Rizzo, *Le travail social en toxicomanie, des expériences à la recherche d'un modèle*, Editions IES, coll. « Champs professionnels », Genève, 1989, 130 p. ; A. Le Dimna et M. Launay, *Propos sur le contrôle judiciaire et la toxicomanie par un juge d'instruction et un contrôleur judiciaire à Versailles*, *Bulletin du CLCJ*, n° 4, 1987, p. 89-90.

34. L. Fauconnet, *Le rôle des politiques sociales en réponse à la violence et l'insécurité urbaine : le contrôle judiciaire socio-éducatif*, *Promovere*, 1987, n° 4, p. 67-74.

à la fois une lutte contre la facilité de délivrer un mandat de dépôt et un combat contre la tentation de faire prévaloir une stricte logique judiciaire dans la gestion des mises en examen. En tant que mesure de procédure s'intégrant dans la phase préparatoire du procès pénal, le contrôle judiciaire est soumis à une logique voulant que cette mesure prenne fin lorsque l'affaire est – judiciairement – en état d'être jugée. Mais, en tant que moyen d'assistance, ce type de contrôle est soumis à la logique sanitaire qui veut que la mesure se prolonge tant que la situation du contrôlé n'est pas – socialement – normalisée. Ainsi, le juge doit concilier des impératifs dont l'antagonisme réduit souvent ce choix à la manifestation d'une conviction idéologique, tant il est vrai que le besoin d'assistance du délinquant n'est pris en compte qu'autant que « le juge pénal accepte d'en faire sa préoccupation dominante »³⁵.

L'ambiguïté initiale des textes permet au juge de disposer d'une liberté d'interprétation pouvant tout à la fois satisfaire le magistrat qui entend faire prévaloir les nécessités de l'instruction et le juge « social »³⁶, qui fait de la réinsertion un objectif majeur de la mesure et la laisse par conséquent se prolonger, si nécessaire, au-delà du temps strictement nécessaire à la clôture des éléments judiciaires du dossier pénal. Il ne peut donc y avoir de contrôle judiciaire socio-éducatif sans la volonté ferme du juge de promouvoir cette formule. Il est ici question du juge instructeur, mais aussi du juge de fond. Car c'est à ce dernier que revient le soin de juger des résultats du contrôle. Si ces magistrats n'entérinent pas le préjugement déjà évoqué, c'est le système tout entier qui perd sa justification. Quelle est l'utilité de plusieurs mois de réinsertion si une peine de prison vient ensuite briser le lien social que l'on s'est efforcé de consolider ? Une peine de prison ferme vide le contrôle judiciaire socio-éducatif de tout sens. Si le placement sous ce type de mesure est un pari sur l'avenir, la pratique nous montre que, en fait, c'est souvent un pari gagnant³⁷.

La logique sanitaire et sociale permet donc de lutter contre l'hétérogénéité des acteurs du contrôle judiciaire socio-éducatif. Des intervenants qui sont de réels professionnels de l'action sociale, bénéficiant de règles statutaires précises, des contrôles accessibles au travail de réinsertion et des juges acquis à la nécessité d'une approche sociale de la justice (ne pourrait-on pas imaginer de les sensibiliser dès leur formation à ce type d'approche ?), sont les conditions requises au développement du contrôle judiciaire à caractère socio-éducatif. Mais ce n'est pas suffisant, car l'institution doit aussi surmonter les problèmes engendrés par la diversité des moyens de son fonctionnement.

35. M. Ancel, *Le rôle social du juge pénal*, in *Mélanges Beza dos Santos*, Faculté de Coimbra, 1966, p. 208 ; V. aussi B. Leroy, *Le choix du juge d'instruction*, *Bulletin du CLCJ*, n° 18, 1989, p. 114-118 ; C. Vourc'h, *Une application socio-éducative du contrôle judiciaire*, *Archives de politique criminelle*, n° 2, 1977, p. 107-131.

36. C. Vourc'h, *Le contrôle judiciaire : première exploration*, *Archives de politique criminelle*, n° 1, 1975, p. 63-87.

37. L'étude que nous avons menée au sein de la juridiction paloise, en collaboration avec l'Association béarnaise de contrôle judiciaire, montre que la prison ferme est écartée chez 73 % des contrôlés. Si 27 % d'entre eux se voient condamnés à une peine d'emprisonnement, celle-ci n'est supérieure au temps de détention provisoire éventuellement subi que dans 5 % des cas. Il y a donc bien 30 % de résultats négatifs, mais seulement 5 % de véritables échecs. Même lorsqu'une peine de prison ferme est prononcée, elle est le plus souvent inférieure à 12 mois d'emprisonnement, les peines inférieures à 6 mois étant plus fréquentes. De plus, pour plus de la moitié, ces peines sont assorties d'un sursis simple ou avec une mise à l'épreuve, V. C. Cardet, *Le contrôle judiciaire socio-éducatif : outil d'une atténuation de la frontière entre fonction d'instruction et fonction de jugement ? Approche paloise de la question*, mémoire de DEA sous la direction du professeur J.-P. Delmas Saint-Hilaire, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1991, 94 p.

2. La diversité des moyens du contrôle judiciaire socio-éducatif

Comme tout dispositif ayant une nature expérimentale, le contrôle judiciaire socio-éducatif est confronté à un double impératif : trouver les moyens financiers propres à assurer son maintien et conforter ses bases institutionnelles.

a) *Quels financements pour le contrôle judiciaire socio-éducatif ?*

Les partenaires du contrôle judiciaire socio-éducatif sont nombreux et leur diversité montre parfaitement que l'institution a cherché à s'affranchir d'une dépendance trop marquée à l'égard de la Chancellerie. Le tissu partenarial que l'institution a su créer lui permet d'être en relation aussi bien avec le ministère des Affaires sociales, que le ministère de la Ville ou encore les différents Conseils généraux ou communaux à l'échelon local. Or, malgré cette diversification des sources de financement, et alors que les subventions du ministère de la Justice deviennent plus maigres, les associations de contrôle judiciaire éprouvent de plus en plus de difficultés à « boucler » leurs budgets annuels. Devant ces inquiétudes, l'Etat paraît disposé à réajuster sa politique.

Ainsi, par son décret n° 92-1181 du 4 novembre 1992 (JO du 5 nov. 1992), la Chancellerie a réévalué les tarifs de rémunération des mesures de contrôle judiciaire, les faisant passer de 340 F à 1 000 F (soit + 194 %) pour celles d'une durée inférieure à trois mois, à 1 670 F (contre 725 F) pour celles comprises entre trois mois et un an, et à 2 670 F (contre 1 000 F) pour celles d'une durée supérieure à un an. Précisons que cette revalorisation des tarifs est réservée aux seules associations conventionnées.

Il existe donc désormais une volonté clairement affichée d'assurer la pérennité de ces associations. La circulaire d'application du décret, en date du 13 novembre 1992³⁸, ne laisse à cet égard aucun doute. Le but est de « permettre une nécessaire clarification des modes de financement » du contrôle judiciaire socio-éducatif par un « accroissement de la part prise en charge au titre du budget de la justice par rapport aux autres sources de financement » et par un « rééquilibrage, s'agissant du financement justice, entre ce qui doit relever des frais de justice et ce qui doit être assumé sous forme de subventions aux associations » (réduction dès 1993 des subventions versées au titre des crédits d'intervention et réexamen détaillé, au cours de l'année 1993, de l'activité et des charges de chaque association afin d'évaluer la part maximale susceptible d'être financée par subvention en 1994). C'est donc à un recentrage judiciaire des sources de financement, à une reprise en main du contrôle judiciaire socio-éducatif par le ministère de la Justice auxquels on devrait assister ces prochains mois.

Si cette récente intervention gouvernementale semble apporter une solution au problème du financement de la mesure, elle a surtout pour objectif de lever les doutes tenant à son cadre institutionnel.

b) *Quel cadre institutionnel pour le contrôle judiciaire socio-éducatif ?*

La diversité des financements étant désormais combattue par le gouvernement au profit d'un recentrage judiciaire, on peut se demander si la pratique des associations de contrôle judiciaire ne va pas, elle aussi, être recentrée. A l'heure où le contrôle judiciaire socio-éducatif est presque exclusivement assuré par le milieu associatif, dans le cadre de structures régies par la loi de 1901, la Chancellerie ne souhaite-t-elle pas exercer son emprise sur des associations dont l'action lui échappe ? Il faut ici préciser que le ministère de la Justice avait déjà essayé de réduire la place des associations civiles dans le contrôle judiciaire au moyen du décret en date du 14 mars 1986, lequel officialisait la prise en

38. Circulaire du 13 nov. 1992, Crim. 92-17 ES/13 nov. 92, *BOMJ*, n° 48, 1^{er} oct.-31 déc. 1992, p. 49-53.

charge par les comités de probation et d'assistance aux libérés des mesures présententielles (les articles D. 574 c. pr. pén. et D. 757 c. pr. pén. nouveaux permettaient à ces institutions judiciaires de mettre en œuvre toutes « les mesures d'aide propres à favoriser la réinsertion sociale des personnes prises en charge », dans le cadre d'enquêtes de personnalité ou de *contrôle judiciaire* en particulier). Mais, en l'absence de moyens significatifs et de stratégie bien définie³⁹, cette solution « intra-judiciaire » n'a pas produit les effets escomptés. Ne pouvant les marginaliser, la Chancellerie aurait-elle choisi d'annexer à la Justice ces associations de contrôle judiciaire ?

Il ne fait aucun doute que le recours au milieu associatif constitue le fondement même de la réussite de l'intervention socio-éducative aussi, en l'absence d'association, il paraît impossible de développer autre chose qu'une mesure dégénérée en simple contrôle policier. D'ailleurs et c'est un signe, le « décollage » de cette forme de contrôle judiciaire ne s'est fait que lorsque l'institution a été prise en charge par le milieu associatif⁴⁰.

On peut penser que la Chancellerie, en favorisant les prises en charge socio-éducatives de courte durée (V. *supra* le barème dégressif), souhaite limiter le rôle de ces associations en restreignant leur « logique sanitaire et sociale ». Les contrôles étant raccourcis dans le temps, seront écartés du bénéfice de la mesure les cas les plus graves, ceux nécessitant une assistance prolongée. Bref, plus encore que ce n'est le cas actuellement, le contrôle judiciaire concernera des justiciables dont le besoin de réinsertion est faible... voire inexistant !

Si la mesure de contrôle judiciaire socio-éducatif doit lutter contre les nombreuses ambiguïtés originelles liées à sa théorie et à sa pratique, elle doit surtout se préoccuper de son efficacité. Or, il semble que, en l'espèce, les fonctions du dispositif se caractérisent par une certaine fragilité.

II. - FRAGILITÉ PERSISTANTE DES FONCTIONS DU CONTRÔLE JUDICIAIRE SOCIO-ÉDUCATIF

Le contrôle judiciaire socio-éducatif est l'emblème d'une politique criminelle qui érige l'empirisme en principe d'action. En tant qu'expérience, cette mesure secrète son propre système de références, se découvre des qualités sans cesse renouvelées et a donc vocation à s'autoregénérer pour finalement, durer. Les incertitudes liées aux objectifs officiels du dispositif (A), et la précarité de ses fonctions tacites (B) pourraient bien faire contrepoids à cette tendance.

A. - Les incertitudes liées aux principes justificateurs du contrôle judiciaire socio-éducatif

L'engouement que suscite le contrôle judiciaire socio-éducatif est la conséquence du projet très ambitieux qui lui a été fixé : il s'agissait de créer un effet substitutif à la détention provisoire (1) tout en assurant la réinsertion des contrôlés (2) dont on souhaite prévenir la récidive (3). Or, sur ces trois points, la mesure socio-éducative n'apporte pas de réponse claire.

39. V. Y. Perrier, Probation : asphyxie ou les raisons d'un malaise, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1992, n° 1, p. 99 et s.

40. V. Contrôle judiciaire. Premier bilan sur le développement et l'action des associations, *Le courrier de la Chancellerie*, n° 33, 1984, p. 1.

1. Le contrôle judiciaire socio-éducatif et l'objectif de substitution à la détention provisoire.

C'est avec la volonté de lutter contre une utilisation immodérée de la détention préventive⁴¹ que le législateur de 1970 instaure le contrôle judiciaire. L'adjonction de cette « troisième voie » entre la détention et la liberté pure et simple devait permettre de garder sous main de justice les inculpés pour lesquels une détention ne s'impose pas, mais dont le maintien en milieu libre exige que soient prises certaines garanties (de représentation, cautionnement, interdictions diverses, etc.). Si cet objectif global de substitution à la détention provisoire ne dépend pas, en théorie, de la nature du contrôle judiciaire, il convient, en pratique, de distinguer les résultats selon que la version socio-éducative de la mesure est appliquée ou ne l'est pas.

a) Un effet substitutif indépendant, en théorie, des fins du contrôle judiciaire

En tant qu'alternative à la détention dans la phase pré-sententielle du procès pénal, la mise en œuvre du contrôle judiciaire soulevait l'espoir d'une baisse subséquente du recours aux mandats de dépôt. Il était clair que cet objectif de substitution était indépendant du contenu du contrôle judiciaire. Qu'il ait une fin unique de surveillance, ou bien qu'il permette de prodiguer une assistance sanitaire et sociale, le contrôle devait être utilisé avec le même degré de confiance, sans restriction supplémentaire. Il se substituerait à la détention provisoire chaque fois que les éléments judiciaires de l'affaire ne justifiaient plus une telle restriction de la liberté ; chaque fois que les obligations de la mesure de contrôle judiciaire seraient suffisantes à raison des nécessités de l'enquête, ou à titre de mesure de sûreté. La liberté étant le principe, le contrôle judiciaire en devenait une restriction, tandis que la détention devait demeurer l'exception...

Toutefois, l'instauration de ce nouveau dispositif dans le système procédural français ne fut pas suivie des effets escomptés. Dans la période 1971-1981, le nombre des mesures de détention provisoire passait de 5 000 à 30 000... Pour autant, cet échec est-il celui du contrôle judiciaire dans son ensemble ? Il est admis que pendant cette même période la dimension socio-éducative du contrôle judiciaire est restée plutôt confidentielle. S'il n'y a pas eu de réel effet substitutif, c'est d'abord parce que les magistrats ont privilégié la sûreté supposée d'un mandat de dépôt par rapport aux garanties de surveillance censées être apportées par les obligations du contrôle judiciaire à fin de surveillance. C'est ensuite parce que le code de procédure pénale fixe les conditions d'application de la détention provisoire dans le cadre d'une liste dont les termes ne sont pas spécialement restrictifs et n'exigent pas du juge d'instruction qu'il constate de façon expresse l'échec du contrôle judiciaire pour placer en détention provisoire. On conçoit donc aisément qu'au lieu d'apporter un remède à cette détention, l'institution nouvelle ait eu plutôt tendance à s'appliquer à des individus qui, antérieurement, étaient laissés en liberté pure et simple. A tel point que l'on a pu parler d'une véritable « cancérisation du contrôle social »⁴².

Ne disposant pas des structures adaptées indispensables à une prise en charge socio-éducative, les juges ont pu hésiter à confier à de simples fonctionnaires à la retraite dépourvus de formation spécifique le soin de réinsérer dans la vie sociale les individus nécessitant une telle assistance. C'est par conséquent une part importante de la population type du contrôle judiciaire socio-éducatif qui, faute de moyens, échappait paradoxalement au contrôle judiciaire, et selon le cas, demeurait en liberté pure et simple ou se retrouvait placée en détention provisoire.

41. V. par ex., J.-P. Doucet, La détention préventive : mesure exceptionnelle ?, *Gaz. Pal.*, 1966, Doct., p. 130-135.

42. Cf. J. Faget, *Probation et contrôle judiciaire, la justice buissonnière*, thèse d'Etat en droit, Bordeaux-I, 1977, 374 p.

b) Un effet substitutif dépendant, en pratique, des moyens du contrôle judiciaire

Conclure définitivement que la mesure de contrôle judiciaire est un mécanisme supplémentaire dépourvu d'effet substitutif sur la détention provisoire reste cependant excessif. Il nous faut prendre en considération que les statistiques de l'Administration pénitentiaire font apparaître des résultats qui, compte tenu de leur mode de calcul, ne rendent pas précisément compte des flux réels⁴³ (même si l'analyse comparée du nombre des placements sous contrôle judiciaire et des placements sous mandat de dépôt laisse observer, depuis peu, un accroissement significatif de la place relative des premiers par rapport aux seconds⁴⁴).

La constatation de l'échec de l'effet substitutif au niveau national dans la période 1971-1981 pourrait bien laisser place à l'enregistrement d'une substitution croissante du contrôle judiciaire à la détention provisoire. Un tel mouvement, encore trop récent pour y voir un phénomène structurel, est révélateur de la place croissante de la version socio-éducative du contrôle judiciaire. En effet, il apparaît qu'à l'échelon local, lorsque le contrôle judiciaire est pris en charge par le secteur associatif, un effet substitutif peut être isolé⁴⁵. Nous avons pu, nous-même, constater un tel effet à la suite de la création de l'Association béarnaise de contrôle judiciaire auprès de la juridiction paloise : après trois années de fonctionnement seulement, le taux de la détention provisoire passait de 46 à 32 %.

Le contrôle judiciaire socio-éducatif semble pouvoir contribuer à la baisse de la détention provisoire bien plus qu'un contrôle judiciaire « classique ». La présence d'une association de contrôle judiciaire dans le ressort de la juridiction est en effet un facteur pouvant s'avérer décisif dans le choix du magistrat de recourir au contrôle judiciaire plutôt qu'à la détention provisoire. La circulaire du 4 août 1982 précise effectivement que la formule associative offre l'avantage de faciliter la tâche des contrôleurs judiciaires par la mise en commun de moyens matériels et par la création d'une structure de gestion autonome. Aussi, même lorsque le contrôle comporte une dimension de surveillance importante, l'action d'une association de contrôle judiciaire se révèle souvent plus efficace que celle d'un contrôleur isolé. En matière de travail de réinsertion, sa supériorité est, naturellement, indiscutable.

2. Le contrôle judiciaire socio-éducatif et l'objectif de réinsertion sociale du contrôlé

L'objectif de (re)mise au travail se présente, de fait, comme une priorité de la mesure de contrôle judiciaire socio-éducatif. Permettant de renforcer les garanties de représentation du contrôlé tout en assurant sa réinsertion sociale, l'exercice d'une activité salariée

43. Comment mesurer un éventuel effet du contrôle judiciaire sur le taux des mises en détention provisoire alors que les chiffres publiés additionnent non seulement les détenus dont l'instruction est en cours, mais aussi ceux dont l'instruction est achevée et qui vont comparaître devant le tribunal, les individus déjà jugés mais ayant fait opposition, appel ou pourvoi, ou se trouvant en délai d'appel, les étrangers en situation irrégulière en instance d'expulsion... ? Ajoutons que le calcul du nombre des mesures de contrôle judiciaire ne distingue pas selon que le contrôle judiciaire est « classique » ou de nature socio-éducative.

44. On comptait 23 370 mesures de contrôle judiciaire (CJ + CJSE) en 1988 (contre 37 634 mandats de dépôt), 23 181 mesures en 1989 (contre 35 374 mandats de dépôt), 19 355 mesures en 1991 (contre 28 273 mandats de dépôt) ; la part relative du contrôle judiciaire dans les mesures présentielles restrictives de liberté (CJ + DP) est ainsi passée de 38,3 % en 1988 à 40,6 % en 1991 (chiffres établis d'après : *Les chiffres clés de la Justice*, ministère de la Justice, La Documentation française, oct. 1989, 1990, 1992).

45. Cf. P. Gémel, *Contrôle judiciaire socio-éducatif et détention provisoire : un effet substitutif ?*, Bordeaux, 1989 (dactyl.) ; P. Gémel, *Détention provisoire et contrôle judiciaire : les limites d'une politique*, *Bulletin du CLCJ*, n° 19, « Sociologie et Justice », 1989, p. 48-55 ; I. Souleau, *Neuf années de contrôle judiciaire*, cette *Revue*, 1980, p. 41-76.

assure-t-il pour autant, à lui seul, une réelle consolidation de la situation des « contrôlés » ?

a) La réinsertion par le travail

La logique du dispositif voulant que le justiciable se présente devant la juridiction de jugement nanti des meilleurs gages de réinsertion, la (re)mise au travail est, on le conçoit aisément, le premier objectif social de la mesure. Si l'insertion ne se limite pas au seul critère de l'emploi, elle passe nécessairement par ce dernier. C'est ce que reconnaît une circulaire de la Chancellerie en date du 9 mars 1990⁴⁶ qui mentionne : « la place de l'insertion professionnelle (...) doit être tout à fait essentielle (...). En effet, c'est ainsi que sont le mieux garanties une autonomie et une insertion sociale durables ». Pour qu'il y ait insertion il faut un emploi durable et non précaire qui permettra de bénéficier de la sécurité sociale, de trouver un logement, d'améliorer son niveau de formation. L'emploi est donc une clé de voûte. Il implique une bonne santé, un logement, un niveau de qualification suffisant, etc. Le travail est l'acte social premier qui permet de relier l'individu au reste de la société.

La (re)mise au travail est, tout naturellement, le procédé de réinsertion privilégié par les associations de contrôle judiciaire. Dans cette perspective, ces dernières n'hésitent pas à mettre en place un tissu interpartenarial multipolaire intégrant tout à la fois secteur public et secteur privé. Partant, de nombreuses associations inscrivent leur action dans un axe relationnel contractualisé intégrant aussi bien les délégations départementales à l'Équipement, les mairies, que les entreprises⁴⁷. Se comportant comme des sociétés d'intérêt, il n'est pas étonnant de constater que certaines de ces associations sont subventionnées, non seulement par les conseils généraux, mais aussi par le ministère du... Travail.

L'action des travailleurs sociaux doit-elle pour autant se réduire à un simple rôle de prospecteur placier ? Il apparaît que ce sont les magistrats plutôt que les éducateurs qui font de l'insertion professionnelle – qu'ils assimilent au fait de trouver un emploi – l'objectif central de la mesure. Selon M. Bastin, ils y voient une « garantie essentielle dans la prévention du renouvellement de l'infraction »⁴⁸. Or, si les causes profondes à l'origine du passage à l'acte (et qui ne sont pas nécessairement liées à une absence d'emploi) ne sont pas traitées, elles risquent d'engendrer une récidive ultérieure⁴⁹. Il s'agit donc de savoir si un réel traitement peut intervenir efficacement dans les limites d'un contrôle judiciaire.

b) Les limites du travail de réinsertion

Il serait déraisonnable de restreindre le travail de réinsertion au simple domaine de l'insertion professionnelle, même s'il est vrai que, globalement, les associations de contrôle judiciaire rencontrent un vif succès dans ce domaine (son application au sein de la juridiction paloise montre que 70 % des « contrôlés » dépourvus d'emploi trouvent un travail pendant la mesure). L'accompagnement socio-éducatif est constitué de travail relationnel avec la personne, d'actions touchant aux domaines de l'hébergement, de la

46. JO, 11 mars 1990, p. 3206.

47. V. par ex. F. Aizicovici, La réinsertion des contrôlés judiciaires dans les Yvelines. Quand une association joue les intermédiaires entre la justice et l'entreprise, *Le Monde*, 16 mai 1990, XIII.

48. A. Bastin, Insertion professionnelle et contrôle judiciaire socio-éducatif. Réflexion sur une pédagogie socio-éducative de l'insertion, *Bulletin du CLCJ*, n° 4, 1985, p. 28-30. V. aussi B. Mrabet, A. Bastin, *Le contrôle judiciaire et ses juges. Représentation du contrôle judiciaire auprès des magistrats de France métropolitaine*, Recherche réalisée du 1^{er} mars au 30 juin 1989, CLCJ, 1989, 64 p.

49. Cf. M. Rainaud, Relations entre les trajectoires des inculpés et les modalités d'intervention de trois associations exerçant des mesures de contrôle judiciaire socio-éducatif, Rapport de recherche, CEDAS/CLCJ, 1990.

couverture sociale, de la santé physique ou mentale, de la formation scolaire, ou concernent l'alcoolisme et la drogue. Le domaine d'intervention de l'éducateur dépasse donc largement la simple question de l'emploi. Le contrôle judiciaire socio-éducatif permet d'engager le contrôlé dans un réseau de prise en charge sociale dont il est souvent exclu. C'est par exemple le cas lorsque l'intervention permet au justiciable de percevoir le RMI⁵⁰.

Mais la mesure socio-éducative permet-elle réellement d'appliquer un *traitement*? Est-ce qu'une authentique « cure psycho-morale » (Pinatel) – qui peut seule remodeler les systèmes de valeur du délinquant – peut être engagée dans le cadre de la mesure? L'examen médico-psychologique et social⁵¹, dont le protocole est strictement défini, et qui ne peut en aucun cas être confondu avec une simple enquête sociale ou de personnalité, se trouve à la base de l'efficacité de tout traitement de fond. Or, est-il besoin de rappeler que celui-ci ne fait pas partie des mesures prescrites pour le bon fonctionnement de l'institution?... Alors, peut-être que le contrôle judiciaire socio-éducatif a un objectif moins ambitieux, mais tout aussi louable en ce qu'il s'agira moins de réinsérer que d'éviter de désinsérer, moins de modifier les éléments d'une socialisation défailante que d'apprendre aux « contrôlés » à vivre avec leurs problèmes.

C'est ici une nouvelle manifestation de la logique sanitaire et sociale déjà évoquée. Lorsque des bases d'insertion existent chez un individu, il convient de les préserver, voire de les développer. Cette faveur a pour conséquence paradoxale d'envoyer dans le dispositif du contrôle judiciaire socio-éducatif, non pas les justiciables dont la situation sociale justifie le plus, objectivement, une assistance, mais ceux pour lesquels il s'impose de ne pas rompre un lien social qui existe déjà. Ce phénomène est accentué par la primauté accordée à la gravité de l'infraction dans l'orientation du délinquant au sein du système de justice pénale, laquelle fait échec à la logique sanitaire évoquée.

Aussi, la mesure de contrôle judiciaire socio-éducatif vise d'abord à *éviter la récidive* de cette population, en lui épargnant les effets pernicieux d'un séjour en prison et en consolidant les principaux facteurs sociaux jusqu'alors défailants (travail, logement, santé, finances).

3. Le contrôle judiciaire socio-éducatif et l'objectif de prévention de la récidive

La prévention de la récidive est le principe justificateur majeur du contrôle judiciaire socio-éducatif. Il prévaut sur la recherche d'un effet substitutif à la détention provisoire, lequel n'est pas spécifique de cette version du contrôle judiciaire, il l'emporte également sur l'objectif de réinsertion, lequel ne se justifie que parce qu'on pense qu'il permettra de diminuer la capacité criminelle des contrôlés et donc la récidive. La prévention du renouvellement de l'infraction et, plus largement, de tout comportement délinquant est en conséquence le seul véritable critère permettant d'évaluer la mesure.

S'il est vrai que le contrôle judiciaire socio-éducatif a vocation à s'appliquer en présence des délits les plus divers (à la seule condition que soit encourue « une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave ») et peut concerner des délinquants fort différents (primaires ou récidivistes, au chômage ou disposant d'un emploi, etc.), il ne faut cependant pas perdre de vue que la mesure se veut agissante. L'action menée à l'occasion du contrôle doit, dans l'absolu, permettre de rendre à la société un individu « neuf », apte à affronter la vie en communauté avec des armes nouvelles.

L'absence de récidive est assurément conditionnée par la réussite de l'objectif préalable de réinsertion. Il reste néanmoins très difficile, comme l'a montré M. Gemi-

50. Cf. RMI et contrôle judiciaire, *Bulletin du CLCJ*, n° 17, « La voiture, la route et la loi », 1988, p. 109.

51. J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome III, Criminologie, Dalloz, 3^e édition 1975, Paris, p. 576.

nel⁵², de mettre en évidence de façon incontestable l'effet préventif de la mesure (les études menées jusqu'à présent sur cette question sont rares et ne permettent pas de conclure définitivement dans tel ou tel sens). La mise en place, dans la pratique, d'une véritable sélection des contrôles facilite grandement la tâche de réinsertion. La logique du contrôle judiciaire socio-éducatif nous conduit ainsi à une conclusion à double niveau : la population des anciens contrôlés doit connaître une récurrence moindre qu'une population témoin non soumise à la mesure car... la population des contrôlés a une propension moindre à la récurrence. Cette hypothèse reste cependant à vérifier.

Si un doute important pèse sur la réalité des fonctions justificatrices du contrôle judiciaire socio-éducatif, les principales fonctions tacites de la mesure, qui sont des fonctions induites par la logique du système, ont également à souffrir d'une certaine précarité.

B. – La précarité des fonctions tacites du contrôle judiciaire socio-éducatif

En faisant participer le délinquant, mais aussi la société, à l'œuvre de justice (1), le système de justice pénale modifie profondément – dans un sens positif – l'image qu'il projette vers la communauté. Cet effet re-légitimant est loin d'être négligeable⁵³, il pourrait même, à lui seul, expliquer qu'une telle mesure se développe en dehors de toute certitude quant à la validité de ses principes justificateurs. L'insertion du contrôle judiciaire socio-éducatif dans le dispositif des politiques locales de prévention de la délinquance (2) intensifie ce phénomène.

1. Le contrôle judiciaire socio-éducatif et la participation du public à l'œuvre de justice

En 1977, le rapport du Comité d'études sur la violence affirmait que : « La justice s'est peut-être trop isolée du reste de la nation »⁵⁴. C'était là tout à la fois le constat de l'enfermement de la justice sur elle-même et l'aveu de l'inefficacité des méthodes traditionnelles de traitement de la délinquance. La décennie 1980 n'a fait que confirmer la nécessité d'une ouverture de la justice sur la *société civile*⁵⁵. Nous ne pouvons manquer de voir dans le contrôle judiciaire socio-éducatif une manifestation de l'encouragement de cette politique de participation du citoyen à notre système de justice pénale, même si celle-ci s'opère à travers des filtres toujours plus nombreux.

a) Une participation encouragée

Dans sa recommandation du 23 juin 1983, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, en vertu de l'article 15 b de son statut, considérait qu'une politique criminelle orientée vers la prévention du crime, la promotion des mesures de substitution aux peines privatives de liberté, la réinsertion sociale des délinquants et l'aide aux victimes devait être poursuivie et développée dans les Etats membres, en même temps qu'il reconnaissait comme « essentiel d'associer le public, dans le cadre de structures adaptées, à l'élabora-

52. V. P. Géminel, Adaptation pratique, adaptation symbolique : les effets du contrôle judiciaire socio-éducatif, Ministère de la Justice, *Les Cahiers du CLCJ*, n° 7, 1988, 104 p.

53. P. Géminel, Le contrôle judiciaire au secours de la justice. L'outil d'une légitimation inattendue ?, *Bulletin du CLCJ*, Bordeaux, n° 19, « Sociologie et Justice », 1989, p. 77-86.

54. A. Peyrefitte, *Réponses à la violence*, Rapport du Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, Presses Pocket, 1977, tome I, Rapport général, 237 p.

55. A. Wyvekens, Justice pénale et environnement local : le « milieu ouvert » et « l'insertion locale des juridictions », *Archives de politique criminelle*, n° 13, 1991, p. 43-60 ; V. aussi F. Rangeon, Société civile : Histoire d'un mot, in *La société civile*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1986, p. 9-32.

tion et à l'application de cette politique ». La nécessité d'assumer un « rôle social » et d'inclure la population dans la mise en œuvre de cette politique est ainsi un objectif prioritaire de la justice contemporaine ⁵⁶.

Dans le cadre du contrôle judiciaire socio-éducatif, l'intervention de la sphère civile est essentielle. Les objectifs sanitaires et sociaux de la mesure requièrent des facultés d'adaptabilité, de polyvalence, que le milieu associatif assure bien plus aisément qu'une structure judiciaire classique. En faisant participer la société civile à la gestion des délinquances, le contrôle judiciaire socio-éducatif restitue ainsi à la fonction de justice une dimension communautaire.

Le constat d'une réelle ouverture de la justice sur la société civile est cependant pondéré par la précision que le contrôle judiciaire socio-éducatif assure de moins en moins une participation directe du citoyen à cette œuvre.

b) Une participation médiate

Si le citoyen s'intègre dans le cadre du contrôle judiciaire socio-éducatif, c'est d'abord à travers le filtre des nombreuses associations *ad hoc*. Les contrôleurs intervenant dans le cadre d'associations de contrôle judiciaire appartiennent plus sûrement au champ civil que ceux prenant en charge une mesure classique de surveillance et qui sont le plus souvent d'anciens professionnels du champ judiciaire. La participation, à l'origine, d'une population de contrôleurs essentiellement bénévoles au sein des associations faisait de ce mécanisme l'outil d'une réelle démocratisation de la justice. Aujourd'hui, la professionnalisation presque totale (un nouveau filtre) de ces intervenants atténue largement cet aspect de la mesure. Ce n'est plus tant le citoyen qui participe à la mise en œuvre d'un traitement en milieu libre, qu'un spécialiste de l'action sociale que l'on pourrait facilement assimiler à un auxiliaire de justice.

La participation de la société civile dans le fonctionnement de la mesure n'est donc apparemment plus une fonction marquante de l'institution. Qu'en est-il de son insertion dans les politiques locales de prévention de la délinquance ?

2. Le contrôle judiciaire socio-éducatif et la politique locale de prévention de la délinquance

La décentralisation a placé les collectivités territoriales en position de force dans le développement de l'aide sociale et a donné une impulsion nouvelle aux politiques locales de prévention de la délinquance ⁵⁷. En proposant des réponses concrètes à cette double préoccupation tout en intervenant sur des individus dont on maintient la qualité de citoyens de la ville, le contrôle judiciaire socio-éducatif devait inévitablement susciter l'adhésion de ces instances locales ⁵⁸. C'est en effet l'occasion de mettre au service d'objectifs convergents des moyens communs plus importants, même si ce mouvement rencontre quelques limites.

a) Une convergence d'objectifs

Largement inspirée par les travaux de la commission Bonnemaison, le décret du 8 juin 1983 instituant le Conseil national de prévention de la délinquance suggérait la création,

56. Cf. *Les politiques de participation de la population, moyen de faire progresser l'intégration sociale*, Nations Unies, Département des Affaires économiques et sociales internationales, New York, 1987, 62 p. ; V. aussi J. Vérin, Participation du public à la justice pénale et à la prévention du crime, cette *Revue*, 1981, p. 417-424.

57. J. Ion, *Le travail social à l'épreuve du territoire*, Éditions Privat, coll. « Pratiques sociales », Toulouse, 1990, 174 p.

58. V. J. Borricand, Espace urbain et prévention de la délinquance. Nouvelles perspectives françaises, cette *Revue*, 1990, n° 3, p. 622-629.

dans chaque département, de Conseils départementaux de prévention de la délinquance. Il s'agissait d'exprimer une rupture par rapport à l'idéologie sécuritaire qui avait inspiré la politique criminelle menée jusqu'ici, ainsi que de marquer la nette volonté « de démontrer le bien-fondé de l'idéologie de l'insertion »⁵⁹. En laissant une place importante à la prévention et spécifiquement aux opérations de prévention de la récidive, les nouvelles institutions ont rapidement intégré dans leur politique de lutte contre la délinquance les actions menées par les associations de contrôle judiciaire socio-éducatif. D'autres mécanismes initiés par l'Etat, et dont la destination est également locale, confirment cet intérêt des collectivités territoriales pour cette mesure.

Une circulaire du 17 août 1990, précisant les priorités de l'Etat en matière de contrats d'action de prévention pour la sécurité dans la ville (CAP) faisait de l'insertion sociale et professionnelle des jeunes en difficulté dans la cité, de la prévention locale de la toxicomanie, de la lutte contre le recel, du développement des alternatives à l'incarcération, de la prévention de la récidive et de l'aide aux victimes, les principaux axes de toute politique locale de prévention. Le constat s'impose que les objectifs des CAP recoupent, une large part de ceux que vise le contrôle judiciaire socio-éducatif. C'est que désormais, l'action porte sur différentes formes de prévention. Les domaines d'intervention touchent le mode de vie, l'espace urbain, le développement des quartiers, mais aussi les personnes, directement. En traitant l'individu *dans* la ville, on traite du même coup *la ville*. De plus, l'intervention est nécessairement pertinente car elle s'applique à un individu repéré dans un espace (la juridiction) et dont on sait qu'il a besoin d'aide, car l'infraction commise en est le signal. Il n'y a donc pas de dispersion de l'action.

Les objectifs du contrôle judiciaire socio-éducatif coïncidant idéalement avec plusieurs des préoccupations des instances de prévention locale de la délinquance, une mise en commun des moyens devient possible, mais connaît cependant de sérieuses limites.

b) Les limites de la convergence

L'insertion du contrôle judiciaire socio-éducatif dans les politiques locales de prévention permet une approche interpartenariale des difficultés. Effectivement, les problèmes qui concernent le logement, l'emploi, l'action sociale, aussi bien que la mise en œuvre d'alternatives communautaires à l'incarcération ne peuvent trouver de solution que dans la transversalité qui, seule, permet de dépasser les difficultés engendrées par une perspective strictement sectorielle. La circulaire de la Chancellerie en date du 25 janvier 1993⁶⁰ ayant pour thème « la politique de prévention de la délinquance » est à cet égard édifiante. Elle rappelle que le contrôle judiciaire socio-éducatif implique un soutien des collectivités locales et de tous les partenaires susceptibles de contribuer à l'insertion des « contrôlés ». A titre d'exemple, elle précise que le développement des moyens d'hébergement d'urgence peut s'appuyer sur des projets associatifs expérimentaux et sur le Plan départemental pour le logement des plus démunis (loi Besson du 31 mai 1990).

Seulement, le fonctionnement de ces instances locales est loin d'être satisfaisant (la recherche systématique du consensus fait que les problèmes de fond y sont rarement débattus) et nombre d'entre elles n'ont qu'une réalité purement formelle. En outre, nous ne pouvons que regretter la dispersion des actions engagées. La priorité est donnée aux interventions dirigées vers l'ensemble de la population et reposant sur des actions « socio-culturelles », au détriment des interventions ciblées sur les populations à risque et reposant sur des actions d'insertion sociale et locale (par exemple le contrôle judiciaire

59. C. Lazerges, La mise en œuvre par un conseil communal de prévention de la délinquance de l'idée de participation des citoyens à la politique criminelle : l'exemple de Montpellier, cette *Revue*, janv.-mars 1988, p. 150-157.

60. Crim. 93-02 E 5 du 25 janvier 1993, circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces, *BOMJ*, 1^{er} janv.-31 mars 1993, n° 49, p. 205-225.

socio-éducatif...) ⁶¹. Plus que des effets instrumentaux véritables, c'est un effet légitimant que le contrôle judiciaire socio-éducatif peut espérer de sa participation à ces politiques locales car il y trouve la reconnaissance institutionnelle que le législateur lui refuse en ne levant pas l'ambiguïté sur les fondements légaux de l'intervention de réinsertion présententielle.

CONCLUSION

Si l'on ne peut, *a priori*, suspecter la justice d'utiliser cette mesure comme un simple *alibi* social lui permettant de s'affranchir des critiques sur sa propre faillite à traiter le problème de la croissance de la récidive, il n'en demeure pas moins que l'ambiguïté de l'institution ne la préserve pas des critiques. Les incertitudes qui pèsent sur les effets réels du contrôle judiciaire socio-éducatif nous amènent à poser la question de la sincérité du projet. Entre une action qui, pour être efficace, doit être menée en profondeur et une subtile utilisation de l'art de la suggestion, la Justice hésite. Comme le fait remarquer M. L. Fauconnet ⁶², la construction des 13 000 nouvelles places de prison représente 500 ans du budget consacré par la Justice au contrôle judiciaire (par rapport à l'année 1989)... La volonté actuelle de la Chancellerie de reprendre en main l'institution en marginalisant les sources de financement qui n'émanent pas directement de la Justice montre combien la logique sociale est redoutée. Le contrôle judiciaire socio-éducatif est, il est vrai, un véritable cheval de Troie de l'action sociale au sein de la phase judiciaire la plus jalousement gardée de la justice : l'instruction.

Aussi est-il regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la refonte de la procédure pénale pour institutionnaliser l'expérience du contrôle judiciaire socio-éducatif comme il l'a fait pour la médiation ⁶³. En précisant les objectifs et les moyens du contrôle judiciaire socio-éducatif sur le modèle de ce qui existe déjà en matière de sursis avec mise à l'épreuve, en distinguant clairement le contrôle judiciaire à fin de surveillance du contrôle judiciaire à fin d'assistance, le législateur lèverait les ambiguïtés originelles de la mesure, lesquelles grevent lourdement un système dont le potentiel de développement est encore important.

61. V. sur cette question, G. Di Marino, La nouvelle politique française de prévention de la criminalité urbaine, Rapport de synthèse (XXVII^e Congrès de l'Association française de criminologie), *JCP* 1991, n° 46, I, 3535.

62. Cf. L. Fauconnet, Le contrôle judiciaire : les ambiguïtés de l'intervention de l'associatif dans une mission de service public, *Actes*, n° 73, déc. 1990, p. 28-32.

63. Article 6 de la loi modifiant l'article 41 c. pr. pén., *JO* du 5 janv. 1993 sur la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale.

La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux ¹ et perspectives *

Jocelyne LEBLOIS-HAPPE

*Attachée temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Robert-Schuman de Strasbourg*

La médiation pénale est entrée dans le code de procédure pénale par la petite porte ². Alors que la Chancellerie n'estimait pas opportune une intervention du législateur, un amendement déposé par la commission des lois de l'Assemblée nationale lors de l'examen du projet de loi de réforme de la procédure pénale suggéra de compléter l'article 41 du code de procédure pénale relatif à l'action du parquet. L'amendement fut adopté malgré l'opposition du Sénat ³. Aux termes de la loi nouvelle, « le procureur de la République peut (...), préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction » ⁴.

La médiation se trouve ainsi recouverte du sceau de la loi. Dix ans après les premières expérimentations, il était temps, il est vrai, que celle-ci rattrape la pratique.

C'est au début des années quatre-vingts que furent expérimentées les premières médiations en matière pénale ⁵. Plusieurs tribunaux décidèrent de tester cette mesure, soit à l'initiative du procureur de la République, soit sous l'impulsion d'associations

* Après la rédaction de cet article est parue une étude de G. Blanc consacrée à l'article 6 de la loi du 4 janvier 1993 (La médiation pénale. (Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale), *JCP* 1994, éd. G, I, 3760).

1. Le terme est emprunté à J.-P. Bonafé-Schmitt, Une esquisse d'état des lieux de la médiation, *Le groupe familial* n° 125, 10/89, p. 5.

2. La médiation pénale consiste à « mettre en relation auteur et victime d'une infraction pour tenter de dénouer le conflit, éviter le cas échéant le procès pénal, sans qu'une décision soit imposée par ce tiers aux parties » (M. Guilbot, S. Rojare, La participation du ministère public à la médiation in *Actes du colloque organisé par le CRPC sur la médiation*, le 25 octobre 1991 (cour d'appel de Paris), *Arch. pol. crim.* n° 4 (1992), p. 39 ; S. Rojare, Des associations médiatrices, Une alternative à la voie pénale ? *Le groupe familial* n° 125 10/89, p. 36). Pour une autre définition de la médiation pénale, V. ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles et des Grâces, note d'orientation sur la médiation en matière pénale, octobre 1992, p. 2 : « La médiation en matière pénale consiste à "rechercher, grâce à l'intervention d'un tiers, une solution librement négociée entre les parties à un conflit né d'une infraction" ».

3. V. Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale par M. Pezet, *JOAN*, Documents, 1992-1993, p. 71 ; *JO .Iss. nat.*, Compte rendu analytique officiel, 2^e séance du mercredi 7 octobre 1992, p. 2 et 3 ; *JO Sénat*. Débats, Compte rendu, séance du 18 nov. 1992, p. 3202, séance du 11 déc. 1992, p. 3953.

4. Art. 6 de la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale.

5. En 1983 exactement.

(d'aide aux victimes le plus souvent) exerçant leur activité dans le ressort⁶. Ces actions locales, qui peu à peu s'étendirent à la plupart des juridictions, trouvèrent un appui certain dans des textes et travaux de portée internationale⁷.

Les expériences menées sur le terrain furent ensuite analysées et canalisées par la Chancellerie afin d'assurer la cohérence et l'unité de la politique criminelle. Dès 1983, le garde des Sceaux avait donné son accord à l'expérimentation de la médiation⁸. Le développement de ces pratiques s'inscrivait sans aucun doute dans le souci du ministère de la Justice de rapprocher les juges des justiciables, en d'autres termes de restaurer la justice de proximité. La médiation fut présentée peu après comme l'une des priorités de la politique de prévention de la délinquance et comme un axe essentiel de la politique (judiciaire) de la ville, ce qu'elle est toujours aujourd'hui⁹. A ce stade, le ministère de la Justice n'estimait pas qu'une intervention du législateur fût souhaitable. La parution en octobre 1992 de trois importantes notes d'orientation destinées à définir le cadre de la mise en œuvre de la médiation dans le domaine pénal marqua le vœu du garde des Sceaux de voir s'achever la phase d'expérimentation et se généraliser la mesure à l'ensemble du territoire¹⁰. La consécration législative intervint néanmoins, comme on sait, trois mois plus tard.

Un an pratiquement après l'entrée en vigueur de la loi¹¹, il paraît intéressant de dresser un bref état des lieux de la médiation pénale (I) avant de tenter de tracer quelques perspectives d'avenir (II).

6. « A la différence des initiatives prises dans le domaine civil, l'Etat s'est gardé de diffuser un « modèle normatif » unique de médiation et s'est plutôt cantonné à soutenir des expériences de nature très différente » (J.-P. Bonafé-Schmitt, La médiation de quartier : des principes à la réalité in Deuxième journée d'étude sur les pratiques de médiation : la médiation de quartier, sous la direction de J.-P. Bonafé-Schmitt et E. Leroy, Université de Lyon-II, 1990, p. 11). V. ég. : M.-C. Desdevises, L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique, cette *Revue*, 1993, 45.

7. Le comité des experts du Conseil de l'Europe s'est déclaré favorable à la médiation pénale tout en laissant aux Etats membres le soin de choisir eux-mêmes les techniques les plus appropriées (M. Puechavry, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et la médiation pénale in *Actes du colloque organisé par la CRPC sur la médiation*, le 25 octobre 1991 (cour d'appel de Paris), *Arch. pol. crim.* n° 14 (1992), p. 35).

De même, l'ONU recommande le recours à la médiation (ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles, note d'orientation sur la médiation en matière pénale, oct. 1992, p. 1).

8. Circulaire n° CRIM 83-21 du ministère de la Justice du 25 juillet 1983 sur la protection des victimes d'infractions et le renforcement de leurs droits : « Il peut dans certains cas apparaître opportun d'organiser entre le délinquant et la victime une rencontre permettant au premier de mesurer la portée de son acte et à la seconde d'obtenir une réparation effective ».

9. Politique de prévention de la délinquance : circulaire n° CRIM 89-7 ES du ministère de la Justice du 10 juillet 1989 relative à la participation de l'institution judiciaire à la politique de prévention. V. également : circulaire et note d'orientation du Premier ministre du 17 août 1990 sur la prévention de la délinquance : une nouvelle étape ; circulaire n° CRIM 90 11/ES du ministère de la Justice du 8 octobre 1990 sur la politique de prévention de la délinquance : nouvelle étape ; circulaire n° 3722/SG du Premier ministre aux préfets du 21 novembre 1991. La médiation fut réaffirmée en 1992 par le Premier ministre comme l'une des toutes premières priorités du programme de prévention de la délinquance (M. Robert, Direction des Affaires criminelles et des Grâces, ministère de la Justice in *Etats généraux de la médiation*, 10 et 11 avril 1992, Grenoble, organisés par l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation et l'Aide information aux victimes, document INAVEM, p. 69). Politique de la ville : ministère de la Justice, Les réponses judiciaires à la délinquance urbaine, 3 juin 1992, p. 2, 23 ; circulaire n° CRIM 92 13/SDJC du ministère de la Justice du 2 octobre 1992 sur les réponses à la délinquance urbaine, p. 4.

10. Ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles et des Grâces, Un mode d'exercice de l'action publique : les classements sous condition et la médiation en matière pénale (qui comprend une note d'orientation sur la médiation en matière pénale) ; La justice de proximité, les Maisons de justice et du droit ; Une justice pénale plus efficace : de nouveaux modes de signalement et de traitement des procédures. M. Robert, Direction des Affaires criminelles et des Grâces, ministère de la Justice in *Etats généraux de la médiation*, document INAVEM précité, p. 69. V. p. 74 : « Les alternatives aux poursuites font partie intégrante de la politique d'action publique (...), cette politique d'alternatives ne saurait se limiter à quelques dizaines de cas par an, sauf à être bientôt rejetée comme une oasis de gadgets de luxe dans un océan de procédures de pauvres. »

11. La disposition sur la médiation fait partie de celles dont l'application était immédiate.

*
**

I. - ÉTAT DES LIEUX

L'inscription dans le code du recours à la médiation, si elle présente un certain nombre de mérites (B), ne semble pas avoir considérablement modifié les pratiques ¹². Celles-ci restent diverses et inégales (A).

A. - C'est aujourd'hui devenu un lieu commun de constater la variété des types de médiation pénale. Il serait d'ailleurs plus exact de parler *des* médiations plutôt que de *la* médiation, le singulier donnant à l'institution une apparence d'unité que dément l'étude des faits. A cette diversité des pratiques (1) répond d'ailleurs l'inégalité de leur répartition sur le territoire (2).

1. Le caractère protéiforme de la médiation semble à première vue décourager l'analyse. Pourtant si l'on se place du point de vue des réponses données à la délinquance, toutes les formes de médiation ne doivent pas être retenues. La médiation « individuelle et informelle » ¹³ d'une part, la médiation « sociale » ¹⁴, d'autre part, correspondent à des préoccupations autres que la lutte contre la petite criminalité. La première, qui est la médiation opérée sans forme particulière par les individus dans la vie de tous les jours, est « de l'essence même de la vie sociale » ¹⁵. La seconde, appelée aussi médiation de quartier, vise avant tout à restaurer le dialogue entre les habitants d'une même zone urbaine, à promouvoir une transformation des relations en société. En d'autres termes, elle apparaît surtout comme un outil de thérapie sociale ¹⁶. Finalement, seules les médiations encadrées par l'autorité judiciaire peuvent être considérées comme des instruments de politique criminelle ¹⁷. Encore faut-il qu'elles n'aient lieu ni pendant le déroulement du procès ni après le prononcé du jugement. En effet, réalisée *pendant* le

12. Le ministre de la Justice renvoie, dans sa circulaire d'application de la loi du 4 janvier 1993, aux notes d'orientation précitées (circulaire du garde des Sceaux, ministre de la Justice, CRIM 92-23/F1 du 31 déc. 1992, *JCP* 1993, éd. G.III.65892, p. 92).

13. Ch. Lazerges, Essai de classification des procédures de médiation in *Actes du colloque organisé par le CRPC sur la médiation*, le 25 oct. 1991 (cour d'appel de Paris), *Arch. pol. crim.*, n° 14 (1992), p. 26.

14. L'expression est de M. J.-P. Bonafé-Schmitt.

15. Ch. Lazerges, *op. cit.*, p. 26.

16. V. J.-P. Bonafé-Schmitt, *Plaidoyer pour une sociologie de la médiation*, p. 37 à 39, 42 ; La médiation de quartier : des principes à la réalité, p. 12 ; M. Dreyfus, Médiation et institutions judiciaires in *Etats généraux de la médiation*, document INAVEM préc., p. 61 ; Ch. Lazerges, Essai de classification..., p. 27 ; Quel droit pénal des mineurs pour l'Europe de demain ? *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, 1992, p. 447.

17. La classification retenue a, on en a conscience, un caractère quelque peu réducteur. Le souci d'une meilleure intégration, d'une recomposition du tissu social, n'est pas le monopole de la médiation de quartier ; certaines expériences de médiation sous contrôle judiciaire ont une assise communautaire indiscutable (celle de Valence par ex., V. J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation en France*, p. 82 ; La médiation de quartier : des principes à la réalité, p. 11, 12 ; I. Toulemonde, La politique de médiation du ministère de la Justice in Deuxième journée d'étude sur les pratiques de médiation : la médiation de quartier, sous la direction de J.-P. Bonafé-Schmitt et E. Le Roy, Université Lyon-II, 1990, p. 57 et s.). Le flou qui règne dans les pratiques actuelles de médiation pénale et qui parfois déconcerte le juriste habitué aux catégories rigoureusement définies - est inhérent à l'esprit de celle-ci. L'essor de la médiation repose sur un éclatement des cloisonnements traditionnels, sur une interpénétration entre le juridique et le social. Refuser de l'admettre conduirait à n'avoir qu'une perception partielle et donc erronée - du phénomène. Il demeure néanmoins vrai - et cela justifie la classification adoptée - que dans la médiation communautaire ou de quartier l'accent est mis sur la régulation sociale, alors que dans la médiation d'initiative judiciaire il s'agit avant tout de trouver une réponse adéquate à la petite délinquance (V. l'étude précitée, p. 62, où Mme Toulemonde distingue les deux types de médiation ; *add* : M. Dreyfus in *Etats généraux de la médiation*, document INAVEM préc., p. 61, 62).

procès, la mesure n'a qu'exceptionnellement une influence sur les poursuites¹⁸. Effectuée après le jugement, ses effets se confondent avec ceux de l'institution (ajournement du prononcé de la peine, sursis avec mise à l'épreuve), au sein de laquelle elle intervient. Dans tous les cas, elle perd son caractère de mode autonome et original de traitement des infractions à la loi pénale. Seules les médiations pénales se déroulant à la fois sous le contrôle de l'autorité judiciaire et avant le déclenchement des poursuites – donc au moment le plus favorable pour paralyser ces dernières¹⁹ – seront par conséquent envisagées.

Il est devenu usuel de distinguer en leur sein, en fonction du rôle qu'y joue le parquet, deux types de pratiques : la médiation « retenue » (ou médiation « judiciaire » car elle est menée directement par les magistrats du ministère public) d'une part, la médiation « déléguée » à des instances sociétales de l'autre²⁰. Force est cependant de constater que, en dépit de cette souplesse de mise en œuvre, la mesure est loin de connaître une application uniforme sur l'ensemble du territoire.

2. Les tribunaux recourant à la fois à la médiation « retenue » et à la médiation « déléguée » ne sont guère nombreux. Parmi eux, le tribunal de Nanterre est un modèle, sinon un pionnier. À côté des ressorts dans lesquels l'une ou l'autre de ces formes de médiation a été accueillie (ainsi à Pontoise, la médiation retenue en Maison de Justice, à Strasbourg, la médiation déléguée à l'association ACCORD notamment²¹), il subsiste encore des juridictions au sein desquelles les réticences sont vives et où la réception de la mesure s'avère difficile. A Montpellier, par exemple, la médiation pénale n'est pas pratiquée par le parquet. L'ADIAV²², qui s'efforce de rapprocher victime et délinquant en vue d'éviter le déclenchement des poursuites pénales, n'intervient que sur saisine des intéressés²³. Il est vrai que le recours à la médiation demeure facultatif, la légalisation de la mesure n'ayant pas eu pour effet de la rendre obligatoire.

B. – L'adoption de la loi du 4 janvier 1993, si elle a peu changé les pratiques qu'elle avait pour but de consacrer, présente plusieurs avantages qu'il convient de saluer (1). L'un d'entre eux, qui n'est pas le moindre, a été d'assigner à la médiation une place particulière au sein de la gamme des réponses (étatiques et judiciaires) à la petite délinquance (2).

18. C'est le cas lorsque la plainte de la victime est une condition de l'exercice des poursuites. Le retrait de la plainte ou de la constitution de partie civile à la suite de la médiation a alors pour effet d'éteindre l'action publique (art. 6, al. 3, c. pr. pén.).

19. L'extinction des poursuites « dans l'œuf » permet d'éviter toute perte de temps et toute dépense inutile. Le moment est aussi propice du point de vue psychologique car les relations entre les parties n'ont pas encore été détériorées par l'affrontement procédural (J.-P. Ekeu, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas, 1993, n° 31).

20. La distinction médiation retenue/médiation déléguée est de Mme Rojare (S. Rojare, Une politique criminelle participative : l'exemple de la participation des associations à la variante de médiation, *Arch. pol. crim.*, n° 11 (1989), p. 107 et s. ; Ch. Lazerges, *Essai de classification...*, p. 19). La distinction médiation judiciaire/médiation sociétale sous contrôle judiciaire est de Mme Lazerges (*Essai de classification...*, p. 19 et 22 ; *Typologie des procédures de médiation*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 221, 226).

21. Entretiens avec M. P. Lyon-Caen, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre. M. D. Peyrat, substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Pontoise ; Mme C. Nisand, substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Strasbourg.

22. Association départementale d'information et d'aide aux victimes.

23. Entretien avec Mme Ch. Lazerges, professeur à la Faculté de droit de Montpellier et responsable du Conseil communal de prévention de la délinquance dans cette ville. Ceci montre bien combien la personnalité des magistrats dans la mise en œuvre de la médiation.

1. Une intervention du législateur pour consacrer la médiation apparaissait souhaitable pour plusieurs raisons. On ne saurait nier que l'existence d'une telle pratique semblait difficilement compatible avec le principe de légalité²⁴. En outre, la légalisation s'avérait indispensable pour assurer l'égalité de traitement de tous les délinquants²⁵; il n'était plus tolérable en effet que, selon le tribunal dont relevait territorialement l'infraction, le coupable pût bénéficier d'une médiation ou fit immédiatement l'objet de poursuites. L'égalité en droit est donc désormais assurée. La situation demeure néanmoins insatisfaisante de ce point de vue dans toutes les juridictions où la médiation se pratique exclusivement en Maison ou en Antenne de Justice. Ces dernières ne couvrant jamais l'ensemble du ressort, seules les personnes dont le conflit peut être territorialement rattaché à une Maison (Antenne) de Justice sont susceptibles d'en bénéficier. Il semble donc nécessaire soit d'accroître le nombre des Maisons et Antennes de Justice, soit d'inciter fortement les parquets à pratiquer la médiation (sous une forme qui pourrait être laissée à leur libre choix)²⁶. Enfin l'institutionnalisation de la médiation a eu le mérite d'asseoir le contrôle judiciaire exercé sur la mesure²⁷.

2. La consécration de la médiation par la loi a de plus permis de situer cette dernière au sein des réponses judiciaires à la petite délinquance et d'achever la hiérarchisation de celles-ci qui avait été entamée en 1975.

Dans la conception de l'opportunité des poursuites issue du code de procédure pénale (art. 40), le procureur de la République se trouve, à la suite de la commission d'une infraction, devant l'alternative suivante : soit classer l'affaire sans suite, soit déclencher les poursuites pénales en vue de l'application de la sanction prévue par la loi. A cette option, la pratique a ajouté une troisième possibilité, le classement sans suite sous condition. Par l'intermédiaire de la police et sans recevoir lui-même la victime, le représentant du parquet fait savoir au délinquant qu'il est prêt à classer l'affaire si celui-ci, par exemple, indemnise la victime. Le classement effectif intervient une fois la condition satisfaite. Le ministère public dispose donc de trois modes de réaction possible lorsque l'infraction est élucidée : le classement pur et simple, le classement sous condition, les poursuites. Or on peut raisonnablement penser que les critères mis en œuvre pour choisir entre ces trois voies tiennent essentiellement à la gravité de l'acte accompli (appréciée en fonction de la peine encourue, du trouble effectivement causé à l'ordre public et de l'importance du préjudice subi par la victime). Avec l'institution de la dispense de peine par la loi du 11 juillet 1975, la branche « poursuite » s'est dédoublée. L'exercice de l'action publique peut dorénavant se traduire soit par l'application d'une sanction pénale, soit par l'octroi d'une dispense de peine. En fixant les conditions du recours à la médiation, la loi du 4 janvier 1993 n'a fait qu'achever l'édifice. En effet, on observe que les critères retenus par l'article 41 *in fine* du code de procédure pénale sont les mêmes que ceux qui autorisent l'ajournement, puis la dispense de peine : la réparation du dommage causé à la victime, la fin du trouble résultant de l'infraction, le reclassement

24. V. R. Ottenhof, Les techniques de conciliation en matière pénale, *Arch. pol. crim.*, n° 7 (1984), p. 128. On peut certes considérer (conformément au principe de légalité d'ailleurs) que tout ce qui n'est pas interdit par la loi étant permis, la médiation l'est sans qu'il soit nécessaire que le législateur intervienne. Toutefois, s'agissant d'une mesure appliquée sur ordre du parquet, une inscription dans la loi paraît préférable.

25. V. R. Hirano, L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, Déjudiciarisation (diversion) et médiation, Préparation du XIII^e Congrès international de droit pénal, Commentaire des questions, *RID pén.*, 1981, p. 571 ; ministère de la Justice, note d'orientation sur la médiation en matière pénale, p. 1 ; P. Truche, Nouveaux enjeux de la justice, Violente justice/Justice non violente, La Justice, *Cahiers français* n° 251, La Documentation française, 1991, p. 115.

26. Il est peu vraisemblable que le ministère de la Justice décide d'augmenter le nombre des Maisons et Antennes de Justice. Ceci pour deux raisons : leur coût, et le fait que leur développement est lié à la politique de la ville, laquelle s'attache bien évidemment en priorité aux quartiers difficiles.

27. D. Salas, *Du procès pénal, Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, « Les voies du droit », PUF, 1992, p. 148. Sur la nécessité de légiférer, V. Ch. Lazerges, *Typologie...*, p. 229.

de l'auteur du délit²⁸. Il en résulte que la réponse « médiation » vient se placer, dans l'échelle ainsi instituée, entre le classement sous condition, tel qu'on l'a défini plus haut, et l'exercice des poursuites suivi d'une dispense de peine.

En résumé, le droit positif offre, selon la gravité du comportement considéré et l'opportunité d'en assurer la répression, cinq réponses en *crescendo* : le classement sans suite, le classement sans suite sous condition *stricto sensu*, la médiation pénale, la déclaration de culpabilité suivie d'une dispense de peine, la condamnation à une peine. Lorsqu'une renonciation aux poursuites peut être envisagée à condition que l'affaire soit réglée d'une autre manière, le représentant du ministère public a le choix entre le classement sous condition et la médiation. Il optera pour cette dernière si la situation n'est pas « mûre », si elle lui paraît exiger l'intervention positive d'un tiers entre les intéressés. En revanche, si nonobstant la réunion des conditions permettant de faire appel à la médiation, l'espèce lui semble requérir une déclaration formelle de culpabilité, il déclenchera les poursuites et demandera à l'audience un ajournement du prononcé de la peine.

La pratique est de loin plus nuancée que les catégories juridiques, il serait absurde de le nier. Il serait néanmoins fort dommage de se priver de ce guide offert à la sagacité des juges, de cet ordonnancement inscrit en filigrane dans la loi. D'ailleurs, c'est la richesse même des pratiques de médiation qui invite à se tourner vers l'avenir.

II. – PERSPECTIVES

Le jugement prospectif est un exercice dangereux. Il nous semble pourtant possible aujourd'hui d'affirmer que la médiation a un grand avenir dans le traitement de la petite délinquance (A) à condition, toutefois, que soit réglé le problème épineux de la valeur juridique de l'accord de médiation (B).

A. – Parmi les réponses judiciaires à la petite délinquance, la médiation est certainement l'une de celles qui recèle le plus de promesses. Face à l'échec des peines classiques et à la désaffection dont souffrent les sanctions de substitution (1), elle constitue une alternative intéressante pour toutes les parties concernées (2).

1. Sans qu'il soit ici possible d'opposer point par point la voie de la médiation à celle de la répression, force est de constater que ni les sanctions pénales traditionnelles ni les peines dites alternatives ne sont en mesure de répondre de façon satisfaisante à la petite criminalité.

Les inconvénients des peines privatives de liberté sont connus (rupture avec l'extérieur, contamination délictueuse, stigmatisation). Leur échec patent s'exprime, l'aspect humain mis à part, en termes de récidive²⁹ : les chiffres les plus fréquemment cités oscillent, pour le taux de réitération après la sortie de prison, entre 50 et 60 %³⁰. Quant au sursis – du moins lorsqu'il n'est pas assorti d'une mise à l'épreuve –, il est le plus souvent vécu par les délinquants comme une absence de peine. Une telle situation favorise le développement d'un sentiment d'impunité lui-même propice à la réitération de la conduite délictueuse. Les dispositions du nouveau code pénal laissent, sur ce point, assez peu de place à l'espoir. Il est à craindre que la motivation spéciale exigée pour le prononcé d'un emprisonnement ferme en matière correctionnelle (art. 132-19, al. 2) ne se résume à une motivation de pure forme. L'efficacité de la sanction pécuniaire n'est guère meilleure, quelle que soit la forme choisie. Une part considérable des amendes classiques ne sont

28. V. les art. 132-59 et s. c. pén.

29. Le terme est ici employé au sens courant de réitération, non au sens juridique.

30. V. not. : M. Marcus, Rapport Bonnemaison – prévenir la prison, cette *Revue*, 1989.585 ; J.-M. Varaut, *La prison, pour quoi faire ?* Ed. La Table ronde, p. 223.

pas recouvrées. Quant aux jours-amende, ils ont été, comme on le sait, mal reçus par les juridictions qui les prononcent rarement.

Il serait alors tentant de se tourner vers les peines dites de substitution dont on attendait beaucoup à la suite des réformes de 1975 et 1983. Malgré leur variété³¹ et l'importante construction juridique dont a fait l'objet la plus célèbre d'entre elles (le travail d'intérêt général)³², les magistrats y ont assez peu recours. A ce manque d'intérêt, les explications sont multiples³³. Deux inconvénients majeurs freinent, semble-t-il, la mise en œuvre de ces sanctions : la difficulté de contrôler leur exécution, d'une part ; le fait qu'elles sont ressenties par les juges et par les justiciables comme des mesures de faveur faites au délinquant, d'autre part. Pour autant qu'on puisse en juger, ces tendances ne peuvent que se confirmer après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, les mêmes causes produisant les mêmes effets³⁴.

2. A ce constat teinté de pessimisme, la médiation apporte une importante note d'optimisme. Elle propose, en effet, à la réponse répressive au sens traditionnel, une alternative séduisante en termes qualitatifs et quantitatifs.

La médiation apporte tout d'abord un surcroît de qualité dans le traitement du comportement délictueux. Son premier mérite est sans doute la célérité. Alors qu'il faut attendre plusieurs mois, voire des années, pour obtenir une décision de justice, la médiation intervient dès que l'infraction est portée à la connaissance des autorités judiciaires. Si tout se passe bien, le préjudice est réparé et l'affaire classée dans les trois mois qui suivent. Cette rapidité dans la réponse recèle paradoxalement un certain danger pour la victime : celui d'une sous-estimation de l'importance du dommage. Ne sera-t-elle pas tentée de renoncer à une partie de la réparation qui lui est due pour obtenir un règlement rapide de l'affaire ? Il conviendra de se prémunir contre un tel risque³⁵.

Le deuxième avantage de la médiation est son caractère consensuel. Au lieu de riposter à la violation de la loi par une « violence légale légitime (...) qui contraint à réparer, à faire ou à ne pas faire, ou qui prive de droits même très protégés »³⁶, la médiation propose une réponse fondée sur le dialogue et la libre participation des parties³⁷. La justice institutionnelle n'offre qu'une place réduite au discours du délinquant comme à celui de la victime. Là où elle ne fait qu'exacerber les antagonismes, le médiateur, lui, réintroduit la parole³⁸. Singulièrement, ce caractère consensuel est une garantie d'efficacité : après avoir accepté le principe d'une médiation, l'expérience montre que la victime est moins vindicative et le fauteur de trouble plus coopératif. La

31. Travail d'intérêt général, suspension du permis de conduire, interdiction de conduire certains véhicules, confiscation, immobilisation d'un ou plusieurs véhicules appartenant au condamné, retrait du permis de chasser...

32. V. les art. 43-3-1 et s. ancien c. pén. (art. 131-8, 131-22 et s., 132-54 et s. nouveau c. pén., 747-1 et s. c. pr. pén.

33. Pesanteur de la tradition, personnalité du délinquant, facteur procédural, complexité du dispositif légal, manque de moyens...

34. La situation risque même de s'aggraver, toutes les sanctions correctionnelles étant dorénavant placées sur le même plan (V. les art. 131-3 et s. nouveau c. pén. En ce sens, V. G. Lorho, *Chroniques du nouveau code pénal* : les peines de substitution ont-elles disparu ? *Dr. pénal*, oct. 1993, p. 1 et s.

35. V. J.-P. Ekeu, *op. cit.*, n° 31.

36. P. Truche, *op. cit.*, p. 111.

37. Ch. Lazerges, *Essai de classification...*, p. 17, Typologie..., p. 221, 227.

38. « L'ordonnement de l'audience est immuable, la place de chacun assignée, la parole réglementée. La possibilité de s'exprimer est, pour les parties elles-mêmes, fort réduite (...) rares sont ceux qui peuvent tenir un discours complet en raison de difficultés d'expression personnelles, de paralysie due à l'environnement architectural et à la présence du public mais aussi d'auto-censure pour ne point donner prise à l'accusation. Le procès est un lieu d'oralité réservé aux professionnels (...), ce qui accentue la distance entre la justice et les citoyens » (P. Truche, *op. cit.*, p. 112). V. ég. J.-P. Bonafé-Schmitt, Une esquisse d'état des lieux de la médiation, p. 68, Ch. Lazerges, *Essai de classification...*, p. 17 ; M. Stasi, La médiation, Le point de vue des avocats in *Actes du colloque organisé par le CRPC sur la médiation*, le 25 octobre 1991 (cour d'appel de Paris), *Arch. pol. crim.*, n° 14 (1992), p. 86.

solution librement consentie au terme d'une procédure qui a permis de « vider tout le contentieux » a toutes les chances d'être durable ³⁹.

Enfin, sa troisième qualité est la souplesse. Tandis qu'une décision de justice se limite nécessairement à l'octroi de dommages et intérêts, l'accord de médiation peut constater des engagements très divers : promesse de verser une somme d'argent certes, mais aussi de réparer en nature le dommage causé, de ne pas réitérer l'acte délictueux, d'adopter telle conduite, de s'abstenir de tel comportement, voire d'accomplir telle ou telle prestation au service de la communauté ⁴⁰. Sans compter tous les cas dans lesquels le protocole d'accord se contentera d'enregistrer les excuses faites à la victime et acceptées par celle-ci. Cette flexibilité – qui reflète la complexité des situations à traiter – permet d'offrir à la délinquance une réponse véritablement personnalisée. Pour un délit identique et un préjudice semblable, telle victime se satisfera d'une réparation économique alors que telle autre, blessée dans sa sensibilité, attendra une réparation d'ordre psychologique ⁴¹. Or si l'individualisation de la sanction (autrement dit de la réponse donnée au délinquant) n'est pas un souci nouveau, celle de la réparation (c'est-à-dire de la réponse fournie à la victime) est bien le propre du processus de médiation.

Plus précisément, la médiation apporte au conflit pénal une solution apte à satisfaire toutes les parties. A la victime, elle permet d'obtenir sans aucun frais une réparation matérielle rapide et effective de son dommage ; en outre, sur le plan psychologique, celle-ci n'est plus ignorée mais reconnue et écoutée : de simple spectateur, elle devient acteur de la réponse donnée à l'acte délictuel. La rencontre avec l'auteur de l'infraction permet aussi de dédramatiser la situation vécue et de briser la spirale de la peur ⁴². Le délinquant, pour sa part, est amené à prendre conscience de l'illicéité et de la portée anti-sociale de son geste grâce à une procédure qui, au lieu de le marginaliser et de le stigmatiser, en fait un véritable interlocuteur. La logique de la médiation est une logique de responsabilisation et d'intégration, sans perdant ni gagnant ⁴³. Privilégiant la réinsertion, elle contribue à lutter contre la récidive ainsi qu'à désamorcer le sentiment d'insécurité. Lorsqu'elle s'inscrit dans un quartier déterminé, la médiation participe ainsi à la reconstitution du tissu social. Elle sert en somme l'intérêt de tous en favorisant la restauration de la paix sociale ⁴⁴.

39. La médiation autorise en effet une vision globale du conflit en remplaçant celui-ci dans son contexte. V. G. Apap, *La conciliation pénale à Valence* cette *Revue*, 1990, 636, 637 ; ministère de la Justice, note d'orientation sur la médiation en matière pénale, p. 4.

40. Cela concerne avant tout les mineurs (M. Robin, in *Etats généraux de la médiation*, document INAVEM préc., p. 81). Néanmoins, un tel engagement est aussi possible pour les majeurs dans certains tribunaux comme à Valence (J.-P. Ekeu, *op. cit.*, n° 175). Sur la diversité des accords de médiation en général, V. J.-P. Bonafé-Schmitt, *La médiation de quartier : des principes à la réalité*, p. 14.

41. J. Salzer in *Etats généraux de la médiation*, document INAVEM, préc., p. 31. Cet auteur donne l'exemple d'une personne dont la porte a été cassée. Elle peut vouloir une réparation financière parce qu'elle souhaite remplacer sa porte et qu'elle n'en a pas les moyens ou parce qu'elle estime que c'est un dû. Inversement, derrière cette demande peut s'en cacher une autre, une demande d'excuses : « La porte, bon ! Je peux remplacer la porte mais je n'accepte pas que l'on m'ait traité de la sorte ».

42. « Les mots ne modifient pas la réalité mais ils la nomment et aident ainsi à l'assumer en lui donnant le recul symbolique nécessaire » (P. Martin, M.-P. Masson, *Passer à autre chose in La médiation, Le Bulletin du CLCJ* déc. 1986, n° 8, p. 47).

43. D. Salas, *op. cit.*, p. 43 : « A l'opposé du jugement où ce que gagne l'un est perdu par l'autre (...) le modèle de la médiation cherche avant tout à réintroduire la paix entre les parties sans désigner de vainqueur ». Selon cet auteur, le jugement est un *jeu à somme nulle* : les conflits sont transformés en litiges et tranchés « par un juge qui applique un ordre juridique imposé aux parties ». La médiation au contraire est un *jeu à somme positive* car « le débat conduit par le médiateur vise à concilier les intérêts en présence plutôt qu'à appliquer des normes » (p. 44).

44. Sur les avantages de la médiation, V. not. : G. Apap, *op. cit.*, p. 41 à 43 ; ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles et des Grâces, note d'orientation sur la médiation en matière pénale, octobre 1992, p. 2 à 4 ; D. Salas, *op. cit.*, p. 145 ; P. Truche, *op. cit.*, p. 113. V. ég. : M. Finietz, *La médiation pénale, L'expérience de Créteil* in *Actes du colloque organisé par le CRPC sur la médiation*, le 25 octobre 1991 (cour d'appel de Paris), *Arch. pol. crim.*, n° 14 (1992), p. 79 : « La médiation pénale s'inscrit dans le champ de l'action publique, c'est-à-dire comme un outil au service de la répression, de la réparation et de la réinsertion ».

Finalement, la médiation permet de sanctionner le comportement incriminé sur un mode « conciliatoire »⁴⁵ par une mesure à laquelle toutes les parties au conflit ont consenti⁴⁶.

L'intérêt de la médiation est aussi d'ordre pratique, gestionnaire. L'engorgement des tribunaux atteint aujourd'hui la limite du supportable. L'impératif de célérité qui s'impose à la justice pénale apparaît comme un leurre. L'appareil judiciaire se révèle inadéquat, essentiellement faute de moyens, pour traiter efficacement la petite délinquance. Une des solutions de cette crise, appelée de leurs vœux par les magistrats depuis des décennies, consisterait certainement à augmenter le budget de la Justice de telle manière que celui-ci permette, d'une part, de pourvoir tous les postes vacants, d'autre part, de doter l'administration de la justice de moyens humains et matériels à la hauteur de sa mission. Il est néanmoins douteux qu'une telle solution soit réalisée dans un avenir prévisible. La situation économique générale du pays et la crainte toujours sous-jacente d'un « gouvernement de juges » s'y opposent. Les juges vont donc devoir apprendre à déléguer ou, si l'on préfère, à sous-traiter. Que l'on nous comprenne bien : il ne s'agit nullement de conférer à des non-magistrats le pouvoir de trancher sur la culpabilité d'une personne ou de prononcer à son égard une mesure contraignante. Le juge reste, à tous égards, le protecteur de la liberté individuelle. Mais le développement de la médiation – de la médiation déléguée – est à même de permettre le traitement, sous le contrôle strict, *a priori*⁴⁷ et *a posteriori*⁴⁸, du magistrat, de nombreuses affaires pénales pour lesquelles un classement sans suite est inopportun car risquant de provoquer une perturbation ultérieure de la paix sociale et pour lesquelles le déclenchement de poursuites pénales apparaît soit disproportionné, soit voué à ne satisfaire ni l'ordre public ni la victime. Pourraient ainsi être « sous-traités » par des associations habilitées à pratiquer la médiation de nombreux cas de non-représentation d'enfant, d'abandon de famille, de violences légères, de dégradations, de querelles de voisinage et de conflits familiaux. L'essor véritable de la médiation passe néanmoins par la résolution d'une question cruciale, celle de la nature juridique de l'accord lui-même.

B. – Au terme de la tentative de médiation, deux issues sont possibles. Soit elle échoue et l'affaire reprend son cours normal, soit les parties s'entendent et parviennent à un accord. Dans la plupart des cas, cet accord est consigné par écrit afin que les intéressés prennent clairement conscience de la portée de leurs engagements⁴⁹. Ces accords ayant, on l'a vu, un contenu très divers qui rent malaisée leur qualification, la doctrine tend, semble-t-il, à leur dénier force exécutoire⁵⁰. Or cette opinion est en totale contradiction avec la note d'orientation sur la médiation éditée par le ministère de la Justice en octobre 1992 selon laquelle « l'accord conclu peut être considéré comme une transaction

45. V. Des sanctions (séminaire tenu à Vaucresson du 24 au 27 oct. 1983 sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Avant-propos, *Arch. pol. crim.*, n° 7 (1984), p. 51.

46. Le terme de « sanction » a paru impropre à certains praticiens de la médiation que nous avons rencontrés. Il doit être compris ici dans le sens d'une mesure qui cristallise le comportement illicite et qui met un point final au conflit en réparant le trouble causé. Entendue ainsi, il importe peu que la mesure soit négociée et non pas imposée, qu'elle soit interne et non externe aux parties. En ce sens, V. not. : M. Delmas-Marty, Avant-propos, cette *Revue*, 1993, n° 3 (consacré au nouveau code pénal), p. 441 ; Discours de clôture de M. Henri Nallet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, pour la Journée sur la médiation et les alternatives aux poursuites pénales, le 27 février 1991, p. 2 ; A. Piganeau, Médiation et démocratie, réflexions à partir d'une pratique in *Les paradoxes de la médiation, Annales de Vaucresson*, n° 29, 1988/2, p. 217 ; P. Truche, *op. cit.*, p. 114. On observe en outre que, pour les mineurs, la médiation-réparation ne se distingue pas dans ses modalités de la peine de travail d'intérêt général.

47. Choix du médiateur, approvisionnement des instances de médiation.

48. Exigence d'un compte rendu, choix de la suite à donner.

49. Certains accords ne comportent aucun engagement, se contentant de constater que des regrets ont été exprimés, des excuses faites. La question de leur qualification, bien sûr, ne se pose pas.

50. V. not. : M. Guilbot, S. Rojare, *op. cit.*, p. 54.

avec toutes les conséquences qui en résultent »⁵¹. Quelle est donc la nature de l'accord de médiation ? Ecrit dénué de toute valeur juridique ou bien véritable contrat ?⁵²

Il serait concevable de dénier toute valeur juridique aux accords de médiation, quel que soit leur contenu. En soi, l'esprit de la mesure ne s'en trouverait pas trahi. Tout repose en effet ici sur le volontariat. Délinquant et victime se rencontrent, s'accordent, respectent leur accord s'ils le veulent bien. On peut néanmoins douter qu'une telle solution soit opportune. En effet, quel crédit accorder à la médiation si l'engagement souscrit par les parties est susceptible de s'écrouler au moindre coup de vent ? Définir la configuration juridique de l'accord s'impose si l'on veut assurer l'avenir de la mesure.

Il paraît tout d'abord nécessaire de bien distinguer l'aspect pénal d'une part, et la dimension civile d'autre part, d'une médiation. Sur le plan purement pénal, il est évident que l'accord des parties ne lie en rien le ministère public qui conserve le droit de déclencher l'action publique nonobstant la réussite de la mesure⁵³. Sur le plan civil, en revanche, rien n'interdit aux intéressés de transiger, c'est-à-dire de mettre un terme à leur contestation par des concessions réciproques⁵⁴. L'article 2046 du code civil le dit clairement : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ».

Ceci étant, il semble possible de discerner, parmi la variété des accords conclus, trois groupes d'engagements.

Un premier groupe rassemble des actes qui ne paraissent pas susceptibles d'avoir d'autre valeur que morale, soit parce qu'ils ne font que confirmer une obligation légale⁵⁵, soit parce que l'imprécision de l'engagement est telle qu'aucune obligation ne peut en naître⁵⁶.

Un second groupe d'accords semblent, eux, s'apparenter aux engagements d'honneur et aux lettres d'intention. Sans avoir un caractère obligatoire, ils constituent peut-être davantage qu'un engagement moral car l'on conçoit qu'ils puissent être sanctionnés au sein d'un certain cercle (la famille, le voisinage)⁵⁷.

La question de la qualification contractuelle de l'accord ne se pose finalement que pour un troisième groupe d'actes, ceux dans lesquels le mis en cause s'engage à réparer, en nature ou en argent, le dommage causé à la victime de l'infraction. Par exemple, à la suite de violences exercées en relation avec un accident de la circulation, le protocole suivant a été arrêté : « Monsieur N. s'engage à indemniser Monsieur B. de son préjudice, à savoir : — réparation de ses lunettes : 2 633 francs —, franchise de son contrat d'assurance pour la réparation de sa voiture : 525 francs (...) Le versement de cette somme se réglera en cinq indemnités se répartissant comme suit : — 500 francs réglables

51. Ministère de la Justice, note d'orientation sur la médiation en matière pénale, p. 9.

52. La loi du 4 janvier 1993 est muette sur la question.

53. Sauf dans les cas où, en vertu de l'article 6, c. pr. pén., la transaction éteint l'action publique.

54. A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Montchrestien, 1993, n° 1000 ; F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985, n° 41 ; *J.-Cl. Civ.*, art. 2044 à 2058, fasc. 1 par P. Veaux-Fournerie et D. Veaux, n° 66 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 6^e éd. 1992, n° 1109 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations*, I. Responsabilité délictuelle, Litec, 4^e éd., 1991, n° 1351.

55. Par exemple l'engagement pris par une mère coupable de non-représentation d'enfant de respecter à l'avenir les dispositions du jugement de divorce concernant le droit de visite et d'hébergement du père.

56. Par exemple, l'engagement de l'une des parties, à la suite d'un conflit de voisinage qui a dégénéré en violences, de se montrer à l'avenir plus tolérante et compréhensive à l'égard du bruit. Comp. Com. 28 févr. 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 86 (absence de caractère obligatoire de l'engagement pris par une personne de « faire un geste » envers un tiers).

57. Par exemple, l'engagement pris par l'auteur de violence sur sa concubine dont il est séparé de ne plus « importer » celle-ci. V. Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les obligations*, Cujas, 3^e éd., 1992, n° 351 ; B. Oppetit, L'engagement d'honneur, *D. 1979. Chron. 107*, spéc. n° 8, 13 ; F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 5^e éd., 1993, n° 52, p. 45.

au 10 mai 1993 ; - 460 francs (...) au 10 juin 1993 ; (...) au 10 juillet 1993 ; (...) au 10 août 1993 ; 420 francs réglables au 10 septembre 1993 »⁵⁸.

Pour ces engagements-là, la transaction semble effectivement à première vue être la qualification appropriée. Il s'agit bien pour les parties de mettre fin à leur conflit par des concessions réciproques, le mis en cause s'engageant à réparer et la victime à retirer sa plainte. Si rien en droit ne paraît s'opposer à une telle qualification, il n'est pourtant pas certain qu'il soit souhaitable de la retenir. On sait qu'il est à l'heure actuelle quasiment impossible d'obtenir en jurisprudence la nullité de la transaction même si l'une des parties n'a pas saisi la portée de l'acte souscrit. La rescision pour lésion est exclue et la nullité pour cause d'erreur étroitement circonscrite par la loi. Le code civil prévoit en outre explicitement la possibilité d'insérer une clause pénale dans la convention. Enfin, le recours au juge civil en vue d'obtenir la résolution du contrat ou l'allocation de dommages et intérêts est ouvert, comme dans tout contrat synallagmatique, à la partie victime de l'inexécution de ses engagements par son cocontractant⁵⁹. Or l'application de ces règles paraît peu opportune compte tenu du contexte dans lequel intervient l'accord de médiation.

La difficulté provient du lien indissociable qui unit, dans les affaires donnant lieu à une médiation, l'aspect civil et l'aspect pénal du litige. La mesure est une alternative aux poursuites *pénales* mises en œuvre par le parquet à la suite de la commission d'une infraction causant un trouble modeste à l'ordre public. A l'origine de la tentative de médiation se trouve, dans la quasi-totalité des cas, une plainte de la victime (accompagnée ou non d'une constitution de partie civile), c'est-à-dire un appel de celle-ci à la justice *pénale*. L'accord de médiation puise son sens et sa valeur dans ce contexte. Ou bien il est exécuté et le parquet renonce, sauf circonstances particulières, à l'exercice de l'action « pour l'application des peines »⁶⁰. Ou bien, au contraire, l'accord reste lettre morte et la seule sanction réside alors dans le déclenchement des poursuites. Il n'apparaît notamment pas souhaitable que la victime puisse insérer une clause pénale dans l'accord conclu avec le délinquant ou qu'elle puisse immédiatement saisir le juge en cas d'inexécution par celui-ci de ses obligations⁶¹. Il appartient donc à la pratique – aidée en cela par la doctrine – de définir les clauses particulières à la médiation qui feront de l'accord soit une variété de transaction⁶², soit une véritable convention *sui generis*.

*
**

Nombreuses sont les questions que le législateur a laissées sans réponse, la loi de 1993 s'étant contentée de définir les conditions dans lesquelles le recours à la médiation est

58. Les protocoles d'accord nous ont été aimablement communiqués, après effacement des noms des protagonistes, par D. Sahakian, psychologue médiateur à l'ADAVIP (Nanterre).

59. Art. 2047, 2052, 2053 c. civ., V. *J.-Cl. Civ.*, préc., fasc. 3, n° 8, 30 à 35, 38 et s., 48 à 75, fasc. 6, n° 28 ; Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, n° 1120 et s., 1131 ; *Rép. civ. Dalloz*, v° Transaction par L. Boyer, n° 273 à 293 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, n° 1356 à 1358.

Il est vrai 1) que la lésion ne conduit qu'exceptionnellement à la rescision d'un contrat (art. 1118 c. civ.) ; 2) que la jurisprudence a tendance à se montrer assez libérale dans l'appréciation de l'erreur sur l'objet de la contestation, au point que l'on a pu écrire qu'elle se livrait à un « forçage » de l'erreur (Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, n° 1121. *Adde* : *Rép. civ. préc.*, n° 283 et s.). En outre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une conception plus large que celle retenue par la deuxième Chambre civile. Elle écarte en effet l'exception de transaction lorsque les juges du fond ont constaté que la victime s'était méprise sur la nature et l'étendue de ses droits lors de la transaction et que cette erreur a été déterminante dans la conclusion du contrat (B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, n° 1367 ; V. Cass. crim. 7 mars 1963, *Bull. crim.*, n° 109, 28 oct. 1976, *Gaz. Pal.* 1977.1.68).

60. Art. 1^{er}, c. pr. pén.

61. En cas d'inexécution par la victime de ses engagements (concrètement si celle-ci cite directement l'auteur devant le tribunal ou adresse une plainte avec constitution de partie civile au juge d'instruction), son partenaire pourra lui opposer l'exception de transaction. La constitution de partie civile sera alors déclarée irrecevable (V. *J.-Cl. Civ.*, préc., fasc. 2, n° 27 ; fasc. 6, n° 13 à 19).

62. On pourrait par exemple l'appeler « transaction-médiation ».

autorisé⁶³. L'importance des problèmes soulevés montre combien la médiation joue, dans les esprits et dans la pratique, un rôle perturbateur. Son intrusion dans la machine judiciaire a provoqué un éclatement des catégories traditionnelles du droit et a profondément renouvelé la réflexion sur la lutte contre l'insécurité. Finalement, le « judiciaire » et le « social » ne sont-ils pas amenés à se féconder mutuellement pour donner naissance à une réponse nouvelle et prometteuse à la petite délinquance ?

63. Outre la question de la nature juridique de l'accord, envisagée ci-dessus, de nombreuses questions se posent qui devront à moyen terme recevoir une réponse : Qui peut être médiateur ? Quelle doit être la formation du médiateur ? Quels sont ses droits et ses obligations ? A quelles règles obéit le processus de médiation ? Quelles sont en particulier les garanties offertes aux parties (consentement libre et éclairé donné à la mesure, principe du contradictoire, droits de la défense, interdiction de la double punition, garantie judiciaire...) ? Quelles sont enfin les conséquences de la médiation sur l'exercice des poursuites ? La médiation étant avant tout une aventure de la pratique, le législateur devrait s'en inspirer pour adopter une réglementation qui permette à la fois de définir clairement la manière dont la médiation s'articule avec le système judiciaire sans toutefois que celui-ci l'absorbe complètement et en gomme l'originalité.

La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme (A propos de trois arrêts du 25 février 1993 de la Cour européenne des droits de l'homme)

Dominique VIRIOT-BARRIAL

Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-en-Provence

Le caractère très spécial du droit pénal douanier a toujours été affirmé et ne s'est jamais démenti, ni atténué au cours des années¹. On a fait remarquer que « lorsqu'il s'agit d'infractions artificielles à caractère plus disciplinaire que véritablement antisocial, le système répressif de répression original se caractérise par une sévérité particulière »². Cette rigueur du droit douanier se retrouve dans le droit processuel douanier. En effet, ce dernier est marqué par des prérogatives exorbitantes accordées à l'administration douanière au détriment de certains droits et de certaines garanties dont devrait bénéficier tout citoyen. Le but légitime des pouvoirs importants accordés à l'administration douanière réside dans le maintien de l'équilibre économique d'un pays qui peut être mis en péril par « l'évasion douanière ». La justification de ces pouvoirs réside en priorité dans la très grande difficulté dans laquelle se trouve l'Administration pour constater les infractions à la réglementation douanière.

Pour autant, pouvait-on admettre, à une époque où les droits de l'homme sont consacrés d'une manière absolue, le statut privilégié de cette administration douanière ?

Une fois encore, c'est une instance extra-nationale qui rappelle à l'ordre nos instances nationales et confirme le fait que les droits des individus ne peuvent être négligés au profit de l'efficacité de la répression d'une délinquance somme toute disciplinaire³.

Dans trois arrêts, la Cour européenne affirme la non-conformité des dispositions légales douanières aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme⁴. Dans ces trois affaires, chacun des requérants a fait l'objet, dans le cadre d'enquêtes en matière de réglementation des relations financières avec l'étranger, de nombreuses visites domiciliaires. Ces visites ont abouti à la saisie d'une masse importante de documents, quelquefois sans rapport avec les infractions en cause. C'est pourquoi

1. M. de Guardia, *Un droit pénal très spécial : le droit pénal douanier*, JCP 1974.I.2652 ; Cl.-J. Berr et H. Tremeau, *Le droit douanier*, LGDJ, 1981.

2. R. Gassin, *Avant-propos in Etudes de droit pénal douanier*, PUF, 1968.

3. M. Scotto, *L'Administration française des douanes est condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme*, *Le Monde*, 28 févr. 1993.

4. Affaire *Crémieux c/ France*, 25 févr. 1993 (83/1991 1335-1408) ; aff. *Funke c/ France*, 25 févr. 1993 (82/1991334/407) ; aff. *Mialhe c/ France*, 25 févr. 1993 (86/1991/338-411) ; cf. note R. Garnon et A. Garnon sous Cour européenne des droits de l'homme, 25 févr. 1993, aff. *Funke c/ France*, JCP 1993.22073.

chacun des requérants a soulevé le problème de la compatibilité de dispositions relatives aux visites domiciliaires douanières avec l'article 8 de la Convention européenne. Outre ce droit de visite, c'est le droit de communication qui est aujourd'hui mis au ban, principalement dans l'affaire *Funke c/ France*, comme violant les articles 6, paragraphe 1 (droit à un procès équitable) et paragraphe 2 (posant le principe de la présomption d'innocence).

En matière douanière, le citoyen ne peut s'insurger contre la non-constitutionnalité des lois puisque notre système juridique s'est refusé à instituer un contentieux permanent de la constitutionnalité des lois⁵. Comme il a été mis en évidence dans les trois arrêts de la Cour de cassation⁶, « les articles 454 et 64 du code des douanes, qui réglementent perquisitions et saisies en matière d'infractions à la législation sur les changes, résultent de la loi du 28 décembre 1966. Cette loi n'ayant fait l'objet d'aucune abrogation, l'appréciation de la constitutionnalité des deux articles susvisés échappe à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ». Pourtant, en matière de visite domiciliaire, dans le domaine voisin de la fiscalité, le Conseil constitutionnel avait écarté l'article 89 de la loi de Finances pour 1984, relatif à la recherche d'infractions en matière d'impôts sur le revenu et de taxes sur le chiffre d'affaires en estimant, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, que « l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent »⁷.

Mais cette impossibilité de contrôle de constitutionnalité ne laisse pas les individus démunis de tout recours. En effet, de nombreux textes nationaux mais surtout extra-nationaux consacrent les droits les plus importants et tendent à devenir le fondement le plus pertinent de toute action.

Ainsi l'atteinte au respect du domicile et de la vie privée tend à trouver plus d'écho dans l'article 8 de la Convention européenne que dans l'article 9 du code civil⁸. De même, en matière de présomption d'innocence et du droit à un procès équitable, ces principes ont été consacrés dans l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, mais surtout dans les articles 6, paragraphe 1 et 6, paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est pourquoi, en matière douanière, le contrôle effectif ou plus précisément la protection des droits des individus passent par une remise en cause du statut privilégié de l'administration des douanes sur le fondement du droit européen et se traduit par la condamnation unanime de la France par la Cour européenne des droits de l'homme aux motifs que, d'une part, « en l'absence d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi apparaissent trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché », et que, d'autre part, « faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, les douanes tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit pour tout accusé, au sens

5. Le droit pénal et la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. pénit. et de droit pénal*, 1989, p. 20 ; V. La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, *JCP* 1975.II.18030 ; *D.* 1975, p. 529.

6. Cass. com. 17 juin 1986, inédit ; Cass. crim. 21 nov. 1983, inédit ; Cass. crim. 21 janv. 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 31.

7. Déc. n° 83.164, DC du 29 déc. 1983, *Journal officiel*, 30 déc. 1983, p. 3874 ; *JCP* 1984.II.20160, note Drago et Decocq ; *D.* 1985, *I.R.* p. 221 et s., obs. Gavalda et Lucas de Leyssac ; cette *Revue*, 1984, p. 473 et s., commentaire Fouquet ; Viala et Amodo, L'arrêt du Conseil constitutionnel, coup d'arrêt ou désaveu, *Gaz. Pal.* 1983.1.39.

8. On citera subsidiairement le Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques dont la ratification a été autorisée par la loi du 23 juin 1980 et la publication effectuée par le décret du 29 janvier 1981.

autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination ».

Ainsi, le droit douanier dont l'application est actuellement critiquée montre la nécessité de mettre en conformité une répression efficace et la protection des droits des individus tant dans la recherche de la preuve (I) que dans la charge de la preuve (II).

I. - LA RECHERCHE DE LA PREUVE EN DROIT DOUANIER ET L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE

Si l'insuffisance des garanties procédurales a été condamnée par la juridiction européenne (A), on ne peut s'empêcher de s'interroger au regard des nouvelles dispositions de droit douanier issues de la loi n° 86-1317 du 30 décembre 1986 portant loi de Finances pour 1987⁹ et de la loi 89-935 du 29 décembre 1989 portant loi de Finances pour 1990¹⁰ sur leur compatibilité avec les droits consacrés dans la Convention européenne (B).

A. - L'insuffisance des garanties procédurales

La spécificité du droit de visite dans le domaine douanier¹¹ et plus particulièrement dans celui de la réglementation des relations financières avec l'étranger¹² montre le caractère dérogatoire du droit douanier par rapport au droit commun. La Cour européenne reconnaît que dans le domaine considéré (la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt), les Etats rencontrent de sérieuses difficultés. Elles résultent de l'étendue et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de placements internationaux facilités par la relative perméabilité des frontières. Il est donc nécessaire de recourir à certaines mesures comme les visites domiciliaires et les saisies. Cependant, on doit souligner que l'ingérence dans les droits des requérants n'est pas contre-balancée par des garanties adéquates et suffisantes contre les abus.

Il est reconnu que le droit français semble satisfaire à l'obligation négative de non-ingérence à travers les dispositions processuelles des articles 56 et suivants du code de procédure pénale (enquêtes de flagrance), 76 (enquêtes préliminaires) et 94 et suivants (information)¹³.

Un doute existe quant aux pouvoirs reconnus à certains agents¹⁴, particulièrement aux agents douaniers, puisque aucune référence n'est faite aux dispositions de droit commun.

L'article 64 du code des douanes pose le principe des visites domiciliaires en ne restreignant aucunement le lieu de ces visites et en imposant pour seules garanties la présence, sauf exception, d'un officier de police judiciaire ou d'un officier de police municipale et l'interdiction des visites pendant la nuit. La jurisprudence nationale n'a pas œuvré dans le sens d'un contrôle étroit du déroulement de cette procédure. Elle a étendu de façon extensive la notion de domicile¹⁵. Cela est mis en évidence dans les trois affaires

9. JO, 31 déc. 1986 ; JCP 87.III.59592.

10. JO, 30 déc. 1989, 16353.

11. Cass. crim. 27 avr. 1987, Bull. crim., n° 164, DS 1987, inf. rap. 130.

12. TGI Paris, 11 avr. 1983, Gaz. Pal. 1983.2.372, note Doucet ; TGI Paris, 24 avr. 1984, Gaz. Pal. 1985.1.82, note Darrois et Tiraqueau, CA Paris, 23 oct. 1984, Gaz. Pal. 1985, somm. 109.

13. R. Koering-Joulin, Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne, cette Revue, 1986, p. 721.

14. V. en matière de concurrence : B. Bouloc, Les droits de la défense dans la procédure pénale applicables en matière de concurrence, cette Revue, 1982, p. 513.

15. J.-Cl. pén. annexes, Les prérogatives de l'administration des douanes, fasc. 11, n° 3, 1989, n° 21 à 26.

citées où les sièges des sociétés, les résidences privées des requérants ou des tiers étant en relation avec eux et même le coffre privé¹⁶ ont fait l'objet d'une perquisition. Elle a étendu aussi l'objet des saisies suite à des visites domiciliaires¹⁷ en matière de changes puisqu'elle a admis que des documents et non de simples marchandises puissent être saisis. Ceci a été le cas dans les espèces citées où une masse considérable de documents a été appréhendée sans que ces derniers aient un lien étroit avec les infractions recherchées.

Cette extension des pouvoirs de l'Administration ne pouvait que venir en opposition des droits posés par l'article 8 de la Convention européenne qui énonce que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Pourtant, la Chambre criminelle, même si sa jurisprudence évolue¹⁸, ne semble pas remettre en question la compatibilité de ces pratiques avec la Convention européenne. Comme on l'a remarqué, cela procède plus d'une simple affirmation que d'une véritable démonstration¹⁹.

La jurisprudence européenne quant à elle a déjà déterminé les conditions à respecter pour que les investigations autorisées participent à la catégorie des ingérences justifiées²⁰ en matière d'interception de communication téléphonique. L'exigence de ces dernières est confirmée aujourd'hui en matière de visites domiciliaires douanières.

L'article 8, paragraphe 2, autorise certaines restrictions à l'exercice des droits sous trois conditions.

Il convient en premier lieu qu'elles soient prévues par la loi. Pour les requérants dans chacune des trois espèces, une visite domiciliaire ainsi que des saisies effectuées sans autorisation judiciaire sont contraires à la Constitution française. La Commission relève que la jurisprudence interne voit dans l'article 64 du code des douanes la base légale des visites domiciliaires pratiquées par l'Administration française et que, d'autre part, cette disposition était suffisamment accessible et prévisible²¹ dans la mesure où elle délimitait de façon précise les modalités d'exécution de ces fouilles et saisies. La Cour ne se prononcera pas à ce propos estimant que les autres conditions ne sont point respectées.

Il convient en second lieu que les ingérences de l'autorité administrative recouvrent un but légitime. Nonobstant la thèse contraire du requérant, la Commission et la Cour considèrent que ces ingérences visaient bien des buts légitimes tenant dans le bien-être économique du pays et la prévention des infractions pénales.

Il convient en dernier lieu qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique pour atteindre ce but. Pour la Commission, d'une part, les mesures incriminées s'inscrivent dans le cadre normal de la lutte contre l'évasion fiscale dont le but est de protéger la stabilité de la monnaie et l'équilibre des échanges, d'autre part les conditions d'exercice de ces mesures mettent en évidence diverses garanties contre l'arbitraire. Au contraire, pour la Cour, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges puisqu'elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. De plus, en l'absence surtout d'un

16. V. sur le coffre bancaire considéré comme le prolongement du domicile : TGI Bordeaux, 29 sept. 1984, *DS* 1985, 67, note Lamarque.

17. Cass. crim. 12 janv. 1981, *DS* 1982, inf. rap. 244, *Bull. crim.*, n° 11 ; Cass. crim. 15 oct. 1984, note Berr, *JCP* 1985, 20410.

18. 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, p. 450.

19. *Crim.* 21 janv. 1985, *Bull.*, n° 31, CA Colmar, aff. *Hirsch*, 15 mars 1985, TGI Paris, 24 avr. 1984, *Gaz. Pal.* 85.1, p. 82 et s.

20. Aff. *Klass*, 6 sept. 1978, série A, n° 28, cf. arrêt *Malone*, Cour europ. 2 août 1984, série A, n° 82 ; *Gaz. Pal.* 1984.II.somm. p. 441, note Moray, concernant l'interception de communication téléphonique. Arr. *Kristin et Huang* du 24 avr. 1990, série A, n° 76, A et B.

21. *CEDH*, arr. *Sunday Times* du 26 avr. 1979, série A, n° 30, p. 30, § 47.

mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi apparaissent trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits des requérants fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché.

La Cour européenne critique le caractère administratif de la procédure qui donne tout pouvoir à une autorité non judiciaire d'agir et de porter atteinte aux droits des individus. Les impératifs de la Cour résident explicitement dans l'intervention d'une autorité judiciaire et implicitement dans l'exigence d'un contrôle quant à l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle.

La condamnation de la France par la Cour européenne intervient après que la législation douanière a été modifiée. Doit-on considérer cette condamnation comme une consécration de la modification législative ou cette condamnation est-elle la porte ouverte à une remise en cause potentielle de la nouvelle législation si cette dernière s'avérait insuffisante ?

B. - L'insuffisance corrigée des garanties procédurales

Si déjà la loi du 29 décembre 1977 accordait des garanties de procédure aux contribuables en matière douanière et fiscale²², ce sont plusieurs commissions, dont la plus célèbre est la commission Aicardi²³, qui s'engagèrent dans la voie d'une refonte du droit des visites domiciliaires. Cet engouement s'est matérialisé par la loi du 30 décembre 1986 portant loi de Finances pour 1987 et la loi du 29 décembre 1989 portant loi de Finances pour 1990.

Les impératifs de la Cour européenne semblent confirmer les nouvelles dispositions législatives découlant des lois de 1986 et 1989 ; pour autant la France n'est pas encore totalement à l'abri d'une nouvelle condamnation en matière douanière.

- La conformité de la législation aux exigences de la condamnation a trait d'une part à l'intervention judiciaire.

Dès 1986, le principe est posé que, hormis le cas de flagrant délit, chaque visite doit être autorisée par le président du tribunal de grande instance. Cette intervention n'est pas purement factice. Elle se traduit par un contrôle du bien-fondé de la demande d'autorisation, mais aussi par un contrôle du déroulement de la visite, soit directement, soit par commission rogatoire. Ce contrôle se matérialise par une ordonnance dont les conditions ont été précisées par la loi de 1989. Dans une optique de protection des droits du citoyen ont été déterminés les mentions obligatoires, les modalités de notification et signification, les délais de pourvoi, mais aussi la nécessité pour le juge de motiver sa décision par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui laissent présumer en l'espèce l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée.

- La conformité de la législation aux exigences de la condamnation se traduit d'autre part par une délimitation stricte du domaine et des conditions de l'enquête douanière.

La loi de 1986 circonscrit les délits en vertu desquels on peut avoir recours aux visites domiciliaires, puisqu'elle vise expressément les délits douaniers des articles 414 à 429 et 459 du présent code. La loi de 1986 maintient les exigences temporelles des visites et la présence d'un officier de police judiciaire (et non plus d'un officier de police municipale). Elle instaure une grande innovation qui est d'exiger la présence de l'occupant des lieux

22. DS 1978, législ. 28 ; Castagnède, La loi du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, JCP 1978.éd. G.I.2892.

23. Rapport de la commission Aicardi sur « l'amélioration des rapports entre les citoyens et les administrations fiscales douanières ». Collection des rapports officiels, La Documentation française. Viala et Amadio, L'invincible attraction des procédures d'exception. A propos des rapports Aicardi et Donnedieu de Vabres, Gaz. Pal. 1986.2.Doct. 697.

ou de son représentant, ou à défaut de deux témoins. Quant au lieu des visites et spécialement aux coffres, la loi de 1989 précise que la visite d'un coffre dans un établissement de crédit est possible sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge. La question reste en suspens de savoir si cette autorisation judiciaire sera nécessaire pour la visite de tout coffre, se trouvant même dans un domicile privé ; la logique condamnerait une réponse positive. Mais surtout la loi de 1986 a instauré d'une manière expresse une référence aux articles 56 et 58 du code de procédure pénale pour préserver le droit au respect du secret professionnel et aux droits de la défense qui posait un problème en matière douanière ²⁴.

Cependant, si l'ensemble de ces dispositions semble aller dans la droite ligne des « exigences » de la Cour européenne, on ne peut s'empêcher de craindre pour l'avenir une nouvelle condamnation de la France ²⁵.

- Elle pourrait reposer sur une extension du domaine de la visite domiciliaire.

— Quant aux lieux, le législateur avant 1986 disposait que les visites domiciliaires ne pouvaient avoir lieu que dans le rayon des douanes, à l'exception des agglomérations, dont la population s'élève au moins à deux mille habitants et sur tout le territoire douanier uniquement pour les marchandises soumises aux dispositions de l'article 215 du code des douanes. Le nouveau texte étend la possibilité de procéder à des visites « en tous lieux même privés » sans aucune référence aux considérations territoriales précédentes.

— Quant à l'objet des perquisitions, le texte de l'article 64 ne permettait que la recherche de marchandises, l'extension aux documents avait été limitée en matière de réglementation des relations financières. Dans la nouvelle rédaction, l'article 64 vise les marchandises et les documents.

- Mais elle pourrait aussi reposer sur une mise en doute de l'efficacité du contrôle.

— Le président du tribunal de grande instance compétent n'est pas celui du lieu où la visite doit être effectuée, mais celui du lieu de la direction des douanes dont dépend le service chargé de la procédure. Or le service le plus souvent appelé à intervenir est la Direction nationale des enquêtes douanières dont le siège est à Paris. On a remarqué la difficulté à laquelle sera confronté le « juge de l'autorisation » pour contrôler la régularité de la visite. Mais la possibilité de délivrer une commission rogatoire devrait atténuer les problèmes.

— Si l'efficacité du contrôle ne peut être mise en doute à cet égard, elle peut l'être quant à la distinction qui est posée dans le texte entre les enquêtes « normales » et les enquêtes de flagrant délit. L'ensemble des règles protectrices édictées par les nouvelles dispositions, essentiellement relatives à l'intervention de l'autorité judiciaire, ne s'applique pas en cas de flagrant délit. Or contrairement au code de procédure pénale, dans cette hypothèse particulière, le code des douanes n'a pas prévu de garanties judiciaires.

On peut regretter qu'en matière douanière une loi telle que celle intervenue en matière d'écoutes téléphoniques ²⁶ n'ait pas posé de principes et un cadre très restrictif à ces pratiques.

Ainsi l'extension du domaine et de l'objet des visites domiciliaires, mais surtout l'inapplication des dispositions protectrices en cas de flagrant délit pourront pousser la

24. Cf. J. Berr, G. Vignal, Droit douanier, actualités droit et gestion, *JCP* 1986.15664.

25. Cf. J. Berr, G. Vignal, Les réformes relatives au contentieux douanier (1986-1987), *JCP éd.E.*15126.

26. Cf. loi n° 91-646 du 10 juill. 1991, art. 100 à 100-7 du code de procédure pénale ; P. Kayser, La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, *JCP* 1992.3559 ; J. Pradel, Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, *D.* 1992.chron. p. 49.

Cour européenne à statuer à nouveau. On est encore loin d'avoir trouvé le consensus européen en matière de visites domiciliaires douanières.

Si le pouvoir de l'administration douanière est reconnu exorbitant au regard de l'article 8 de la Convention européenne, un autre pouvoir de l'administration pourrait l'être, et spécifiquement eu égard au droit au secret des correspondances²⁷, celui du droit de communication particulier à l'administration des douanes. Pour autant, ce droit de communication a mis en évidence une incompatibilité de la législation française avec la Convention européenne, non dans le cadre de la recherche de la preuve, mais dans celui de la charge de la preuve.

II. - LA CHARGE DE LA PREUVE EN DROIT DOUANIER ET L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE

L'article 65-1 du code des douanes détermine un droit de communication particulier qui aboutit en quelque sorte à déjouer les principes classiques régissant la charge de la preuve (A) et amène à s'interroger sur les nécessités d'une modification législative (B).

A - *Le droit de communication et le procès équitable*

Dans le cadre d'une enquête diligentée contre Funke pour infraction à la législation réglementant la matière des relations financières avec l'étranger, le requérant après s'être engagé, suite à la mise en jeu de l'article 65-1 du code des douanes, à fournir les documents, se ravisa ultérieurement et déclara aux douanes qu'il n'était plus en mesure de les communiquer. Le requérant fut condamné pour défaut de production des documents exigés par l'administration des douanes sur le fondement des articles 431, 431 *bis* et 382 du code des douanes. Mais le requérant est décédé sans avoir été renvoyé en jugement du chef d'infraction à la législation réglementant la matière des relations financières avec l'étranger.

Au regard de l'article 6, paragraphes 1 et 2, le requérant a fait valoir que, en réclamant et obtenant la production de documents sous la menace de sanctions pénales et d'une astreinte assortie d'une contrainte par corps, les douanes se déchargent de la preuve que doit fournir l'accusation et que le législateur lui permet de recueillir directement auprès des détenteurs de documents. Elle contraint ainsi le prévenu à collaborer à sa propre accusation et à renoncer de ce fait à la présomption d'innocence que lui garantit l'article 6, paragraphe 2, de la Convention.

Les instances nationales ont conclu que l'article 6, paragraphe 2, de la Convention ne limite pas autrement les modes de preuves que la loi du for met à la disposition de la partie poursuivante pour emporter la conviction du juge.

Pour la Commission, il ne saurait être considéré comme inéquitable que le justiciable soit tenu d'informer en toute loyauté les autorités dont la mission est de seconder la politique économique de l'Etat de l'ensemble des éléments susceptible de concerner une enquête en cours. De plus, l'obligation de donner des informations aux autorités compétentes n'a pas pour objectif premier de faciliter les poursuites pénales à l'encontre de la personne concernée mais est considérée comme indispensable à la mise en œuvre de la législation en cause. Cette obligation constitue en quelque sorte la contrepartie de la marque de confiance dont l'Etat fait preuve à l'égard de tout citoyen, en renonçant à appliquer des mesures de contrôle et de surveillance plus contraignantes. Quant à la présomption d'innocence au sens de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention, la Commission estime que le simple fait d'exiger des documents ne saurait porter atteinte

27. Crim. 21 nov. 1983, aff. *Funke*, *Bull. crim.*, n° 304.

au principe de la présomption d'innocence, une telle mesure ne pouvant constituer une présomption de culpabilité légalement établie. Quant à la condamnation pénale subséquente, la Commission relève qu'il s'agit là d'une procédure pénale autonome qui trouve son fondement dans des textes précis du code des douanes et qui a abouti à un constat de culpabilité légalement établi.

Pourtant la Cour européenne a reconnu la non-conformité des dispositions législatives douanières avec les termes de l'article 6 de la Convention.

Les organes de la Convention ont maintes fois rappelé que si la Convention dans son article 6, paragraphe 1, « garantit à toute personne le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas toutefois la matière des preuves en tant que telle et notamment leur admissibilité et leur force probante, questions relevant du droit interne »²⁸. Il incombe cependant aux organes de la Convention « de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable »²⁹. Or le débat sur la charge de la preuve s'inscrit dans le contexte d'un procès équitable³⁰. On peut remarquer que la charge de la preuve qui est commandée par le principe de la présomption d'innocence l'est aussi par le respect des droits de la défense qui consacrent le droit de ne pas témoigner contre soi-même. Si la Cour européenne s'est essentiellement basée sur l'article 6, paragraphe 1 (respect des droits de la défense dans un procès équitable), pour condamner la France, on ne peut négliger la relation de cause à effet qui existe entre la présomption d'innocence et le droit de ne pas témoigner contre soi-même qui a pour conséquence de faire peser la charge de la preuve sur l'accusé.

La charge de la preuve en droit pénal est marquée par le principe fondamental de la présomption d'innocence en vertu duquel tout individu soupçonné d'être coupable d'un délit ou d'un crime doit être réputé innocent tant que sa culpabilité n'a pas été reconnue.

- C'est une véritable présomption légale qui fait peser l'entier fardeau de la preuve sur la partie poursuivante³¹. Les résultats pratiques de ce principe sont que le ministère public doit non seulement rapporter la preuve de l'existence de l'infraction et de la culpabilité, mais il devra aussi réunir les éléments de preuve favorables à l'innocence du prévenu. Si le principe est affirmé dans l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, il est confirmé dans l'article 6, paragraphe 2, de la Convention européenne³². Les organes européens ont entendu donner la même signification à cet article : « la Convention exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au ministère public et le doute profite à l'accusé »³³.

28. Comm. EDH, D. 7450/76, *X c/ Belgique*, 28 févr. 1977, DR 9, p. 109 ; Comm EDH, D. 8876/80, *X c/ Belgique*, 16 oct. 1980, DR 23, p. 234 ; Comm. EDH, D. 10802.84 *P. Schenk c/ Suisse*, 6 mars 1986, DR 16, p. 38, CEDH, arr. *Schenk*, 12 juill. 1988, série A, n° 140, p. 29, cités par M. Van de Kerchove, La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme, cette *Revue*, 1992, p. 1.

29. V. entre autres : CEDH, arr. *Kostanski*, 20 nov. 1989, série A, n° 166, p. 19, CEDH, arr. *Windish*, 27 sept. 1990, série A, n° 186, p. 10 ; CEDH, arr. *Della*, 19 déc. 1990, série A, n° 191, p. 15 ; CEDH, arr. *Isgro*, 19 févr. 1991, série A, n° 194, p. 8 ; CEDH, arr. *Asch c/ Autriche*, 26 avr. 1991, série A, n° 203, p. 6, cités par M. Van de Kerchove, préc.

30. L.E. Pettiti, Le régime des preuves au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Session d'études de l'Institut de formation du barreau de Paris, cette *Revue*, 1989, p. 395.

31. V. entre autres, J. Patarin, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 56, p. 7.

32. J. Pradel, Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes, in *Mélanges offerts à G. Levasseur, Droit pénal, droit européen*, Litec 1992, p. 452 et spéc. p. 463.

33. V. entre autres, Comm. EDH, D. 5523/72, *Herbert Hubert c/ Autriche*, 6-5 Autriche, 4-5 oct. 1974, ann. Convention européenne, EDH 74-331 ; Comm. EDH, D. 9037.180, *X c/ Suisse*, 5 mai 1981, *ibid.*, p. 222 ; Comm. EDH, D. 10519/83, *Amosi Salabiaku*, préc. p. 4.

• Le principe de la présomption d'innocence sur le fondement de l'article 6, paragraphe 2, a été évoqué à l'égard de divers problèmes. Son application a été fréquente à l'encontre de certaines dispositions qui édictaient des présomptions de culpabilité dans certaines matières particulières comme le proxénétisme, les infractions à la législation des stupéfiants, certaines infractions douanières et même certaines infractions en matière de circulation routière³⁴. Les juridictions françaises ne reconnaissent pas l'incompatibilité entre les dispositions législatives et la Convention³⁵. On retrouve la même prudence de la part des instances européennes, puisque la Cour européenne considère que si l'article 6, paragraphe 2, ne se désintéresse pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives, il se contente de commander « aux Etats de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense ». Ainsi « l'application de ce mécanisme ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence lorsque les juges du fond ont su se garder de tout recours automatique à la présomption et qu'ils ont exercé leur pouvoir d'appréciation au vu des éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux »³⁶.

Un autre domaine dans lequel intervient la présomption d'innocence réside dans la mise en cause de certaines décisions judiciaires préalables au jugement sur le fond (décisions relatives à la modification de la détention provisoire ou décisions de renvoi devant les instances de jugement) reflétant implicitement le sentiment de culpabilité³⁷. La jurisprudence nationale ne relève quasiment jamais l'incompatibilité de ces décisions avec les dispositions européennes³⁸. La jurisprudence européenne est aussi prudente³⁹ malgré quelques sursauts⁴⁰.

Un domaine dans lequel est intervenue, cette fois-ci d'une manière effective, la présomption d'innocence concerne la motivation des décisions judiciaires. En effet, la Cour de cassation a pu directement appliquer la présomption d'innocence de l'article 6, paragraphe 2, et en faire le fondement de l'obligation, pour les juridictions, de motiver leurs décisions⁴¹.

Il est ainsi très rare que l'incompatibilité des dispositions légales avec l'article 6, paragraphe 2, soit reconnue⁴² tant au niveau national qu'eupéen.

Cet état de fait se retrouve en matière de charge de la preuve. En effet, la soumission à une prise de sang d'une personne soupçonnée d'avoir conduit un véhicule en état d'ébriété n'oblige en aucun cas la personne à fournir elle-même la preuve de sa culpabilité et ne consiste qu'en un moyen de preuve qui peut être soit favorable, soit défavorable à la personne⁴³.

34. B. Bouloc, La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence, *Chronique de jurisprudence, Droit pénal général*, cette *Revue*, 1993, p. 88.

35. Aff. *Ben Chaad*, Cass. crim. 30 mai 1988, *Bull. crim.*, n° 232, cette *Revue*, 1989, note J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, p. 101 ; Cour d'appel Paris, 10^e ch. ; V. aussi R. Merle, La Convention européenne des droits de l'homme et la justice pénale, *D.* 1981.Chron. 227 ; G. Roujou de Boubée, La protection pénale des droits de l'homme en droit français, *Rev. internat. de dr. pén.* 1976, 933 ; J. Calvez, Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal, cette *Revue*, 1980, 13.

36. CEDH, arr. *Salabiaku*, 7 oct. 1988, série A, n° 141, p. 16.

37. W. Jeandidier, La présomption d'innocence ou le poids des mots, cette *Revue*, 1991, p. 49.

38. Arr. *Cissé*, Cass. crim., 4 janv. 1990, *Bull. crim.*, 1990, n° 5 ; arr. *Rondet*, Cass. crim., 6 mars 1990, cité in W. Jeandidier, préc.

39. Arr. *Nölkenbockhoff*, 25 août 1987, cette *Revue*, 1988, p. 136 ; arr. *Lutz c/ R.F.A.* in W. Jeandidier, préc.

40. Arr. *Minelli*, 25 mars 1983, cité par W. Jeandidier, préc. « La présomption d'innocence se trouve méconnue si, dans l'établissement légal de la culpabilité d'un prévenu et notamment sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. »

41. Cass. crim., 19 mars 1986, *D.* 1988, p. 568, note J. Vallansan.

42. L.E. Pettiti, Les droits de l'inculpé et de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, Litec, 1992, p. 249.

43. Comm. EDH, D. 8239/78, *X c/ Pays-Bas*, 4 déc. 1978, *DR*, 6, p. 185.

Par l'arrêt *Funke*, la Cour européenne prend pour la première fois position et condamne sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, et 6, paragraphe 2, certains pouvoirs de l'Administration en matière de communication. Elle refuse le caractère simplement déclaratif du régime douanier et cambiaire français, qui épargne au contribuable une inquisition systématique dans ses affaires mais comporte en contrepartie des devoirs comme ceux de conserver pendant quelque temps les documents relatifs à ses revenus et à son patrimoine. Elle estime que les douanes provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou de vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises.

Ce qui est mis en cause est le pouvoir de communication mais aussi la possibilité de sanctionner un individu pour la non-production des pièces. Si l'on admet le droit de communication du fait du caractère volontaire de la remise⁴⁴ et de certaines limites qui lui sont imposées⁴⁵, il apparaît comme exorbitant puisque le refus de communication de la Cour est sanctionné pénalement.

Il convient au préalable de déterminer le domaine de ce principe qui dépend de la notion d'« accusé ». La Commission suivie en cela par la Cour rappelle que les notions d'« accusation en matière pénale » ou d'« accusé d'une infraction » doivent s'entendre comme revêtant une portée autonome dans le contexte de la convention, et non sur la base de leur sens en droit interne, c'est dire qu'elles optent pour une conception matérielle et non formelle de l'accusation⁴⁶.

Si la condamnation de la Cour pose un principe, elle en atténue toutefois la portée.

Le droit de communication et la sanction en cas de refus de s'acquitter de cette obligation viole le principe général consacrant le droit de ne pas témoigner contre soi-même, donc les droits de la défense et implicitement le droit à la présomption d'innocence. Pour autant, cette condamnation n'est pas absolue, la Cour ne saurait rejeter, comme le fait remarquer la Commission, le particularisme attaché à la procédure d'enquêtes à caractère économique et financier et leurs difficultés puisqu'elles s'inscrivent dans le cadre politique et économique d'un Etat qui inclut la sauvegarde de l'équilibre financier des comptes publics. La Cour ne sanctionne ce droit de communication qu'à l'égard de la personne poursuivie. Elle sanctionne d'autant plus ce pouvoir de communication du fait que les pièces exigées étaient supposées exister sans qu'il y ait certitude et que l'administration des douanes disposait d'autres moyens pour parvenir au même résultat.

Ainsi une modification du droit de communication, même si elle est limitée, semble s'imposer.

B. – Vers un droit de communication modifié

Sans remettre totalement en cause le droit de communication particulier à l'administration des douanes, et sans limiter les modes de preuve que la loi du for met à la disposition de la partie poursuivante pour emporter la conviction des juges, il conviendrait qu'une future loi de Finances améliore une nouvelle fois les relations entre particuliers et administration douanière.

En effet, sur le fondement du respect des droits de la défense et du principe de présomption d'innocence, il conviendrait de rajouter un dernier alinéa à l'article 65-1 du code des douanes.

44. J.-P. Doucet, *JCP* 1983, p. 373.

45. Cass. crim., 11 juin 1979, *Bull.*, 1979, n° 199 ; Cass. crim., 25 janv. 1977, *JCP* 77.II.18651, note C. Gavalda.

46. Cf. note 1.

« Le droit de communication ne peut, sauf accord de sa part, s'exercer à l'encontre même de la personne objet des poursuites de la part du service des douanes. Dès lors, tout refus de communication de sa part, justifié par la protection des droits de la défense et le principe de la présomption d'innocence, ne saurait entraîner la mise en jeu des articles 413 *bis* et 431 du code des douanes. »

Le principe d'« égalité des armes » a été mis en avant pour déterminer son caractère protecteur à l'égard de la société qu'on ne peut, sans danger, laisser désarmée face aux fléaux particulièrement redoutables qu'engendrent certaines criminalités trop bien organisées⁴⁷. On retrouve d'ailleurs cette même optique dans les législations en matière de trafic de stupéfiants puisque le développement de ce fléau social entraîne inévitablement un durcissement du droit⁴⁸. On ne peut aussi s'empêcher de faire référence aux législations en matière de contributions directes et indirectes qui organisent les mêmes pouvoirs accordés aux agents de l'Administration à savoir le droit de visite domiciliaire et le droit de communication⁴⁹. Mais la Cour européenne a réintroduit la dimension classique de ce souci d'égalité des armes, protecteur dans le procès pénal des intérêts de la défense. Cette optique n'a-t-elle pas été consacrée par la loi du 4 janvier 1993⁵⁰ portant réforme du code de procédure pénale qui crée dans son article 47 un nouvel article 9-1 dans le code civil qui affirme le droit de toute personne au respect de la présomption d'innocence ? Et ce, même si la loi du 24 août 1993⁵¹ a assoupli ces dispositions en précisant notamment que le champ d'application de l'article 9-1 du code civil était limité aux personnes gardées à vue, mises en examen, ou faisant l'objet d'une citation à comparaître en justice, d'un réquisitoire du procureur de la République ou d'une plainte avec constitution de partie civile.

47. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, préc. p. 106.

48. J. Pradel, *Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi*, D. 1993.Chron. 229, cf. aussi art. 706-26 à 706-33 du c. pr. pén. issus des lois n° 92-1336, 16 déc. 1992 ; art. 77, loi n° 93-913, 19 juill. 1993 ; loi n° 94-89, 1^{er} févr. 1994, art. 10-V instituant un titre XVII intitulé de la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions en matière de trafic de stupéfiants.

49. Cf. G. Guillaume, *J.-Cl. pén. annexes*, fasc. 2, « Impôts, poursuite », B. Neel, *J.-Cl. pén. annexe*, fasc. 5, « Impôts, contributions indirectes, contentieux ».

50. Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, JO, 5 janv. 1993.

51. Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, JO, 25 août 1993.

A. CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Droit pénal général

Bernard BOULOC

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

A. – Sources

1. *Nécessité d'un texte*

Parfois la loi (ou le décret) fait une obligation pour telle personne de faire ceci ou cela. Mais aucune sanction n'est spécifiquement édictée de sorte que l'on se demande si cette obligation est purement morale ou d'ordre juridique et, dans cette éventualité, si une sanction pénale peut intervenir. La question s'était posée autrefois en ce qui concerne le refus de participer à une épreuve de dépistage par l'alcootest, et la Cour de cassation avait jugé, par un arrêt du 27 janvier 1976 (*Bull. crim.* n° 31, *D.1976.IR.56*), que ce refus n'était susceptible (à l'époque) d'aucune qualification pénale. La même solution était donnée par un arrêt du 12 janvier 1983 (*Bull. crim.* n° 15) relativement à l'apposition de signes distinctifs de caractère commercial sur des voitures de petite remise. Sans doute, la loi du 3 janvier 1977 formulait bien l'interdiction, mais aucune sanction propre n'était prévue par la loi. Et la Cour de cassation a clairement indiqué que l'on ne pouvait sanctionner comme contravention de première classe le non-respect de la disposition légale.

C'est le même principe, que consacre la Cour de cassation par un arrêt du 24 novembre 1993 (*Bull. crim.* n° 353). Cette fois, il s'agissait de savoir si le refus de communiquer son identité et son adresse après un accident matériel de la circulation constituait une infraction punissable. Sans doute, l'article 53-3 du code de la route précise quel doit être le comportement d'une personne impliquée dans un accident matériel, mais ni l'article 233 ni l'article 233-1 du code de la route ne le vise parmi les faits punissables d'amende. Le tribunal de police d'Angers avait cependant considéré que le refus de communication de l'identité pouvait être assimilé aux dispositions relatives à l'arrêt et au stationnement des véhicules. L'assimilation était audacieuse. Aussi, la Chambre criminelle a purement et simplement censuré la décision de ce tribunal. Elle a rappelé que les juges ne peuvent condamner que si le fait poursuivi constitue une infraction punissable. Ce dernier mot est sans doute de trop car, en l'espèce, il n'y a pas de loi d'incrimination. Malgré les larges pouvoirs conférés au juge qui font que certains parlent du déclin de la légalité, il reste que le juge ne peut pas punir si un texte ne lui en a pas donné le droit.

2. *Abrogation du texte incriminateur*

Il est rare que le champ d'application du droit pénal se restreigne, car la tendance est plutôt à l'accroissement des lois. Mais parfois cette abrogation n'est que temporaire, le temps de s'apercevoir de l'erreur commise. En ce qui concerne le code de la route, un décret du 28 août 1991 avait supprimé dans l'article 232-2 le défaut de maîtrise du véhicule, et c'est un décret du 23 novembre 1992 qui en a rétabli l'incrimination. Malgré ces changements réglementaires, les cours d'appel avaient cru devoir sanctionner des conducteurs soit pour délit de fuite et contraventions connexes, soit pour défaut de maîtrise pur et simple. Sur pourvoi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation devait par trois arrêts du 24 novembre 1993 (*Bull. crim.* n° 356 à 358) casser les décisions de condamnation par voie de retranchement. Dans le premier arrêt, les faits avaient été commis en 1990, mais l'abrogation était postérieure aux faits ; dans le deuxième arrêt, les faits étaient postérieurs au décret d'abrogation et ils avaient été jugés après le rétablissement de l'incrimination ; quant au troisième, il se rapportait à des faits commis en novembre 1991 et jugés en février 1992. Les trois situations étaient certes différentes, mais ou bien il fallait tenir compte de la loi nouvelle plus douce, ou bien il convenait de ne pas faire rétroagir la loi nouvelle, ou bien il importait de rappeler que le juge ne saurait combler les lacunes législatives, pas même en recourant à la formule de l'ancien article R 26-15 du code pénal (art. R. 610-5 nouv. c. pén.). C'est ce que fait la Cour de cassation par ces trois arrêts, en relevant dans deux d'entre eux un moyen d'office, l'un pris de la violation de l'article 6 C.P.P. et l'autre de l'article 4 du code pénal.

B. – *La responsabilité pénale*

3. *Notion d'habitude*

Le délit d'habitude se rencontre généralement dans l'exercice illégal d'une activité professionnelle réglementée. On dit même que l'habitude commence à deux actes, peu important le temps séparant ces deux opérations. Mais ces deux actes doivent-ils intéresser deux personnes différentes ? Des membres d'un bureau d'études avaient effectué, pour le compte d'une seule société, différentes opérations de bornage et de division cadastrale, entrant dans les prévisions de la loi concernant les géomètres experts. Le premier juge avait relaxé mais la cour d'appel de Douai s'était prononcée dans un sens différent. Le condamné faisait valoir qu'il n'avait pas été constaté l'exercice d'une profession à titre habituel. Mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi par un arrêt du 8 décembre 1993 (*Bull. crim.* n° 379). Dès lors qu'il y avait eu des opérations distinctes, l'habitude était caractérisée. Peu importe donc que la pluralité d'actes concerne la même personne ou non.

4. *Falsification d'un produit*

Dans les faux, il y a plusieurs distinctions à effectuer (faux matériel, faux intellectuel...). L'arrêt de la Chambre criminelle du 15 décembre 1993 (*Bull. crim.* n° 392) invite aussi à distinguer le faux dans les documents et la falsification (altération des produits). En l'espèce, des viticulteurs avaient fait des déclarations de récolte inexactes. Lors du recensement physique des vins, il est apparu qu'une cuve renfermait une quantité de vin supérieure à celle déclarée. Les agents verbalisateurs ont considéré qu'il y avait eu falsification et mélange de vins. Mais, en réalité, aucune manipulation illicite n'était relevée, et la falsification avait été déduite des déclarations inexactes ou erronées. La Cour de cassation devait censurer l'arrêt de condamnation en rappelant que la falsification d'un produit implique le recours à une manipulation ou à un traitement illicite ou non conforme à la réglementation en vigueur, de nature à en altérer la constitution

physique. Le principe est juste : l'élément matériel d'une infraction ne peut être que strictement défini.

5. *Portée d'une transaction en matière douanière*

La Chambre criminelle avait jugé le 20 janvier 1992 (*Bull. n° 18*) que, en cas de transaction intervenue entre l'administration des douanes et une personne morale, il n'était plus possible de poursuivre le représentant légal de celle-ci. Puisque, par la transaction, le dommage causé à l'Etat est supposé être réparé, on ne comprendrait pas cet acharnement pénal qui aboutirait à punir deux fois pour le même agissement. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait dès lors estimé que la solution admise pour le représentant légal de la personne morale valait aussi pour le préposé de celle-ci. L'administration des Douanes contestait ce point de vue et forma un pourvoi qui a été rejeté par la Chambre criminelle le 13 décembre 1993 (*Bull. crim. n° 384*). Celle-ci énonce que des dispositions combinées des articles 6 du code de procédure pénale, 350 et 404 du code des douanes, il résulte que la transaction intervenue avec la personne morale responsable de son préposé met fin aux poursuites contre celui-ci. Il serait peut-être utile que le nouveau droit commun s'inspire de cette solution pour résoudre le cas des poursuites simultanées contre la personne morale et le dirigeant de celle-ci lorsque ce dernier n'est poursuivi qu'ès qualité, sans faute matérielle et intentionnelle précise qui puisse lui être imputée (cas de la responsabilité pénale du fait d'autrui).

C. - *Sanctions*

6. *Illégalité de la peine*

Plusieurs décisions de la Cour de cassation ont censuré des décisions des juges du fond ayant prononcé des peines sans texte précis.

Ainsi, par un arrêt du 15 décembre 1993 (*Bull. crim. n° 395*), la Cour de cassation déclare que la fermeture d'établissement ordonnée par un juge d'instruction sur le fondement de l'article 629-1 du code de la santé publique ne comporte aucune sanction. En revanche, celle décidée par le préfet ou le ministre de l'Intérieur est punissable d'un emprisonnement et d'amende si l'intéressé contrevient à la décision de fermeture.. L'article 629-2 du code de la santé publique est clair : il ne s'applique qu'aux décisions administratives. Le juge d'instruction n'est plus le personnage le plus puissant de France...

De même, un arrêt du 9 novembre 1993 (*Bull. crim. n° 332*) est amené à rappeler qu'en matière de publicité trompeuse jouent les peines de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905 (art. L. 213-1 du code de la consommation), mais non celles de l'article 7, de sorte que l'affichage de la décision aux portes du magasin est une peine illégale. Sans doute, le juge pourrait prescrire la publication de la décision ou la diffusion d'un message rectificatif, mais l'affichage, tout en étant une peine portant atteinte à la réputation, est une sanction autonome insusceptible d'être prononcée en matière de publicité trompeuse (cf. déjà. Crim. 19 juin 1979, *Bull. crim. n° 216*).

Enfin, la confiscation spéciale, que le nouveau code pénal développe, ne peut pas être prononcée comme peine complémentaire si la loi ne le dit pas. C'est ce que rappelle un arrêt du 17 novembre 1993 (*Bull. crim. n° 344*) rendu en matière de chasse. En l'espèce, les juges avaient prononcé, pour chasse en contravention des prescriptions d'un plan de chasse de grand gibier, outre une amende et un retrait du permis de chasser pour une durée de un an, la confiscation du trophée. Mais la haute juridiction a relevé que, si les articles L. 228-14 et 228-15 du code rural prévoient la confiscation des armes, gilets, engins, instruments de chasse ou de transport utilisés par les délinquants, en revanche,

aucun texte n'entraîne la confiscation du gibier tué en infraction de la loi (V. déjà Crim. 2 oct. 1986, *Bull.* n° 264).

Si larges que soient les pouvoirs du juge pour individualiser ou personnaliser la peine, ils comportent certaines limites que la Cour de cassation a heureusement rappelées.

7. Sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général

Pour abandon de famille, une personne avait été condamnée à un mois d'emprisonnement, cette sanction ayant été ultérieurement assortie d'un sursis avec l'obligation d'accomplir 40 heures de travail d'intérêt général. L'économie de ce système est de conjuguer les dispositions du sursis avec mise à l'épreuve avec le travail d'intérêt général. Tant que ce dernier n'est pas achevé, le condamné doit satisfaire à l'ensemble des mesures de contrôle édictées à l'article 61-19 du code de procédure pénale, et notamment répondre aux convocations du juge de l'application des peines et ne pas changer de résidence sans en informer préalablement le juge. Le condamné n'avait pas cru devoir satisfaire à ces obligations, et le juge avait saisi le tribunal, lequel avait ordonné l'exécution de la peine. Le condamné estimait que tant que le délai de dix-huit mois n'était pas achevé, il ne pouvait pas être exposé à un risque de révocation de son sursis. Une telle prétention devait être écartée par la Cour de cassation, le 13 décembre 1993 (*Bull. crim.* n° 386). Dès lors que l'intéressé ne satisfait pas aux obligations générales mises à sa charge, le tribunal peut être saisi pour ramener la peine à exécution. Il suffit que le manquement se situe dans la période de temps où le condamné est astreint aux obligations résultant de la mise à l'épreuve.

Infractions contre les personnes

Georges LEVASSEUR

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

1. *Meurtre. Circonstance aggravante*

Les sieurs S. et L. avaient été poursuivis comme coupables d'assassinat aggravé d'emploi d'actes de barbarie ; la cour d'assises de l'Hérault les avait reconnus coupables et condamnés chacun à vingt ans de réclusion.

Leur pourvoi en cassation portait notamment sur la rédaction de la question relative à la circonstance aggravante. Selon le pourvoi, la question était libellée en droit alors qu'elle aurait dû porter sur les faits susceptibles de recevoir « la qualification d'actes de barbarie ».

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi, estimant que « la cour et le jury ont été interrogés sur une circonstance de fait, dans les termes de la loi, laquelle ne définit pas les actes de barbarie ».

C'est une formule voisine que la Cour de cassation avait utilisée le 18 mai 1977 (*Bull.* n° 179) à propos d'une question relative au viol (crime que le code pénal ne définissait pas à l'époque), en ajoutant que la question avait été posée à la cour d'assises dans les termes de l'arrêt de renvoi (ce que le présent arrêt ne constate pas). Les mêmes arguments avaient été utilisés le 18 décembre 1980 (*Bull.* n° 356) où la question portait sur le fait « d'avoir soustrait ou tenté de soustraire à l'arrestation un criminel », l'arrêt constatant en même temps qu'une question peut être alternative sans pour autant être complexe.

Enfin, la même solution avait été adoptée dans un arrêt du 27 octobre 1983 (et non du 15 décembre comme indiqué à tort dans le *Bulletin* sous la présente espèce) rapporté au *Bulletin* n° 270. Là, la question portait sur la « détention d'armes et de munitions de première catégorie ».

On remarquera que l'expression « acte de barbarie » connaît un développement croissant. Notre vieux code pénal lui faisait une place dans l'article 303 qualifiant d'assassinat l'acte de tout malfaiteur utilisant pour l'exécution d'un crime des tortures ou commettant des « actes de barbarie » (on rattache traditionnellement cette formule à la répression des bandes de « chauffeurs », notamment dans la Drôme). La loi du 28 avril 1832 réformant l'article 344 du code pénal prévoyait la peine de mort lorsque les personnes arrêtées, détenues ou séquestrées avaient été soumises à des tortures corporelles (auxquelles les « actes de barbarie » étaient assimilés par l'article 303). La loi du 2 février 1981 avait rendu criminel l'emploi de tels moyens pour commettre des délits (art. 303, al. 2, du code pénal).

Peu auparavant, la loi du 23 décembre 1980 réformant le régime du viol en avait fait une circonstance aggravante (art. 333-1 code pénal) de cette infraction.

Le nouveau code pénal est allé plus loin. Il a fait des actes de barbarie (dont, pas plus que son prédécesseur, il ne donne une définition mais qu'il assimile lui aussi aux tortures) une circonstance permettant d'aggraver non pas la peine frappant l'infraction, mais la période de sûreté (art. 132-23, nouv. c. pén.) applicable à l'exécution de la condamnation, notamment lorsque la victime est un mineur de quinze ans (art. 221-3, al. 2 ; 221-4,

al. 2 ; 221-5, al. 4, nouv. c. pén.) ou lorsque cette circonstance a accompagné un acte terroriste (art. 421-4, al. 3, nouv. c. pén.).

D'autre part, le nouveau code pénal a érigé en infraction distincte le fait de soumettre une personne à des « actes de barbarie » (ou à des tortures). Il s'agit là d'un crime (quelles qu'aient été les circonstances de tels actes) faisant encourir une peine de quinze ans de réclusion criminelle (art. 222-1 nouv. c. pén.), durée portée à vingt ans si la victime est un mineur de quinze ans ou une personne particulièrement vulnérable ou si cette circonstance se joint à l'une des nombreuses circonstances prévues à l'article 222-3 du nouveau code pénal ; la durée peut même atteindre trente ans en cas d'agissements habituels (art. 222-4 nouv. c. pén.) ou si les agissements ont entraîné une infirmité permanente (art. 222-5) ; s'ils ont entraîné la mort sans intention de la donner, la réclusion criminelle à perpétuité est encourue (art. 222-6 nouv. c. pén.). Bien entendu, la période de sûreté se trouvera aggravée si la cour d'assises l'estime utile.

Notons, d'autre part, que « l'acte de barbarie » conserve son rôle de circonstance aggravante non seulement en matière de meurtre ou de viol, mais voit même ce rôle étendu à tout autre crime (art. 222-2). On peut voir dans cette extension d'une notion, qui paraissait autrefois archaïque, un effet de la Convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, que la France avait ratifiée puis publiée par le décret du 2 mai 1989.

2. Menace de mort

Après avoir blessé grièvement d'un coup de feu le sieur J., le sieur G. était revenu sur les lieux accompagné d'un comparse et, muni d'une arme de poing, avait menacé la dame L. qui avait été témoin du premier drame, la menaçant de mort et la sommant de garder le silence. Comment devait être qualifié cet ensemble de faits ? La Chambre d'accusation de Bordeaux avait renvoyé G. devant les assises sous l'accusation de tentative d'homicide volontaire et de délits connexes (en l'espèce : violences et voies de fait commises sur un témoin en vue de le déterminer à ne pas dénoncer les faits d'une part, menaces de mort commises sur un témoin en vue de ne pas dénoncer les faits, à ne pas porter plainte, à ne pas faire une déposition ou à faire une déposition mensongère, d'autre part).

Le pourvoi reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir retenu le même fait comme circonstance aggravante des menaces (art. 305 et s. de l'ancien c. pén.) et comme élément constitutif du délit de violences légères (art. 309, al. 2-4°, de l'ancien c. pén.).

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi le 15 décembre 1993 (*Bull. crim.* n° 389) en estimant que, pris sous leur plus haute acception pénale, les faits constituaient le délit de menaces verbales de mort avec ordre de remplir une condition (art. 305 de l'ancien c. pén. peine maximale de 3 ans), et que ce délit connexe au crime de tentative d'homicide justifiait le renvoi de son auteur devant la cour d'assises ; elle a ajouté, comme d'habitude, que cette dernière n'étant pas liée par les qualifications de l'arrêt de renvoi aurait l'occasion de caractériser, d'après le verdict qu'elle adopterait, les faits dont elle était saisie.

Il n'était pas douteux qu'il s'agissait d'une menace de mort (comp. sur ce point : *Crim.* 13 mars 1967, *Bull.* n° 97 et nos observations cette *Revue* 1967.661 ; Paris, 26 févr. 1973, *JCP* 1973.II.17408, note J.A. et nos observations cette *Revue* 1979.903, n° 4-1 ; *Crim.* 25 avr. 1990, *Dr. pén.* 1990, n° 289, observations Véron, et nos observations cette *Revue* 1991.81, n° 2 ; *Crim.* 21 févr. 1991, *Dr. pén.* 1991, n° 226, observations Véron et nos observations cette *Revue* 1991.761, n° 4). Sur les éléments constitutifs de cette infraction, V. : Vouin, *Droit pénal spécial*, 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 225 et s. ; Vitu, *Droit pénal spécial*, II, n° 1828 et s. ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., p. 201.

Le nouveau code pénal n'a pas sensiblement modifié la situation. L'article 222-18 punit de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 F d'amende la menace de mort faite *par quelque moyen que ce soit*, avec l'ordre de remplir une *condition* ; la peine encourue est donc aujourd'hui augmentée, quelle que soit la personne victime d'une telle menace (comp. art. 306, al. 3, c. pén.). D'autre part, la circonstance aggravante de concomitance du meurtre avec un délit est prévue dans des termes quasi identiques dans l'article 304, alinéa 2, du code pénal et dans l'article 221-2, alinéa 2, du nouveau code pénal. Cette circonstance ne serait pas davantage applicable aujourd'hui qu'elle ne l'était hier. Au contraire, la connexité entre le délit de menaces et la tentative d'homicide le précédant justifierait aujourd'hui encore le jugement de ce délit par la cour d'assises chargée de juger la tentative d'homicide.

3. Refus de porter secours. Lien avec l'obligation de dénoncer un délit

Nous avons commenté dans le précédent numéro de cette *Revue* (p. 334, n° 4-1-b) l'arrêt rendu le 17 novembre 1993 par la Chambre criminelle. On trouvera à la revue *Droit pénal* 1994, n° 58, les observations de notre collègue Véron sous cette décision. L'auteur remarque que les éléments constitutifs de l'infraction étaient bien réalisés car l'article 62, alinéa 2, de l'ancien code pénal n'exige pas que l'infraction non dénoncée, dont un mineur de quinze ans est victime, soit un crime.

Il insiste à bon droit sur le fait que, si la constitution de partie civile a été jugée recevable, c'est par l'effet du revirement de jurisprudence réalisé depuis 1972 à propos de l'article 63, alinéa 2, et dont M. Maron avait prévu l'extension dans ses observations à la revue *Droit pénal*, 1994, n° 26 et 52 sous des arrêts relatifs à la notion de préjudice direct. Le dernier de ces commentaires est particulièrement nourri de références sur la période qui a suivi 1970.

4. Non-représentation d'enfants

L'an dernier, dans le premier numéro de cette *Revue* (1993.104, n° 5), nous avons présenté le commentaire d'une demi-douzaine de décisions rendues au cours des années 1991 et 1992. Il convient de signaler que l'arrêt Crim. 24 juin 1992 a été annoté par J.-P. Doucet à la *Gazette du Palais* du 24 décembre 1992, p. 14, et que celui du 17 juin 1992 a fait l'objet de plusieurs commentaires, l'un par J.-P. Doucet à la même page de la *Gazette du Palais*, l'autre par Michel Véron, à la revue *Droit pénal*, 1993, n° 7.

Depuis lors, d'autres décisions ont été publiées, parmi lesquelles nous relevons les suivantes :

I. — Saisine du tribunal. Décision de justice inexécutée

Le 10 février 1993 (*Bull. crim.* n° 71), la Chambre criminelle a eu l'occasion d'insister sur l'importance de la décision civile inexécutée dans le régime applicable au délit de non-représentation d'enfants. L'arrêt conserve sa valeur en dépit de la mise en vigueur du nouveau code pénal, lequel n'innove pas sur ce point.

La cour d'appel de Lyon était saisie d'une poursuite contre la dame X. qui n'avait pas présenté son fils à son mari les deuxième et quatrième samedis du mois, notamment les 10 et 24 novembre 1990. La cour d'appel, constatant que la décision de justice méconnue, quoique rendue le 18 juillet 1990, n'avait été signifiée à Mme X. que le 18 mars 1991 et n'était donc pas exécutoire à la date des faits reprochés, avait néanmoins condamné la prévenue en observant que l'ordonnance du juge de la mise en état, en date du 1^{er} février 1990, contenait déjà la même obligation en ce qui concerne le droit de visite.

L'arrêt de Lyon a été cassé. Certes, l'ordonnance du 1^{er} février 1990 était bien exécutoire au moment des faits reprochés, mais ce n'était pas elle qui avait servi de base aux poursuites. Dans ces conditions, le tribunal, puis la cour, n'auraient pu être saisis valablement de ce manquement différent qu'autant que la dame X. eût consenti à être jugée sur ces faits (saisine par comparution volontaire, cf. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, 15^e éd., n° 659 ; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, tome II, 4^e éd. ; n°s 644-3° et 645, p. 744 et s. ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, n° 379, p. 594), ce qui n'était pas le cas (la Chambre criminelle observe même que « la prévenue avait refusé d'être jugée sur la base de ladite ordonnance »).

II. — Étendue des effets du relèvement de la perte provisoire de l'exercice de l'autorité parentale prévue à l'article 373-3° du code civil

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 29 septembre 1993 (*Bull.* n° 273) retiendra l'attention. On sait que, depuis la loi du 4 juin 1970, l'article 373 du code civil dispose : « Perd l'exercice de l'autorité parentale ou en est provisoirement privé, celui des père et mère qui se trouve dans l'un des cas suivants ; ... 3°) s'il a été condamné sous l'un des divers chefs d'abandon de famille ». Cette objection a déjà été opposée avec succès à des parents (généralement des pères) prétendant exercer le droit de visite alors qu'ils avaient été condamnés pour abandon de famille.

Mais la disposition en question continue ainsi : « tant qu'il n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins ». Le présent arrêt semble être le premier à avoir précisé l'étendue des effets de cette sorte de relèvement automatique.

Le sieur Y. avait été condamné pour abandon de famille le 26 juillet 1989. Au cours de la période du 26 mars au 27 septembre (donc pendant six mois), il avait opéré deux versements correspondant à l'intégralité de la pension alimentaire mise à sa charge pendant six mois ; par contre, ces versements n'épuisèrent pas la dette qu'il avait et il existait toujours un arriéré (dont le montant n'est pas précisé). Aussi son ex-épouse avait-elle refusé entre février 1990 et mars 1991 de lui laisser exercer le droit de visite sur sa fille, droit que lui avait accordé l'arrêt de divorce de la cour de Nancy du 5 mai 1988. Y. avait alors agi en non-représentation d'enfant contre sa femme la dame X. et la cour de Nancy, le 24 novembre 1992, avait condamné la prévenue ; le pourvoi de la dame X. a été rejeté par l'arrêt ici commenté. La Chambre criminelle a estimé que la cour d'appel avait justifié sa décision et que les dispositions de l'article 373 du code civil avaient été sainement interprétées ; le père défaillant avait recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins ; dans ces conditions, peu importait « les modalités d'exécution desdites obligations et même s'il existe un arriéré ».

Cette solution est bienveillante. Il faut en conclure que la loi n'exige pas que le parent défaillant se soit « mis en règle » ou « soit à jour » quant au paiement de la pension ; un geste de bonne volonté substantiel de sa part (six mois de pension) suffit, même si la somme n'a pas été versée mensuellement. On comprend un peu l'attitude de l'ancien conjoint ; il lui reste d'ailleurs la ressource de nouvelles poursuites en abandon de famille si les conditions légales sont réunies, afin de faire jouer à nouveau la déchéance. La solution adoptée nous semble bonne ; quels que soient les intérêts pécuniaires du créancier de la pension, il n'est pas bon de priver un père du contact avec ses enfants et encore moins de priver un enfant de tout contact avec son père.

III. — Résistance des enfants à l'exécution des mesures de garde

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 27 octobre 1993 (*Dr. pénal* 1994, n° 61, observations Véron) constitue une nouvelle pierre dans la construction jurisprudentielle que nous avons exposée en détail dans des observations précédentes (not. cette *Revue* 1993.105, n° 5.III).

Il s'agissait ici de deux enfants qui, après s'être soumis au droit de visite de leur père, n'avaient pas voulu retourner chez leur mère qui en avait la garde. On remarquera qu'il s'agissait d'un garçon de 17 ans et d'une fille de 12 ans. La cour d'appel avait constaté qu'il résultait des déclarations du prévenu, de ses écritures, et du registre de main-courante qu'il n'avait pas « usé de son autorité pour tenter de vaincre le refus de sa fille ». La Chambre criminelle a approuvé cette motivation, reproduisant ensuite sa formule habituelle (voir observations précitées) sur les « circonstances exceptionnelles » et constatant enfin « qu'il ne résulte d'aucune mention de l'arrêt attaqué, ni d'aucunes conclusions régulièrement déposées que le prévenu ait invoqué devant la cour d'appel la résistance de son fils ; dans ces conditions, le moyen invoqué faisant état de telles circonstances (notamment le fait que le concubin de leur mère aurait chassé les enfants) était mélangé de fait et de droit, et donc pour partie irrecevable.

On peut donc penser que la jurisprudence se départit difficilement de sa rigueur en cette matière, et même qu'un certain raffermissement se manifeste depuis 1990 (nos observations précitées).

5. Dénonciation calomnieuse

Le nouveau code pénal a apporté des modifications sensibles au régime répressif du délit de dénonciation calomnieuse. Néanmoins, la plupart des décisions publiées depuis nos dernières chroniques sur ce sujet (cette *Revue* 1990.570, n° 5-I, II-a et b) conservent en général leur autorité. Ces décisions sont assez nombreuses.

I. - L'existence d'une dénonciation spontanée, élément constitutif de l'infraction

L'article 373 de l'ancien code pénal exigeait une « dénonciation », notamment aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, ce qui impliquait une initiative spontanée (Crim. 9 mars 1889, *D.*1889.I.387 ; Crim. 23 déc. 1911, *Bull.* n° 619 ; Crim. 12 mars 1963, *Bull.* n° 114 ; Crim. 26 oct. 1969, *Bull.* n° 254 ; Crim. 5 mars 1974, *Bull.* n° 92 ; Crim. 9 janv. 1986, *D.*1986.I.R.194 ; Crim. 16 juin 1988, *Bull.* n° 275 et nos obs., cette *Revue* 1989, 509 n° 7) et non pas une déclaration provoquée sur l'initiative de la police ou de magistrats. L'article 226-10 du nouveau code pénal incrimine lui aussi la dénonciation, adressée aux mêmes personnes, et n'a sans doute pas voulu modifier la jurisprudence relative à l'exigence de la spontanéité du comportement. Cette jurisprudence s'était encore affirmée dans plusieurs décisions.

a) La cour de Douai, le 17 septembre 1992 (*Gaz. Pal.* 4 mai 1993, p. 16), a estimé que la spontanéité faisait défaut à la dénonciation faite à un juge d'instruction en réponse aux questions posées à l'intéressé relativement au crime qui lui était reproché ; cette dénonciation faite en réponse aux questions du juge et dans le cadre du système de défense de l'inculpé (comme on l'appelait alors) tendait à détourner de lui les soupçons. On dit parfois que le droit de mentir fait partie des droits de la défense, on peut se demander s'il en est de même du droit de lancer la justice sur de fausses pistes et de compromettre un innocent ; ce dernier n'aura alors que la ressource de la voie civile pour être indemnisé du préjudice qu'il aura subi de ce fait.

b) La Chambre criminelle, le 21 septembre 1993 (*Droit pénal* 1994, n° 7 observations Véron, non rapporté au *Bulletin*), a reconnu dépourvues de spontanéité des réponses faites par une mineure aux gendarmes qui l'interrogeaient après que le père de celle-ci les eut mis au courant des révélations de sa fille et leur eut demandé la marche à suivre ; ensuite de quoi les gendarmes avaient procédé à l'audition de la mineure, qui avait alors proféré certaines accusations. M. Véron rappelle la jurisprudence précédente et estime, comme nous-même, qu'elle ne se trouvera pas modifiée par l'application du nouveau code pénal.

II. — La fausseté des faits dénoncés, autre élément constitutif

La dénonciation punissable doit être « calomnieuse », ce qui implique la fausseté des faits dénoncés. L'article 226.10 du nouveau code pénal insiste sur ce point dans son alinéa 2 qui doit impliquer une heureuse modification de la jurisprudence. Précédemment, il était admis, avant la réforme du 8 octobre 1943 (validée par l'ordonnance du 28 juin 1945), au nom de l'autorité de la chose jugée, que la relaxe de la personne dénoncée ou la décision de non-lieu rendue en sa faveur établissait de façon irréfragable la fausseté des faits dénoncés (Crim. 20 déc. 1899, *D.*1899.1.458). Cette réforme a puni la dénonciation « aux personnes ayant le pouvoir de donner suite à la dénonciation ou de saisir l'autorité compétente », et même « aux supérieurs hiérarchiques ou employeurs », ce qui ouvrait la voie à la répression de telles dénonciations à l'autorité disciplinaire, qu'elle fût administrative ou professionnelle, à l'occasion de fautes n'ayant pas un caractère pénal. Or la réforme de 1943 a attaché à la décision de classement de l'autorité compétente (parquet ou autre) la présomption du caractère calomnieux de la dénonciation.

S'agissait-il de présomption absolue ou simplement relative ? La controverse a été vive sur ce point en doctrine et en jurisprudence. En faveur du caractère absolu : Rouen 19 mai 1948, *D.*1948.somm.35 ; Bordeaux 15 mai 1952, *D.*1952.512, obs. critiques Hugueney, cette *Revue* 1952.612, n° 5 ; Crim. 30 avril 1968, *Bull.* n° 131 ; Crim. 22 mai 1968, *Gaz. Pal.* 1968.2.221 ; Crim. 21 avril 1980, *Bull.* n° 112. En faveur du caractère relatif L. Hugueney, note *S.*1951.I.153 ; Brunet, *Gaz. Pal.* 1952.I.doctr.6 ; Hugueney, note cette *Revue*, 1954.548, n° 7 ; Vitu, obs. cette *Revue*, 1947, p. 505, 1957, p. 511 et 520 ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., n° 218 ; Levasseur, obs. cette *Revue* 1968.860, 1980.93, n° 5 ; Guyon, *JCP* 1965.I.1895 ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., p. 188-189 ; Vouin, 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 231-3° ; Issoudun, 17 mai 1951, *Gaz. Pal.* 8 juin 1952, obs. Hugueney, cette *Revue*, 1952.260 ; Caen, 10 mars 1954, *JCP*, 1954.II.8140 ; Mirecourt, 22 décembre 1953, *Gaz. Pal.* 23 avril 1954 ; Amiens, 24 novembre 1955, *Gaz. Pal.* 1956.I.252. Sur ce point, le nouveau code pénal a apporté une précision capitale, qui tranche la controverse. Après que l'alinéa 2 de l'article 226.10 eut attaché le caractère irréfragable aux décisions d'acquiescement, de relaxe et de non-lieu, son alinéa 3 ajoute, « en tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci ».

a) Cette réforme condamne la solution donnée par la Chambre criminelle le 23 juin 1992 (*Bull.* n° 249). Une lettre anonyme dont la dame V. était l'auteur avait avisé la dame S. (exploitant un salon de coiffure) que son employée la dame D. avait commis des vols au préjudice de sa patronne. La cour de Limoges avait constaté qu'en sa qualité d'employeur la dame S. avait compétence pour donner suite à la dénonciation et qu'elle n'avait cependant pris aucune sanction ; le congédiement de la dame D. intervenu quinze mois plus tard ne faisait état d'aucun vol ou acte de malhonnêteté. L'arrêt attaqué avait déduit de l'absence d'initiative quelconque à l'encontre de la dame D. en temps voulu que son employeur avait estimé les faits dénoncés mal fondés. Le pourvoi de la dame V. a été rejeté, les juges du fond ayant caractérisé les éléments du délit reproché « notamment en ce qui concerne la fausseté de la dénonciation ».

b) De même se trouve condamnée la solution donnée par la Chambre criminelle le 2 mars 1993 (*Dr. pén.* 1993, n° 156, observations Véron, non publié au *Bulletin*).

Une lettre au procureur général dénonçait le comportement du personnel d'un commissariat de police lors d'une garde à vue. Sans même procéder à un classement de la dénonciation, le procureur de la République poursuivait l'auteur de celle-ci en dénonciation calomnieuse, par voie de citation directe (comp. Crim. 22 déc. 1958, *Bull.* n° 765 et 15 janv. 1959, *Bull.* n° 46). L'arrêt attaqué, pour considérer que la fausseté des faits dénoncés était établie, avait affirmé que cela résultait du classement sans suite de la

dénonciation, classement implicite puisqu'il se déduisait de la décision de poursuite de l'auteur de celle-ci devant la juridiction répressive.

Une décision analogue avait déjà été rendue le 19 avril 1989 (*Bull.* n° 161, observations critiques Levasseur cette *Revue* 1989.745). M. Véron la rappelle et souligne que la mise en vigueur du nouveau code pénal doit « remettre quelque peu en question » cette « interprétation solidement établie ». La jurisprudence future en tirera les conséquences.

c) On peut douter, pour d'autres raisons, de l'autorité de l'arrêt du 19 juin 1991 (*Dr. pénal* 1992, n° 5, observations Véron, non publié au *Bulletin*).

Le sieur V. avait fait l'objet d'une dénonciation à la suite de laquelle il avait comparu devant les tribunaux, mais avait obtenu de la cour d'appel sa relaxe « au bénéfice du doute ». Quand il poursuivit en dénonciation calomnieuse ses accusateurs, ceux-ci furent relaxés successivement en première instance et en appel parce que « l'autorité compétente n'avait pas constaté la fausseté des faits dénoncés ». Le plus surprenant est sans doute que le pourvoi de V. avait été rejeté par la Chambre criminelle.

Le commentaire de M. Véron constate d'abord que ce rejet est « très succinctement motivé » et « reproche seulement au pourvoi de remettre en question des éléments de preuve soumis à l'appréciation souveraine des juges de fond ». Il s'étonne ensuite de la distinction ainsi faite entre la relaxe pure et simple et la relaxe au bénéfice du doute, que l'article 373, alinéa 3, du code pénal ne justifiait nullement (aussi bien une décision ultérieure de la Chambre criminelle (ci-dessous exposée en § e) a-t-elle condamné cette distinction. A plus forte raison doit-il en être ainsi depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal (V. art. 226.10, al. 2, préc.).

d) Au contraire, l'arrêt du 20 novembre 1991 (*Dr. pénal* 1992, n° 92, observations Véron, non publié au *Bulletin*) peut présenter encore un intérêt.

Le sieur A. avait adressé au directeur d'un hôpital, une dénonciation contre le sieur B., agent hospitalier qui serait entré dans l'établissement « totalement ivre ». Poursuivi pour dénonciation calomnieuse, A. avait été condamné par la cour de Poitiers.

La Chambre criminelle a cassé cette décision ; en effet, il ne résultait pas des constatations et énonciations de l'arrêt attaqué « que l'autorité compétente pour donner suite à la dénonciation ait, après enquête, décidé de la classer ». *A fortiori* en serait-il de même aujourd'hui où, même après enquête et classement de l'autorité, il appartiendrait au tribunal saisi « d'apprécier la pertinence » des accusations portées par le dénonciateur.

e) L'affaire jugée le 16 novembre 1993 (*Bull.* n° 340) portait sur des faits rappelant l'espèce commentée ci-dessus en c) ; on peut même penser (car l'arrêt précédent était invoqué dans le pourvoi et l'avait sans doute été devant les juges du fond) que la Chambre criminelle a saisi l'occasion d'abandonner une opinion à laquelle elle n'avait pas donné la publication habituelle.

Le sieur L. était poursuivi en dénonciation calomnieuse par le sieur B. Il faut dire que L. avait commencé par porter plainte contre B. pour violences volontaires. Mais le tribunal d'Evry avait relevé l'existence d'un « très large doute ». Sur appel, la cour de Paris avait prononcé la relaxe, estimant que la fausseté des faits dénoncés n'était pas établie « lorsqu'une décision de relaxe intervient en ces termes ».

Le pourvoi formé par B., partie civile dans la poursuite en dénonciation calomnieuse, voyait dans cette formulation une violation de l'article 5 du code civil, ce qui a amené la Chambre criminelle à affirmer en chapeau « qu'il est de principe que la juridiction correctionnelle saisie d'une poursuite en dénonciation calomnieuse est sans qualité pour déclarer la vérité ou la fausseté des faits dénoncés ». Elle a donc cassé l'arrêt attaqué,

estimant qu'il appartenait seulement à la cour « de rechercher si, au moment de la dénonciation, le prévenu connaissait ou non la fausseté des faits dénoncés ».

Cette dernière formule reste parfaitement valable ainsi qu'on le verra dans les espèces examinées *infra* en III ; au contraire, le chapeau se trouve aujourd'hui en contradiction avec l'alinéa 3 de l'article 226.10 du nouveau code pénal qui confie au tribunal le soin « d'apprécier la pertinence des accusations portées contre le dénonciateur » et ce « en tout autre cas que ceux de l'alinéa précédent (où la fausseté des faits résulte de la décision définitive d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée).

Les termes de l'article 226.10 du nouveau code pénal, pas plus que ceux de l'article 373 du code pénal, ne permettent donc d'attribuer des effets différents à une décision de relaxe, que celle-ci soit pure et simple ou au bénéfice du doute.

III. — Connaissance de la fausseté des faits par le dénonciateur

C'est l'élément moral de l'infraction, dont l'arrêt précédent souligne la nécessité. Cette connaissance, même imparfaite, peut établir la mauvaise foi du dénonciateur, laquelle est indispensable à la constatation du délit (Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e éd., VI, n° 2334 ; Garçon, *Code pénal annoté* 2^e éd. par Rousselet, Patin et Ancel, art. 373, n° 203 et s. ; Vouin, 6^e éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 230-1° ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., p. 188 ; Vitu, *Droit pénal spécial*, I, n° 519 ; *adde* nos obs. cette *Revue*, 1976.976, 1984.77, n° 6-I).

L'article 226.10, alinéa I, du nouveau code pénal en a consacré la nécessité, « fait de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et *que l'on sait totalement ou partiellement inexact* » (par cette dernière formule, le nouveau texte a voulu confirmer la jurisprudence précédente).

Il est de tradition que l'appréciation de cette connaissance de l'inexactitude au moment même de la dénonciation relève du pouvoir souverain du juge du fond. Cette règle a été rappelée par plusieurs décisions récentes.

a) Le 19 février 1992 (*Dr. pénal* 1992, n° 253, observations Véron, *Gaz. Pal.* 24 déc. 1992, non publié au *Bulletin*), la Chambre criminelle l'a affirmé de façon particulièrement nette en approuvant l'analyse minutieuse qu'avait faite de la bonne foi du prévenu (lequel avait adressé une lettre aux commissaires aux comptes) la cour de Versailles qui avait relaxé le prétendu dénonciateur.

b) Il en fut de même par l'arrêt du 23 juin 1992, précité (*supra* II-a).

c). La décision du 9 octobre 1991 (*Dr. pénal* 1992, n° 62, observations Véron) a cassé un arrêt de la cour de Paris qui avait constaté le caractère spontané de la dénonciation et la fausseté des faits imputés (dérivant d'une ordonnance de non-lieu), mais avait omis de rechercher « la mauvaise foi exigée par l'article 373 du code pénal, qui implique que le dénonciateur connaisse, au jour de la dénonciation, la fausseté du fait qu'il impute à autrui ». M. Véron rappelle qu'à défaut de preuve de la mauvaise foi la relaxe s'impose (Crim. 22 déc. 1958, *Bull.* n° 765 ; Crim. 9 janv. 1990, *Dr. pénal* 1990, n° 128 ; Crim. 22 juin 1982, *Bull.* n° 167 ; Crim. 7 janv. 1987, *Bull.* n° 5) et que les juges du fond apprécient souverainement cet élément s'ils motivent suffisamment leur décision.

d) L'arrêt précité (*supra* II-b) du 2 mars 1993 (*Dr. pénal* 1993, n° 156, observations Véron) a pris soin justement de souligner la motivation de l'arrêt attaqué à l'appui de son appréciation positive. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait précisé « que le demandeur avait eu connaissance du déroulement réel de la procédure, tant par son dernier appel au substitut de permanence que par les informations obtenues de la personne gardée à vue, le soir même de sa sortie du commissariat », et en avait déduit que « les

termes employés par le prévenu constituent une dénaturation complète des faits qui lui est entièrement imputable, réalisée dans l'intention de nuire aux policiers ».

e) Le 2 juillet 1992 (*Dr. pénal* 1993, n° 63, observations Véron), la Chambre criminelle a approuvé la cour de Paris d'avoir relaxé le sieur T., directeur d'une agence immobilière, à qui il était reproché d'avoir adressé une lettre à la Chambre départementale des notaires mettant en cause un des membres de celle-ci, à propos de la vente d'un immeuble de sa femme. En l'espèce, l'arrêt attaqué avait justifié l'absence de mauvaise foi du prévenu, en dépit de la fausseté des faits dénoncés (le prévenu espérait que l'intervention de la Chambre des notaires « pourrait l'aider à rentrer dans ses fonds »).

f) Rappelons enfin que l'arrêt précité (*supra* II-e) du 16 novembre 1993 (*Bull.* n° 340) a cassé un arrêt de la cour de Paris relaxant le sieur L. parce que la personne qu'il avait dénoncée avait été relaxée au bénéfice du doute ; la Chambre criminelle soulignait que l'arrêt qui avait commis cette erreur aurait dû « rechercher si le prévenu, au moment de sa dénonciation, connaissait ou non la fausseté des faits dénoncés ».

6. Dénonciation calomnieuse commise par une personne morale

Il y a près de vingt ans, nous avons signalé (cette *Revue* 1975.1022, n° 4-II) l'arrêt de la Chambre criminelle du 6 février 1975 (*Bull.* n° 43) qui avait constaté qu'une personne poursuivie en diffamation par un syndicat ne pouvait, après avoir obtenu sa relaxe, agir en dénonciation calomnieuse contre ce même syndicat, à raison de l'irresponsabilité pénale des personnes morales.

La même solution a été encore affirmée par la Chambre criminelle le 25 novembre 1992 (*Bull. crim.* n° 390, *Dr. pénal* 1993, n° 105, observations Véron ; *Gaz. Pal.* 4 mai 1993, p. 15, observations Doucet ; *JCP*.1993.IV.599). La dame B. avait adressé, à des conseillers municipaux et à diverses personnalités politiques, des lettres affirmant que la façon dont la Société d'Exploitation des Maisons d'Accueil Spécialisées gérât des hospices d'infirmités et de vieillards était contraire aux dispositions du code du travail et du code de déontologie médicale. Cette dénonciation était restée sans suite, mais la SEMACS avait riposté par une citation directe en dénonciation calomnieuse que la cour de Paris avait déclarée « irrecevable », relevant que « la SEMACS étant personne morale n'était pas susceptible d'être sanctionnée ».

Sur pourvoi de la SEMACS, la Chambre criminelle reconnaît que « ce motif est justement critiqué par la demanderesse », mais n'en rejette pas moins le pourvoi car « l'action de la partie civile ne pouvait cependant qu'être déclarée irrecevable dès lors qu'il résulte des termes de l'article 373 du code pénal que seul un individu, personne physique, peut être victime du délit de dénonciation calomnieuse prévu par ce texte ».

Précisément, le nouveau code pénal a désormais modifié cette situation, mettant fin à cette « impunité difficilement tolérable » que dénonçaient nos observations de 1975. En effet, l'article 226-12 affirme que « les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, de l'infraction définie à l'article 226-10 » ; il énumère d'autre part les peines encourues à cette occasion.

Infractions contre les biens

Pierre BOUZAT

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

1. *Escroquerie par emploi de manœuvres frauduleuses. Contrefaçon. Imitation trompeuse d'une marque sans l'autorisation de son propriétaire. Publicité mensongère ou de nature à induire en erreur.*

De nombreuses entreprises, commerçants, établissements bancaires français, la plupart abonnés au Télex et figurant dans l'annuaire des Télécommunications, reçurent, courant 1987 et 1988, des fausses factures de 2 997 F expédiées de Lausanne, émanant d'une société Telex Service Corporation, société de droit panaméen et libérien ayant une boîte postale à Zurich, mais qui faisait transmettre son courrier en Autriche alors que les fonds étaient reversés au Liechtenstein. Ces fausses factures qui n'étaient en réalité qu'une offre d'insertion d'une publicité dans un annuaire de Télex, qui n'avait jamais été édité, montraient une similitude parfaite et trompeuse avec les factures officielles du service des Télécommunications de France par le format, la couleur, la présentation, le contenu et le logo et laissaient croire qu'une redevance était due par le destinataire. Si certains établissements se sont aperçus de la supercherie, d'autres ont effectué un règlement par chèque expédié à Zurich. Selon les résultats de l'enquête effectuée par la BNP (service des chèques destinés à l'étranger), ce sont des paiements d'un montant de 1 942 736 francs qui auraient été faits au profit de Telex Service à Zurich. On nous permettra de nous étonner qu'il y ait eu des comptables (ils devaient vraiment être très pressés !) pour donner sans sourciller l'autorisation de payer une facture de télex de 2 997 F, alors qu'une lecture patiente du document leur aurait permis de découvrir la fraude. Décidément, le monde des affaires réserve toujours des surprises ! C'est pourquoi nous avons retenu pour notre chronique celle que nous venons de décrire.

Dans un excellent jugement rendu le 14 octobre 1993, les juges¹ ont minutieusement et parfaitement décrit les infractions et le rôle des quatre prévenus dans les machinations.

A. — *Sur la constitution des délits, le tribunal déclare :*

Il est démontré que le logo des Télécommunications a été contrefait, marque régulièrement déposée le 4 mai 1987, composée de la dénomination France Telecom International et de la reproduction d'un téléphone avec clavier et combiné. La publicité mensongère résulte de l'envoi de ces fausses factures de Télécommunications induisant en erreur le destinataire sur la prestation de service. Cet envoi de documents mensongers et contrefaits constitue les manœuvres frauduleuses qui ont persuadé les victimes qu'elles allaient obtenir une inscription dans un annuaire télex, qu'elles étaient redevables d'une certaine somme et qu'ainsi elles ont remis des fonds à TSC sans aucune contrepartie. Le tribunal déclare alors établies les infractions dont nous avons donné la liste dans l'en-tête de notre exposé.

1. Nous remercions vivement Mme A.M. Poncelle, vice-président du tribunal de Paris d'avoir eu l'amabilité de nous le communiquer.

B. — *Sur l'imputabilité, le tribunal déclare :*

a) M. K. apparaît comme le responsable de TSC et de nombreuses sociétés d'éditions d'annuaires ; il est à l'origine de la création de TSC, le commanditaire de l'opération d'édition et de diffusion des documents trompeurs. Les sommes provenant du paiement des factures faisaient l'objet de virements au Liechtenstein sur son ordre. M. L. aurait donné également de nombreuses instructions à M. F. sur la gestion courante de TSC.

b) M. F., qui a géré pour le compte de M. K. « TSC », a eu un rôle très important qui ne pouvait le laisser dans l'ignorance de cette activité délictuelle à laquelle il a pleinement participé : constitution de sociétés, procurations sur les comptes, domiciliation et traitement du courrier, ouverture de plis faisant apparaître des réclamations de destinataires, connaissance du libellé et de la présentation des factures, encaissement des règlements et transferts sur des comptes au Liechtenstein. En tant que gestionnaire de TSC, il lui appartenait sans aucun doute de faire imprimer et diffuser les factures ; il convient de préciser qu'il connaissait bien M. K. qui l'avait mandaté pour gérer d'autres sociétés d'éditions d'annuaires, et qu'il est pour le moins curieux qu'il prétende ne pas disposer d'éléments précis sur les annuaires Télex qui devaient faire l'objet d'expéditions.

c) Le rôle réel de M. L. reste confus. Bien que connaissant MM. K., F. et l'objet social de TSC, ayant été lui-même fiduciaire de M. K. pour plusieurs sociétés d'éditions d'annuaires, un doute subsiste sur la participation effective de M. L. dans la présente affaire à la réalisation et diffusion des fausses factures, à l'encaissement et au reversement des sommes perçues, c'est-à-dire à la commission des actes délictuels qui lui sont reprochés. Il bénéficiera en conséquence d'une relaxe.

C. — *Sur la peine*, le tribunal, ayant constaté qu'il s'agit de faits graves qui méritent une sanction sévère compte tenu de l'ampleur de l'escroquerie, déclare justement que des peines d'emprisonnement et d'amende significatives seront prononcées à l'encontre de MM. K. et F., assorties d'un mandat d'arrêt s'agissant des deux prévenus qui n'ont pas comparu à l'audience et se sont soustraits à l'action de la justice et, allant au-delà des réquisitions du ministère public, inflige à M. K. trente mois de prison et 500 000 F d'amende, à M. F. deux ans de prison et 300 000 F d'amende. Ce n'est pas trop sévère vu la gravité des faits, et peut-être plus encore, vu le tempérament dangereux que manifesta la très grande ingéniosité des coupables.

2. *Abus de confiance. Vente à tempérament*

Si le louage de choses est un des contrats énumérés limitativement par l'article 408 du code pénal, la vente en général ne l'est pas et, par conséquent, la vente à tempérament, en particulier, ne peut conduire à un abus de confiance. D'où l'intérêt de la distinction entre le louage et la vente à tempérament. De nombreux contractants, pour se munir de la garantie que constitue la menace d'une inculpation pour abus de confiance, essayent de qualifier autrement une vente à tempérament, en faisant appel, notamment, à la qualification de location-vente. En effet, dans ce dernier contrat, la personne reçoit l'objet au titre d'un louage, moyennant des versements périodiques qui ne sont que des loyers ; seul le dernier versement transformera la location en vente : jusque-là, le locataire est seulement un locataire et n'acquiert pas la propriété ; par conséquent, s'il dissipe ou détourne la chose reçue au titre, cette fois, d'un louage, il commet alors un abus de confiance. Mais on sait que les tribunaux, lorsqu'ils pressentent une fraude, essayent de restituer à la convention son véritable caractère juridique et ils analysent le contrat suspect comme étant en réalité une vente, les prétendus loyers étant des fractions du prix de vente. Cette pratique de requalification vient d'être approuvée à nouveau par la Chambre criminelle (9 août 1993, *Gaz. Pal.* 21-23 nov. 1993, p. 9 et *Dr. pén.* 1994, n° 8 comm. Véron.). Dans son arrêt, la cour suprême rappelle d'abord le grand principe général que la détermination par les juges du fond de la nature du contrat en vertu

duquel la chose a été remise échappe au contrôle de la Cour de cassation, lorsque cette détermination résulte, non d'une dénaturation du contrat invoqué, mais d'une interprétation de ses clauses, fondée sur une appréciation souveraine de la volonté des parties. Puis, adoptant les considérations de l'arrêt rendu par la cour de Rouen, le 4 juin 1992, elle expose qu'en l'espèce, où la partie civile avait donné en location avec promesse de vente une voiture automobile au prévenu, pour relaxer ce dernier qui ne l'avait ni payée ni restituée, l'arrêt a pu relever qu'aux termes du contrat souscrit il est prévu, lors de la remise du véhicule, le versement d'un pourcentage du prix, soit 3 % à titre de dépôt de garantie, puis le règlement de soixante loyers mensuels de 2,5 % chacun et, à l'issue de cette période, pour la réalisation de l'option d'achat, le paiement du solde du prix du véhicule soit 3 %. Elle ajoute que les pourcentages ainsi définis étaient sensiblement équivalents les uns aux autres, et qu'il serait difficilement compréhensible qu'après soixante mois le souscripteur préfère restituer le véhicule dont il a déjà payé la totalité du prix pour réclamer la restitution d'une somme dérisoire. Elle conclut que le prétendu contrat de location passé entre les parties s'analyse en réalité en un contrat de vente à tempérament n'entrant pas dans les prévisions de l'article 408 du code pénal.

On approuvera cette jurisprudence maintenant bien établie ; les lois pénales sont d'interprétation stricte.

3. Chantage

Après avoir eu des relations sexuelles avec une femme totalement inconsciente, M. X. avait pris des photos impudiques en profitant de cette inconscience ; puis, poussant le cynisme jusqu'au bout, il menaça sa victime de les publier si elle ne lui prêtait pas de l'argent. Il fut condamné pour attentat à la pudeur et chantage à cinq ans d'emprisonnement dont un avec sursis. Il se pourvut devant la cour suprême pour contester ces deux incriminations. (Au passage, on peut se demander pourquoi il a contesté l'incrimination d'attentat à la pudeur car, vu la sévérité actuelle de la jurisprudence en matière de viol, il semble que, si la pénétration sexuelle avait été prouvée ce que nous ignorons, l'incrimination de viol était tout à fait possible. Laissons cette question de côté car elle n'est pas du ressort de notre chronique.) La cour suprême, dans un arrêt du 17 novembre 1993 (*R. dr. pén.* n° 62, comm. Véron), ne s'est pas d'ailleurs arrêtée à l'incrimination d'attentat à la pudeur. Elle s'est prononcée seulement sur un argument présenté pour contester le chantage, argument qui méritait d'être examiné.

En effet, il était prouvé que M. X. avait seulement indiqué à la victime qu'il lui demanderait de verser une somme d'argent, mais sans en avoir précisé le montant, et que le recours de la victime à la police avait interrompu prématurément le processus de chantage. La Chambre criminelle, adoptant les positions tant des juges d'instance que de la cour d'Aix-en-Provence, déclare que « le chantage se trouve constitué alors même que le montant des fonds réclamés n'aurait pas été précisé ». On approuvera cette décision car l'article 400, alinéa 2, incrimine le fait d'extorquer « la remise de fonds », sans autre précision.

On remarquera que, du fait de l'intervention de la police interrompant le processus délictueux il y avait peut-être seulement tentative de chantage, mais l'article 400, alinéa 2, incrimine formellement cette tentative.

4. Recel de choses

Nous avons exposé dans une précédente chronique (V. cette *Revue* 1994, p. 340) que la jurisprudence, et spécialement celle de la Cour de cassation, adopte de plus en plus pour la preuve de l'élément intentionnel du recel simple un système de preuves fondé sur des présomptions tirées des éléments de fait de la cause. Un arrêt de la Chambre

criminelle du 26 juillet 1993 (*Dr. pén.* n° 258, comm. Véron) montre qu'elle étend maintenant ce système au recel aggravé.

Pour bien saisir la difficulté que posait aujourd'hui l'affaire rapportée, il faut se rappeler que, si pour le recel simple il n'est pas nécessaire d'établir que le prévenu connaissait la qualification exacte de l'infraction ayant permis de se procurer les choses ensuite recelées ou l'identité de son auteur, lorsqu'il s'agit d'un recel aggravé puni de peines d'une durée supérieure à celle encourue pour le recel simple, les textes (art. 461 ancien et art. 321-4 nouveau) subordonnent la condamnation du receleur à sa connaissance de l'infraction d'origine ou des circonstances aggravantes attachées à cette infraction. Dans l'affaire aujourd'hui rapportée, il s'agissait d'un recel aggravé, les objets recelés provenant d'un vol commis à l'aide de violences ayant entraîné la mort. Pour justifier l'inculpation de recel aggravé et renvoyer le receleur en cour d'assises, la chambre d'accusation s'était basée sur un argument convaincant : les inculpés étaient encore en possession d'une partie des bijoux volés plus d'un mois après que les faits eurent été rendus publics par la presse. Elle estimait que ces circonstances constituaient une présomption irréfutable. La Cour de cassation lui a très justement donné raison.

5. *Banqueroute par détournement d'actif*

La cour de Nîmes, le 26 juin 1992 (*JCP* 1993.IV.2556) avait mis en état de cessation des paiements un dirigeant d'une société anonyme qui avait reconnu avoir prélevé à diverses reprises des granulats entreposés dans l'enceinte d'une carrière en prétendant, sans le justifier, qu'ils lui appartenaient. Elle avait repoussé un moyen de défense du prévenu qui prétendait se prévaloir de l'existence d'une « union économique » entre les deux sociétés. La Cour lui a répondu que la procédure collective concernant l'une d'entre elles lui restituant, dans l'intérêt des créanciers, son indépendance économique et financière donnait une base légale à sa décision de le déclarer coupable de banqueroute. Le prévenu n'avait fait que se prévaloir de la « fameuse notion de groupe » qui constitue souvent maintenant un moyen de style, spécialement en matière d'abus de biens sociaux. Les tribunaux résistent vigoureusement à l'emploi de ce moyen (*V. not. notre chronique dans cette Revue* 1992, p. 321).

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 20 juillet 1993 (*POD. rég. au JCP*), a très légitimement rejeté le pourvoi contre l'arrêt de Nîmes.

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. « *Paris vaut bien un mariage !* »... *Sanction et prévention d'une fraude de plus en plus combattue : mariages simulés dans le seul but de régulariser la situation du conjoint au regard de la police des étrangers.*

Etranger (entrée et séjour irréguliers en France, fourniture d'aide).

Faux spéciaux (obtention induite de titre de séjour par un étranger).

Fraude à la loi (mariage simulé).

Question préjudicielle (validité du mariage. Non-).

D'une part constitue *la prise de fausse qualité* au sens de l'article 154 du code pénal le fait pour un étranger de se prévaloir, en vue de la délivrance d'un titre de séjour, de la qualité de conjoint d'un ressortissant français alors que l'union contractée n'est qu'un mariage simulé.

D'autre part fournit *une aide de nature à faciliter le séjour irrégulier* d'un étranger sur le territoire national (délit prévu par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la police des étrangers) la Française complaisante qui, en connaissance de cause, s'est prêtée à ce simulacre de mariage.

Telles sont les deux solutions qu'affirme en toute clarté la Chambre criminelle par ses arrêts en date du 4 novembre 1992 (aff. *Kazim Inal*, *Bull. crim.* n° 357, *Dr. pénal* 1993, comm. 59, obs. M. Véron ; *Gaz. Pal.* 19/20 mars 1993, note J.-P. Doucet ; *RTD civ.* 1993, 329, obs. J. Hauser ; obs. P. Bouzat, cette *Revue* 1994, 115, n° 5 – le marié était de nationalité turque –) et du 18 mai 1993 (aff. *Moustaid Abdelilah*, *Bull. crim.* n° 185, le marié était marocain).

Cette double précision donnée par ces décisions de la Cour de cassation nous renvoie à des faits divers que nous rapportent de plus en plus fréquemment les médias ces dernières années : des étrangers épousent des Françaises uniquement dans le but, ici, d'acquérir la nationalité de son conjoint ; là, d'obtenir une carte de résident, ailleurs pour poursuivre des études en France et échapper à une mesure d'expulsion...

Dans de nombreux cas, la fraude est organisée par des agences fournissant, moyennant finance, l'épouse complaisante, les faux témoins, voire l'assistance d'employés de l'état civil (cf. J. Hauser, *ibid.* Rapp. : *Crim.* 26 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 40 ; *Gaz. Pal.* 9-10 févr. 1994). Des tarifs existent comportant des options : voyage de l'immigré inclus ou non, divorce subséquent compris ou non. Les forfaits varient entre 10 000 et 70 000 F. Un marché prospère se développe ainsi, stimulé au besoin par la publicité (cf. pour des annonces parues dans le journal *Libération* : *Crim.* 25 mars 1980, *Bull. crim.* n° 102).

Il y a peu, le *Courrier de la Chancellerie* (1992, n° 10) soulignait l'accélération inquiétante du phénomène : le parquet du tribunal de grande instance de Créteil, qui avait eu à traiter de 10 mariages « mixtes » suspectés de complaisance en 1989, a réglé 49 dossiers en 1990 et 65 en 1991. Cette même année, au niveau du tribunal de grande instance de Paris, 2 000 procédures ont été ouvertes qui ont donné lieu à 409 oppositions à la célébration de ces mariages de complaisance.

La prise de conscience de l'importance de la fraude à la loi (celle du mariage, de la nationalité, de la police des étrangers...) a conduit les autorités, aussi bien judiciaires, administratives que législatives, à intervenir pour lutter contre ce fléau préoccupant au plan national (cf. de nombreuses questions écrites : *JO Sénat Q*, 14 juin 1990, n° 8753 et 31 déc. 1992, n° 23.146, in *JCP* 1990.IV.311 et 1993.V.33) comme au plan européen (cf. pour une condamnation de cette fraude par la Cour européenne des droits de l'homme : aff. *Abdulaziz c/ Royaume-Uni*, 25 mai 1985, *Petites affiches*, 11 nov. 1992, p. 14-15). Sans doute des sanctions pénales, comme en témoignent les deux arrêts de la Chambre criminelle rapportés et que nous nous proposons d'analyser, sont-elles susceptibles d'être mises en œuvre ainsi que d'autres, mais les difficultés qu'engendre leur application (I) invitent à s'intéresser à la *prévention* (II).

I. – Des **sanctions multiples** mais génératrices de difficultés

Que des sanctions pénales ou administratives soient susceptibles d'intervenir dans le cas où la nullité du mariage simulé a été constatée par la juridiction civile ne fait pas problème : de telles sanctions ne sont alors que la conséquence obligée de la fraude officiellement constatée.

Mais les difficultés ne peuvent manquer d'apparaître si ces sanctions pénales et administratives sont prises avant même que la nullité de l'union litigieuse ne soit constatée par le juge civil. Que se passera-t-il si ce dernier ne déclare pas le mariage nul ? Les sanctions intervenues, et dont certaines sont particulièrement redoutées (songeons par exemple à l'expulsion), constitueront autant d'injustices manifestes. Telle est bien l'objection principale qui, *a priori*, peut être adressée à la jurisprudence contemporaine qui, pour des raisons de célérité et d'efficacité évidentes, admet la possibilité de telles sanctions pénales (A) ou administratives (B) sans avoir à attendre que la juridiction civile ait statué sur la validité du mariage « mixte » suspecté de fraude.

A. – Sanction pénale : elle résultera, le plus souvent, de la poursuite engagée contre le conjoint étranger qui demandera à l'autorité administrative, fort du mariage célébré, une carte de résident et, en attendant l'établissement de celle-ci, un récépissé valant autorisation provisoire de séjour.

Si des doutes sérieux existent quant à l'authenticité du mariage, le parquet poursuivra sur le fondement de l'article 154 du code pénal (rapp. art. 441-6 nouv. c. pén.) qui sanctionne d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement quiconque se sera fait délivrer ou tenté de se faire délivrer indûment un document administratif tel que certificat, carte, passeport... (cf. liste figurant in art. 153 c. pén.) « soit en faisant de fausses déclarations, soit en prenant un faux nom ou une fausse qualité... » C'est la *prise de fausse qualité* (celle de conjoint) qui sera mise en avant par le ministère public pour justifier la poursuite : le fait pour le prévenu de se prévaloir de celle-ci, alors qu'il sait qu'il n'y a pas eu de mariage réel mais simple simulacre, caractériserait l'infraction.

La thèse répressive ainsi résumée n'est pas pleinement décisive. On en voudra pour preuve la relaxe que la cour d'appel avait prononcée dans la première affaire citée (aff. *Kazim/Inal*) : celle-ci avait refusé d'entrer en condamnations en faisant valoir que « tant que le mariage subsiste, le fait de se dire marié ne peut constituer ni une fausse déclaration ni la prise d'une fausse qualité, même si ce mariage n'a été conclu qu'en vue de la délivrance d'un titre de séjour ».

L'argument a pour lui le bon sens et pourrait, du point de vue juridique, se fonder sur la théorie classique de l'apparence. Mais il reste fragile : le retenir conduirait à soutenir que, en la matière, le juge pénal serait obligé de surseoir à statuer tant que la juridiction civile n'aurait pas constaté la nullité effective du mariage. Or on sait qu'il n'y a de question préjudicielle dans le domaine pénal que dans les seuls cas prévus par la loi ; et ne figure pas dans ceux-ci celui de la nullité du mariage (art. 384 c. pén.). Sans doute certaines décisions à l'occasion de poursuites du chef de bigamie (et, hier, du chef d'adultère) ont-elles admis que la question soulevée à propos de la validité du mariage du prévenu obligeait le juge pénal à surseoir à statuer en attendant la décision civile. Mais cette jurisprudence est unanimement condamnée (cf. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 15^e éd. n° 439 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 7^e éd. n° 85 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, Cujas, 4^e éd. n° 598). Elle est contraire à la loi, contraire au principe de légalité qui régit la procédure pénale, contraire à la règle « le juge de l'action est le juge de l'exception » dont l'importance en matière pénale est plus fondamentale qu'ailleurs eu égard aux nécessités de la répression qui ne peut souffrir de lenteurs.

C'est cette règle que la Chambre criminelle va mettre en œuvre de façon explicite dans la deuxième espèce rapportée (aff. *Moustaid Abdelilah*) : « la validité de son mariage avec un ressortissant français ne constitue pas une exception préjudicielle au jugement d'un étranger poursuivi pour obtention induue de document administratif ». Conséquence de cette solution, la Cour de cassation approuve la double condamnation intervenue à l'occasion de la première espèce : dès lors que, de l'aveu même des intéressés, le mariage n'avait été organisé qu'en vue d'obtenir la délivrance d'un titre de séjour au profit du conjoint étranger, *le fait de se dire marié constituait pour ce dernier la prise de fausse qualité* incriminée par l'article 154 du code pénal. Quant à l'épouse complaisante (elle avait reçu la somme de 15 000 F), elle s'était rendue coupable d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France (art. 21, Ord. 2 nov. 1945).

B. – Sanction administrative : plusieurs avis du Conseil d'Etat ont précisé que, sans attendre l'annulation d'un mariage « mixte » simulé, l'autorité administrative pouvait sanctionner le conjoint étranger dont le seul but a été d'essayer, par ce moyen frauduleux, de régulariser sa situation au regard de la police de l'immigration.

Ici, sera justifié le refus de la carte de résident : « si le mariage d'un étranger avec un ressortissant de nationalité française est opposable aux tiers, dès lors qu'il a été célébré et publié dans les conditions prévues aux articles 165 et suivants du Code civil et s'impose donc en principe à l'Administration tant qu'il n'a pas été dissous ou déclaré nul par le juge judiciaire, *il appartient néanmoins au préfet*, s'il est établi de façon certaine lors de l'examen d'une demande présentée sur le fondement de l'article 15-1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que le mariage a été contracté dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour, *de faire échec à cette fraude* et de refuser à l'intéressé, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la carte de résident » (CE, avis 9 oct. 1992, req. n. 137.342, *Abihilali* JCP 1993.II.22025, note Fl. Laroche-Gisserot. Rapp. Trib. adm. Orléans, 5 févr. 1991 (aff. *El-Ghaz*); JCP 1991.IV.395).

Là, sera fondée la reconduite à la frontière de l'étudiant étranger qui a contracté mariage avec une Française moyennant le versement d'une somme de 20 000 F dans le seul but d'obtenir un nouveau titre de séjour, le précédent, simple autorisation provisoire, étant périmé (CE, 2 déc. 1992, aff. *Souab*, JCP 1993.IV.222).

Dans ces diverses hypothèses, le juge administratif, comme le fait le juge pénal, refuse de faire de la nullité du mariage une question préjudicielle pour l'autorité appelée à sanctionner.

Mais des difficultés demeurent. Au plan *théorique*, on peut s'interroger sur les conséquences de la contradiction qui ne manquerait pas de naître au cas où la juridiction

civile refuserait de prononcer la nullité du mariage suspect. Au plan *pratique*, l'efficacité des sanctions pénales et administratives susceptibles d'être prononcées est douteuse : les risques courus par ceux qui se prêtent à ces fraudes sont minimes. Les peines fermes d'emprisonnement sont rarement prononcées. Les amendes sont irrecevables. Quant aux sanctions administratives, elles seront souvent paralysées par l'action de puissants groupes de pression, organisés parfois en associations, prenant systématiquement le parti des étrangers en situation irrégulière, veillant, avec des bénédictions politiques, à rendre inefficace la lutte contre l'immigration clandestine.

Dans ces conditions, les mesures les plus appropriées pour combattre ces fraudes paraissent devoir être recherchées davantage sur le terrain de la prévention que sur celui de la sanction. L'évolution qui se dessine en ce sens est aujourd'hui significative.

II. – La prévention désormais privilégiée

Deux sortes de mesures législatives, dans l'actualité la plus récente, développent la lutte entreprise contre les mariages « mixtes » simulés : les unes consistent à faire en sorte que l'union frauduleuse projetée ne puisse se conclure (A) ; les autres tendent à réduire les effets du mariage sur la situation du conjoint étranger, rendant ainsi moins attractive la fraude éventuelle (B).

A. – Des obstacles mis à la conclusion du mariage simulé.

Deux autorités sont susceptibles d'intervenir pour prévenir la conclusion de mariages « mixtes » de complaisance : l'officier d'état civil d'une part, le procureur de la République d'autre part.

S'agissant des *officiers d'état civil*, depuis plusieurs années, des instructions ont été diffusées pour sensibiliser ceux-ci à l'existence de telles fraudes. Ils sont invités à porter leur attention, lors de la cérémonie du mariage, sur des détails susceptibles de révéler le caractère mensonger de l'union : future épouse malade mentale, portant des traces de coups, d'un âge avancé contrastant avec la jeunesse du conjoint, prise de tranquillisant manifeste, présence à plusieurs mariages douteux des mêmes témoins, voire « l'absence de joie qui marque un mariage normal... » (en ce sens, note du parquet de Lille : cf. question écrite n° 8753, *JO Sénat Q*, 14 juin 1990 ; *JCP* 1990.IV.311. Et, à l'échelon national, circulaire de la Chancellerie du 16 juillet 1992 : *Courrier de la Chancellerie*, 1992, n° 10).

Mais que peut faire l'officier de l'état civil s'il pense qu'il y a fraude ? En cas de certitude quant à l'existence de celle-ci, il doit refuser de procéder à la célébration du mariage (§ 95 et 540, Instruction générale relative à l'état civil). S'il s'agit seulement d'un doute, la possibilité de procéder à une enquête par lui-même semble devoir être écartée (cf. en ce sens, question écrite, n° 8753 préc.). Pourtant, le maire et ses adjoints ont la qualité d'officiers de police judiciaire (art. 16, 1°, c. proc. pén.). Ne serait-il pas alors logique, en ce cas, de reconnaître à celui qui est officier et d'état civil et de police judiciaire le pouvoir d'enquêter ? Peut-être est en train de se réaliser une fraude qui consommera le délit de l'article 154 du code pénal (*supra* I, A) dont lui-même pourrait subir des conséquences au plan de la complicité.

Il ne peut toutefois, s'il hésite, se contenter de reporter à plus tard la date du mariage : un tel attermolement est illégal, constitutif d'une voie de fait et le tribunal de grande instance peut lui enjoindre, en référé, d'avoir à célébrer l'union. Les maires de diverses grandes villes ont fait les frais de telles procédures (cf. au début de l'année dernière l'affaire très médiatisée mettant en cause le maire de Toulouse, M. Dominique Baudis. Rapp. la décision de Poitiers citée *in obs.* J. Hauser, *RTD civ.* 1991.297).

Il restera alors à l'officier de police judiciaire à alerter le *procureur de la République* afin que celui-ci puisse user de son droit d'*opposition* : simple pratique de pur fait dans un premier temps, encouragée par les parquets et la Chancellerie (cf. les circulaires citées

supra) et jugée non contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (Orléans, 6 oct. 1992, *JCP* 1993.IV.1394 ; Poitiers 26 févr. 1992, *Bull. inf. C. cass.*, n° 363, p. 47), cette démarche a été officialisée par le législateur. Non sans quelques difficultés d'ailleurs car certaines des premières mesures prises (L. 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration, art. 31, *JCP* 1993.III.66.371) ont été déclarées inconstitutionnelles (Décis. Cons. const. n° 93-325 du 13 août 1993, *JCP* 1993.III.66.372, art. 31), ayant été jugées contraires « au principe de la liberté du mariage qui est une composante de la liberté individuelle ». Une nouvelle loi est donc intervenue (L. n° 93.1417 du 30 déc. 1993, *JCP* 1994.III.66.600, obs. N. Guimezanes, *JCP* 1994, Act. n° 4. Fl. Laroche-Gisserot, *Le crépuscule des mariages naturalisant*, *Gaz. Pal.*, 13-17 mai 1994, 2) pour corriger les dispositions premières devenues caduques et renforcer les garanties données à ceux dont le mariage serait frappé d'opposition par le parquet.

Ces mesures concernant l'opposition du ministère public qui, jusqu'ici, n'avait qu'une existence jurisprudentielle, sont insérées à l'article 175-1 et 2 du code civil : le procureur de la République peut faire opposition dans tous les cas où la possibilité lui est reconnue de demander la nullité de celui-ci. Si des « indices sérieux » font présumer l'existence d'une simulation, l'officier d'état civil « peut » saisir le parquet. La célébration du mariage ne pourra pas avoir lieu tant que le procureur de la République n'aura pas fait connaître sa réponse (délai de 15 jours). Il peut ordonner un sursis à la célébration (un mois maximum) ou faire opposition à celle-ci. Les futurs époux disposent d'un recours contre les décisions du parquet, porté devant le président du tribunal de grande instance, la cour d'appel pouvant exercer son contrôle.

La procédure d'opposition ainsi mise à la disposition du parquet est indépendante de celle que la loi a toujours reconnue aux parents des futurs époux (art. 173 et s. c. civ.). Ceux-ci sont en droit de chercher à empêcher la réalisation d'un mariage dont le seul but serait de régulariser la situation du conjoint étranger (cf. Versailles, 15 juin 1990, *D.* 1991.j.268, note J. Hauser ; *JCP* 1991.II.21759 note Fl. Laroche-Gisserot).

B. – Recul de l'automatisme des effets du mariage susceptibles de régulariser la situation de l'époux étranger.

A cet égard, deux mesures législatives importantes sont intervenues pour priver le mariage « mixte » simulé des conséquences les plus attractives qu'il pouvait produire jusqu'ici (L. 23 juill. 1993, H. Fulchiron, *JCP* 1993.I.3708 ; Fl. Laroche-Gisserot, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 13-17 mai 1994, 2).

Celle dont la portée pratique est la plus grande résulte de la modification apportée à l'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : le mariage ne permet plus de régler des problèmes d'entrée et de séjour en France. Le conjoint étranger ne peut bénéficier de plein droit d'une carte de résident que si l'entrée et le séjour de celui-ci sur le territoire national sont réguliers. De plus, la délivrance de ce document ne peut intervenir qu'au bout d'un an de communauté de vie effective (cf. H. Fulchiron, *ibid.*, n° 67).

Quant à l'autre mesure, elle concerne l'acquisition de la nationalité par mariage. Celle-ci ne peut se réaliser qu'au bout de deux ans de vie commune (art. 21-2 c. civ. art. 37-1 c. nat. ; cf. A. Fulchiron, *ibid.*, n° 59 et s.).

Ces dispositions préventives nouvelles devraient réduire le nombre des mariages « mixtes » simulés et conclus dans le seul but de régulariser la situation du conjoint étranger au regard de la police de l'immigration ou de lui faire acquérir la nationalité française.

Il faut espérer que, si des changements de majorité politique se produisent, ces mesures, empreintes de sagesse, ne seront pas rapportées.

2. *Publicité illicite en faveur du tabac : « ennemis » du dehors et « ennemis » du dedans rendent difficile l'application par la jurisprudence de la loi du 9 juillet 1976 sur la lutte contre le tabagisme.*

Loi pénale (fraude à la loi). Publicité illicite (tabac). Santé publique. Tabagisme.

C'est en enfermant dans des limites très rigoureuses la publicité en faveur du tabac que le législateur, entre autres, est parti en guerre contre le tabagisme : son arme essentielle est constituée par la loi du 9 juillet 1976 qui a créé de nombreuses incriminations en la matière. Arme sans doute efficace et redoutée comme le prouvent les trésors d'imagination dépensés par les fabricants de cigarettes pour se soustraire aux contraintes de la réglementation (nos obs. cette *Revue* 1993.313 et 574).

La lecture des recueils de jurisprudence, la consultation des banques de données, révèlent que nombreuses sont les poursuites engagées en la matière – principalement sur constitution de partie civile du *Comité national contre le tabagisme* – et sévère aussi l'attitude des juges, tout au moins celle des premiers juges, ceux du tribunal correctionnel. Les cinq jugements rendus le 20 janvier 1993 par la 31^e Chambre du tribunal correctionnel de Paris en sont la preuve (*RTD com.* 1993.595, n° 5, obs. P. Bouzat) : peines d'amende allant de 100 000 à 300 000 francs, augmentées de dommages-intérêts (au total 950 000 F) alloués au *Comité national contre le tabagisme*.

Ici, le PDG de Canal Plus (aff. *Rousselet*) est condamné pour avoir laissé se glisser, au cours d'une séance publicitaire concernant des appareils électro-ménagers et des vêtements, des réflexions sur le lancement d'une nouvelle cigarette Rothmans dont le conditionnement était présenté et le prix indiqué. A l'objection du prévenu tirée du fait qu'aucune rémunération n'avait, en l'espèce, été perçue par la chaîne de télévision, il est répondu que « la loi du 9 juillet 1976 a interdit la publicité en faveur du tabac par des émissions de télévision afin de chercher, dans un but de santé publique, à prévenir le tabagisme et réduire le nombre des décès résultant de l'usage abusif du tabac ; qu'il apparaît clairement que *ce ne sont pas les ressources publicitaires qui importaient alors au législateur*, mais la qualité du message diffusé ; que c'est donc bien la diffusion d'un message ayant pour objet la promotion du tabac qu'interdit la loi, *que le diffuseur ait ou non perçu une rémunération* ».

Là, le directeur d'*Equipe-Magazine*, (aff. *Courcol*) est sanctionné pour n'avoir pas respecté les dispositions légales précisant que, lorsqu'elle est autorisée, la publicité en faveur du tabac « ne peut comporter d'autre mention que la dénomination du produit, sa composition, le nom et l'adresse du fabricant... ni d'autre représentation graphique ou photographique que celle du produit, de son emballage et de l'emblème de la marque » (art. 8, L. 9 juill. 1976). Sur des pages de sa revue étaient présentées, d'une part, un envoi de cigarettes Peter Stuyvesant accompagné de la formule latine « *nec plus ultra* », d'autre part un paquet de « *Ducados Rubio* » portant la légende : « *la blonde qui vient d'Espagne* ». « A l'évidence – dit le Tribunal – ces mentions ne sont pas autorisées par le législateur... qu'en particulier, ni la locution “*nec plus ultra*”, ni le slogan “*Ducados*” ne peuvent être considérés comme des précisions relatives à la dénomination générique du produit, à sa composition ou à l'adresse du fabricant, la dernière phrase évoquant plus une blonde voyageuse de la péninsule ibérique que le siège de la SA Tabacalera de Madrid. »

Puis vient le tour du PDG de la SEITA (aff. *De Galles*), condamné pour avoir fait distribuer dans des bureaux de tabac des bulletins de jeu intitulés « Grand jeu “*Pictures*” de Lucky Strike », permettant de gagner des séjours aux Etats-Unis. Une notice très explicite vantait les mérites de la marque « *Lucky Strike : une légende vivante – Aucune blonde, mise à part Marilyn, n'a connu un tel succès... Cigarette des pionniers à l'origine, la Lucky Strike devient, en 1944, la cigarette des libérateurs* »... Sans doute, l'article 2-3° de la loi de 1976 autorise-t-elle bien la publicité considérée lorsqu'elle est faite à l'intérieur des débits de tabac par voie d'affiches, de panneaux-réclames ou enseignes, mais n'est pas visée par le texte

celle assurée au moyen de *prospectus*. Et le tribunal correctionnel d'en conclure qu'« il n'est pas contestable qu'il s'agit d'un texte destiné à promouvoir la consommation de cigarettes Lucky Strike ; que le dépliant "Le grand jeu 'Pictures' de Lucky Strike" est donc bien distribué à des fins publicitaires, peu important qu'il serve également de support à un jeu concours ; qu'il s'agit d'un prospectus au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 1976, support sur lequel toute publicité en faveur du tabac est interdite, le législateur n'ayant prévu aucune exception en faveur des prospectus distribués à l'intérieur des débits de tabac ». *Poenalia sunt restringenda !*

Le même principe justifie la condamnation du PDG de Philip Morris-France et du directeur général des Relais H (aff. *Fernandez et De Rostolan*) pour avoir fait distribuer des sacs en plastique portant la marque même des cigarettes Marlboro, alors que la loi n'excepte de la publicité prohibée, pour un tel objet, que l'usage des noms ou de marques « identiques à ceux des produits du tabac », c'est-à-dire, d'après le tribunal, la publicité concernant des produits qui ne sont pas des produits du tabac, mais qui, pour leur diffusion, utilisent des marques ou emblèmes d'un produit du tabac (exemples : bas Chesterfield, cycles Gitanes...).

Le même jour sera aussi condamné (espèce plus banale) le directeur de la revue *Moto verte* (aff. *Casasnovas*) pour la publication dans celle-ci, pour annoncer le trial de Bercy, de la photographie d'un motard arborant un dossard portant la mention « Camel ».

Reste à vérifier si la sévérité de ces condamnations témoignant d'une ferme volonté des premiers juges d'appliquer la loi organisant la lutte contre le tabagisme s'affirme de la même façon aux stades ultérieurs de la procédure. Or les précédents ne manquent pas qui prouvent que, dans ce combat mené dans l'intérêt de la santé publique, nombreux sont les adversaires dont l'action paralysante est susceptible de se manifester : pour ces premiers juges, aux adversaires *du dehors* (I) s'ajoutent des adversaires *du dedans* (II).

I. – Quant aux ennemis du dehors, c'est-à-dire extérieurs à la justice, nul doute qu'ils soient nombreux et puissants. La démonstration en a été faite en 1992 lorsque le Comité national contre le tabagisme a essayé de faire cesser la retransmission en France des compétitions automobiles de « formules I » se déroulant dans des pays étrangers où la publicité en faveur du tabac est restée libre : les diverses séquences de ces émissions étaient ponctuées de gros plans réitérés sur les panneaux publicitaires et logos des grandes marques de cigarettes (Marlboro, Camel, Gitanes, Rothmans...) ; la course n'apparaissant plus, souvent, que comme un simple prétexte destiné à permettre de diffuser largement en France, par le moyen de la télévision, une publicité en faveur du tabac légalement interdite (art. 2, 1°, L. 9 juill. 1976).

Le tribunal de grande instance de Quimper et la cour d'appel de Rennes, par au moins cinq décisions intervenues en 1992, ont fait droit à ces initiatives du Comité national contre le tabagisme et condamné ces pratiques développées en violation manifeste de la loi de 1976 (sur ces décisions : obs. P. Bouzat, *RTD com.* 197, n° 4). Mais la coalition des constructeurs d'automobiles et des fabricants de cigarettes rendus solidaires par d'étroits liens de parrainage ont rendu vains tous ces efforts des juges : une loi sera votée en 1993 (L. 93.121 du 27 janv. 1993) rendant licite ce que la justice avait condamné. Elle précise, dans son alinéa 1^{er} : « la retransmission des compétitions de sport mécanique qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée peut être assurée par les chaînes de télévision jusqu'à ce qu'intervienne une réglementation européenne ». Quant à son alinéa 2, redoutant sans doute que soit oublié le principe de la rétroactivité de la règle pénale plus douce (rétroactivité *in mitius*), il apporte une précision superflue mais révélatrice de la volonté d'assurer de l'impunité les dirigeants des chaînes de télévision française qui, manifestement, avaient violé l'interdiction de l'article 2, 1°, de la loi de 1976 : « jusqu'à l'entrée en vigueur de cette réglementation aucune poursuite civile ou pénale ne peut être introduite ou une sanction prononcée ou exécutée de ce chef ».

II. - A l'ennemi du dehors s'ajoute l'ennemi du dedans, car les premiers juges sont souvent désapprouvés par les juges d'appel. Et il n'est pas rare de relever que les décisions des uns et des autres sont contradictoires, voire suivies de repentirs, rendant ainsi la solution des litiges difficilement prévisible et ruinant dangereusement l'efficacité de la législation.

Un exemple significatif en est donné par l'analyse de la jurisprudence concernant le point de savoir si tombe sous le coup de la loi pénale l'astucieux artifice mis au point par les fabricants de cigarettes et qu'on a déjà eu l'occasion d'évoquer dans cette chronique (cette *Revue* 1992.313 et 574, n° 2).

Pour développer par la voie de l'image une publicité plus attractive que la seule autorisée par le législateur (elle ne peut comporter d'autre représentation graphique ou photographique que celle du produit, de son emballage et de l'emblème de la marque, art. 8 L. 9 juill. 1976), le procédé consiste à déposer à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), comme nouvel emblème de la marque, le message publicitaire que l'on souhaite diffuser. Il y a fraude évidente à la loi. Mais la sanction de celle-ci n'a pas été acquise facilement ! La notion de fraude à la loi n'est-elle pas « étrangère au droit pénal, les textes en matière répressive devant être interprétés strictement » ? (En ce sens Paris, 29 mars 1990, nos obs. cette *Revue* 1992.314. Rapp., à l'occasion d'une poursuite du chef d'escroquerie à l'assurance : « toute *magouille* ne constitue pas automatiquement un délit » et le rejet du pourvoi dirigé contre l'arrêt de relaxe : Crim. 3 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 155, *D.* 1992.j.400, note C. Mascala).

Dans le cadre de ce contentieux, le tribunal correctionnel de Paris changera trois fois d'opinion et la cour d'appel deux fois (comp. l'arrêt précité du 29 mars 1990 et celui du 15 janv. 1991 avec nos obs. cette *Revue* 1992.575).

Il faudra attendre l'affaire *Courcol* pour qu'enfin tribunal correctionnel (jugement du 1^{er} mars 1991) et cour d'appel de Paris (arr. du 1^{er} oct. 1991 ; obs. P. Bouzat, *RTD com.* 1992.713, n° 18) marchent d'un même pas et condamnent d'un commun accord la fraude à la loi de 1976 que consomme une telle pratique. Il s'agissait, dans cette espèce, d'une page publicitaire insérée dans le journal *L'Equipe*, concernant les cigarettes Winston et représentant un paquet de celles-ci ouvert à côté d'un stylo posé sur un journal américain avec la photo d'un personnage caricaturé. La Société Reynolds Company, propriétaire de la marque Winston, cinq mois avant le lancement d'une nouvelle campagne publicitaire, avait déposé à l'INPI, comme emblème de marque, le document même qui devait être reproduit dans *L'Equipe*. La condamnation intervenue en première instance est confirmée en appel, la cour de Paris ajoutant, pour justifier la sanction prononcée contre le directeur de la publication, que celui-ci « a le devoir de s'informer dans quelles conditions marques ou emblèmes ont été déposés à l'effet de déterminer s'il peut s'agir d'un artifice destiné à tourner les obligations de l'article 8. Que tel était bien le cas en l'espèce où la marque Winston est déposée depuis longtemps et où le dépôt d'un nouvel emblème, avant que ne soit déclenchée cinq mois plus tard une vaste campagne publicitaire avec diffusion simultanée dans dix journaux à large audience, ne pouvait manquer de faire apparaître l'artifice créé pour les besoins de la cause à l'effet de tourner la loi ».

Ce dernier attendu qui définit la faute imputable du directeur de la publication est important, surtout depuis que la loi du 10 juillet 1991 a abrogé l'article 14 de la loi du 9 juillet 1976 qui, dans le cas de publicité illicite en faveur du tabac réalisée par la voie de la presse, renvoyait pour la détermination des personnes responsables à l'article 285 du code pénal et faisait donc automatiquement et de manière irréfutable du directeur de la publication l'auteur principal « de premier rang » du délit poursuivi. Désormais, la condamnation de ce dernier ne peut intervenir que si, conformément aux règles du droit commun, une faute personnelle lui est imputable. La solution vient d'être clairement affirmée par la Chambre criminelle dans son arrêt en date du 19 janvier 1994 (aff. *Claude*

Sales, directeur de la Société Téléràma, condamné du chef de publicité illicite en faveur des cigarettes Rothmans en tant qu'auteur principal, *Bull. crim.* n° 30).

On doit se féliciter de la cohérence de la jurisprudence enfin réalisée ici sur le terrain de cette fraude manifeste à la loi. Et la solution répressive arrêtée ne peut que fortifier la lutte entreprise par le législateur contre le tabagisme. Mais cette cohérence est encore loin d'être générale comme en témoigne le conflit à nouveau surgi entre le premier et le second degré de la juridiction correctionnelle de Paris, s'agissant d'un autre contentieux intéressant la loi du 9 juillet 1976 : l'affaire qui donne lieu à l'arrêt de la Chambre criminelle en date du 19 janvier 1994 (aff. *Fernandez*, *Bull. crim.* n° 31) en est une illustration significative.

Une fois de plus, la publicité faite en faveur des cigarettes Marlboro dans un hebdomadaire français (*Express-Réussir*) se révélait contraire à la loi. La poursuite mettait en cause, encore ici, sur l'initiative du Comité national contre le tabagisme, le PDG de Philip Morris France. Elle avait abouti en première instance à une condamnation. Mais en appel, la Cour de Paris, le 23 octobre 1992, infirmait la décision du tribunal correctionnel. Elle prononçait la relaxe du prévenu et mettait hors de cause la société Philip Morris France. Le motif principal de l'arrêt était que l'ordre d'insertion de la publicité illicite avait été donné, non par cette société que dirigeait le prévenu, mais par la société de droit néerlandais Philip Morris Holland. La Cour précisant « qu'il n'est nullement établi que la société Philip Morris France ait contribué, de quelque manière que ce soit, à la publication dans la revue *Express-Réussir* de la publicité litigieuse ; que dès lors Alain Fernandez, quand bien même la société qu'il dirige aurait tiré profit de la publicité illicite... ne saurait être considéré comme étant l'auteur de l'infraction reprochée ». Argumentation pleinement approuvée par la Chambre criminelle qui rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de relaxe de la Cour de Paris.

La solution répressive des premiers juges n'a donc pas triomphé et l'on peut se demander si l'impunité qui a prévalu ne risque pas d'ouvrir la porte à des abus et d'encourager le développement de nouvelles fraudes à la loi. Dès lors que l'ordre concernant le recours à une publicité illicite en faveur du tabac n'émane pas des dirigeants de la société qui commercialise en France le produit dont la vente est favorisée, ni la responsabilité pénale de ceux-ci, ni la responsabilité civile de celles-là ne peuvent être, en effet, d'après cette jurisprudence, engagées.

Il est regrettable qu'une nouvelle fois, sur ce terrain de la lutte contre le tabagisme, à l'ingéniosité sans cesse renouvelée de la défense des fabricants de cigarettes, ne réponde pas celle des organes de poursuite. Pourtant, dans le cas considéré, les pistes à explorer ne manquent pas et qui seraient susceptibles de conduire à appliquer les sanctions voulues par le législateur :

- appel fait, à nouveau, à la fraude à la loi qui a fait ses preuves pour condamner l'artifice consistant à déposer à l'INPI, comme nouvel emblème de la marque, l'objet publicitaire qui doit être utilisé (*supra* II *in limine*).

- appel fait à la notion de *recel* : dans l'affaire que l'on vient d'analyser, dès lors qu'il était constaté que le bénéficiaire de la publicité illicite ne pouvait être que la société Philip Morris France, le PDG de celle-ci ne pouvait-il pas être qualifié de recéleur des produits de l'infraction définie à l'article 8 de la loi du 9 juillet 1976 ?

- appel fait à la notion de « groupe sociétés » que non seulement le droit commercial mais aussi le droit pénal ont déjà su mettre en œuvre : sans doute, quant à ce dernier, en certains cas pour soustraire à la répression le prévenu (cf. en matière d'abus de biens sociaux : *Crim.* 4 févr. 1985, aff. *Willot*, *Bull. crim.* n° 54, *JCP* 1986.II.20588, note W. Jeandrier, *D.* 1985.j.478 note Ord. ; *Crim.* 13 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 69, *Rev. soc.* 1989.692, note B. Boulloc), mais, dans d'autres cas, pour assurer plus efficacement celle-ci (cf. la matière de la « réclame financière » incriminée par les articles 262 et 263 c. pén. et 433-18 nouv. c. pén. : *Crim.* 27 juin 1972, aff. *La Garantie foncière*, *JCP* 1973.II.17355,

note D. Mayer). Philip Morris *France* et Philip Morris *Holland*, pour qui veut dépasser la fiction de la personnalité morale et prendre en considération la réalité, ne forment-elles pas un même et unique « groupe » ?

L'avenir dira si l'esprit de créativité des défenseurs de la loi sait être à la hauteur de celui des rebelles à la loi et si, dans ce combat mené dans l'intérêt de la santé publique, un recul des ennemis *du dehors* comme des ennemis *du dedans* doit se manifester.

Infractions contre l'ordre économique et financier

La preuve. Le droit pénal des affaires et le secret professionnel de l'avocat

Jean-Claude MARIN

Premier substitut

Chef de la section financière du Parquet de Paris

Le secret professionnel de l'avocat est l'un des plus absolus qui soit.

Proche de celui qui pèse sur le médecin et le confesseur, il est de ceux qui bénéficient du qualificatif absolu par opposition au secret relatif attaché à l'exercice d'autres professions ou fonctions.

Récemment encore, la loi du 4 janvier 1993, modifiant notamment diverses dispositions du code de procédure pénale, a renforcé le caractère absolu de ce secret en modifiant les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 lequel précise désormais qu'en toutes matières « ce secret s'attache aux correspondances échangées entre un avocat et son client ou entre conseils de parties opposées ou adverses ».

Dans le même temps, la fusion des professions d'avocats et de conseils juridiques renforçait l'interprétation de l'activité de conseil et l'exercice des droits de la défense au sens le plus noble de cette dernière expression.

Le risque de confusion entre les deux pôles de l'activité d'assistance juridique et judiciaire était particulièrement important dans le domaine du droit des affaires où l'ingénierie du droit ou l'optimisation juridique est de plus en plus le préalable indispensable au montage d'opérations financières dont la régularité peut s'avérer pour le moins douteuse.

L'exercice de l'activité « d'avocat-conseil "juridique" » bénéficiait-il de la même protection que la fonction ontologique de défense attachée à la profession d'avocat au sens traditionnel de ce dernier terme ?

Les dispositions renforcées de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 précitée, telles que modifiées par la loi du 4 janvier 1993, pouvaient conduire à répondre par l'affirmative requise de nature à obérer gravement la recherche de la preuve de l'élément moral d'un certain nombre d'infractions dites financières.

Certes, antérieurement à la promulgation de la loi du 4 janvier 1993 et à la fusion des professions d'avocat et de conseil juridique, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser que le secret absolu de l'avocat ne s'attachait qu'à l'exercice des droits de la défense et non pas à l'activité de conseil étrangère à cet exercice (Cass. crim., arr. *Lafont*).

Par un arrêt récent (Cass. crim. 7 mars 1994, n° 93-84.931), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pris soin de préciser le domaine du secret professionnel de l'avocat au regard des dispositions législatives récentes relatives à ce secret et à la modification de l'organisation des professions du droit.

L'arrêt du 7 mars 1994

Dans le cadre d'une opération financière portant sur le rachat de vignobles en bordelais, un conseil juridique, nous sommes en 1990, avait imaginé un processus au terme duquel il devait prendre, en fait, le contrôle de la société propriétaire de l'activité de négoce en vins.

Cette opération avait été précédée d'un échange fourni de correspondances entre ce conseil juridique et l'avocat de sociétés financières appelées à y concourir.

Courant 1991, les actionnaires de la société de négoce déposaient plainte des chefs de faux en écritures de commerce, usage desdits faux, abus de confiance et abus des biens sociaux et se constituaient parties civiles entre les mains du doyen des juges d'instruction.

Au cours de l'information, il était procédé à un certain nombre de perquisitions notamment au cabinet de conseil juridique, perquisitions au cours desquelles étaient appréhendées l'intégralité des échanges, en original ou copies, entre ce conseil juridique et l'avocat des sociétés financières.

Pris d'un doute sur la régularité de ces saisies, notamment à raison de l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1993 en ce qu'elle modifiait l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, modification qualifiée par certains d'interprétative, et de la nouvelle qualité d'avocat de la personne au cabinet de laquelle les correspondances avaient été saisies, le juge d'instruction soumettait, par ordonnance en date du 26 mai 1993, la régularité de ces actes d'instruction à la Chambre d'accusation par application des dispositions de l'article 171 du code de procédure pénale.

Par arrêt en date du 5 octobre 1993, la Chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris disait n'y avoir lieu à annulation des saisies des correspondances susvisées aux motifs que ces correspondances étaient antérieures à la saisine du juge d'instruction, qu'elles ne se rapportaient pas aux faits délictueux dénoncés par la partie civile et n'avaient pas pour objet de solliciter ou de donner un avis juridique préalable à ces faits.

Le moyen reprochait à cet arrêt d'avoir méconnu la partie générale des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 4 janvier 1993 en limitant à l'exercice des droits de la défense du conseil juridique dans une instance pénale le secret des correspondances s'appliquant, aux termes de la loi, en toutes matières.

La Cour de cassation, reprenant les motifs sous-tendant l'arrêt de la Chambre d'accusation, rejette le pourvoi en ajoutant à ces motifs que « ... le juge d'instruction tient de l'article 97 du code de procédure pénale le pouvoir de les (les correspondances) saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense ».

Partie de l'arrêt : fusion des professions et distinction des fonctions

Le nouveau statut des professions du droit et la modification des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 relative à la profession d'avocat ne semble pas avoir d'effet direct sur le domaine de secret professionnel absolu attaché à l'exercice des droits de la défense.

Peu importe le titre attaché à l'exercice d'une profession, c'est à l'exercice de la fonction qu'il convient de s'arrêter pour déterminer si les garanties attachées aux correspondances échangées entre avocats ou entre un avocat et son client s'appliquent.

L'avocat-conseil en opérations financières ne bénéficie pas, pour ses correspondances, du secret défini à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances de l'avocat-conseil dans la gestion des litiges, nés ou à venir, sont couvertes par ce secret.

Cependant, les frontières peuvent s'avérer bien floues entre ces deux métiers de l'avocat.

Dans quelle mesure l'assistance d'un avocat lors des négociations préalables à une opération financière n'est-elle pas déjà une gestion de litiges à venir ?

A ces incertitudes d'ordre subjectif, la Chambre criminelle tente d'opposer deux critères objectifs :

1. La date des correspondances

Ce premier critère, considéré comme nécessaire mais non suffisant, constitue une sorte de pré-présomption de non-applicabilité des dispositions relatives au secret des correspondances : antérieures à la saisine du magistrat instructeur, elles seraient présumées ne pas concerner l'exercice des droits de la défense qui, par hypothèses, n'auraient pas alors à être mis en œuvre.

Encore faudrait-il sans doute préciser que cette saisine ne doit pas s'apprécier *in abstracto* mais *in concreto*, c'est-à-dire au regard des faits pour lesquels la recherche de ces documents est utile.

2. Le contenu des correspondances

Les documents non couverts par la confidentialité absolue et antérieurs à la saisine du juge d'instruction ne doivent pas contenir un avis juridique préalable aux faits objet des poursuites.

En l'espèce, la Cour de cassation retient, pour exécuter le principe de confidentialité tout comme l'avait fait la Chambre d'accusation, que les pièces saisies ne concernaient « qu'un montage juridique et financier mis en place... dans le cadre d'accords commerciaux... ».

Ainsi, il faut distinguer l'avis du juriste sur la licéité ou la régularité de l'opération et la participation du juriste au processus même d'élaboration de contrat ou de l'opération économique ou financière.

En d'autres termes, la distinction doit être faite entre la participation à des accords ou des montages pouvant donner lieu à des contentieux et l'appréciation de ces montages au regard du droit, seuls les documents contenant cette appréciation étant couverts par le secret.

Les métiers de l'avocat ne bénéficient donc pas des mêmes garanties de secret selon que l'exercice d'une fonction se rattache à l'exercice d'une fonction d'assistance ou à une fonction de mise en œuvre d'un processus économique.

L'arrêt du 7 mars 1994 laisse cependant en suspens une interrogation majeure : en relevant, pour rejeter le pourvoi, que les pièces saisies ne concernaient pas la défense de la personne poursuivie « ... dans la présente instance pénale », la Chambre criminelle a-t-elle entendu donner une interprétation restrictive des dispositions immodifiées de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 qui disposent qu'en toutes matières les correspondances d'avocats sont couvertes par le secret professionnel ?

Y aurait-il une règle jurisprudentielle de la spécialité du secret ?

L'appréciation de la portée du secret serait-elle dépendante de la nature de l'instance en cours ?

Les termes mêmes de cet arrêt pourraient inciter à une telle interprétation.

Il semble toutefois que cette référence à la nature de l'instance en cours ne soit ici faite que pour compléter la réunion des deux critères qui sont la date des documents et leur contenu étranger à l'exercice des droits de la défense.

La nature pénale du contentieux en cours n'est peut-être rappelée que pour asseoir l'appréciation du caractère manifestement non confidentiel des documents dans une procédure où le respect des droits de la défense revêt une importance fondamentale.

Infractions relevant du droit de l'information et de la communication

Jacques FRANCILLON

Professeur à la Faculté de droit Jean Monnet (Université Paris XI)

Diffamations. Magistrat ordonnant une expertise balistique sur des têtes de cadavres. Droit de libre critique journalistique portant sur des questions d'ordre éthique. Limites.

Les rapports entre la justice et la presse écrite ou audiovisuelle sont en permanence à l'ordre du jour. Cette chronique nous donne l'occasion de faire le point, à la suite des communications présentées aux XII^e Journées de l'Association française de droit pénal qui se sont déroulées les 17 et 18 mars derniers à Aix-en-Provence, en hommage au Doyen Fernand Boulan, sur le thème : « Liberté de la presse et droit pénal ». On consultera notamment, dans les *Actes* (à paraître), outre le rapport introductif du talentueux organisateur de ce congrès, le professeur Gaëtan di Marino, et le rapport de synthèse de Pierre Couvrat, les communications de Mme le président Marie Viangalli (Diffamations et injures spéciales) et de nos collègues Jacques-Henri Robert (Présomption d'innocence), Jean Pradel (Secret des procédures) et Emmanuel Derieux (Comptes rendus judiciaires), dans la mesure où celles-ci sont plus directement en relation avec cet aspect de la liberté de la presse. Les travaux en question seront venus utilement actualiser les études entreprises il y a déjà sept ans dans le cadre de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers (V. *Justice pénale, police et presse*, éd. Cujas, 1988, vol. 7, 247 p.). Il est vrai que, depuis lors, une abondante littérature a également été publiée, ne serait-ce que dans la revue *Droit pénal* sous la plume du Doyen Michel Véron, ou dans les *Mélanges* offerts à l'éminent spécialiste du droit de la presse qu'est Albert Chavanne, président honoraire de notre Association (Litec, 1990, V. Philippe Conte, La bonne foi en matière de diffamation : Notion et Rôle, p. 49 à 59), ainsi que, plus récemment encore, dans les *Mélanges* en l'honneur de notre maître et ami Jean Larguier (PUG, 1993, V. notre étude, Le secret professionnel des journalistes, p. 127 à 147).

Même si ce choix paraîtra arbitraire, tant sont nombreuses les décisions rendues chaque année par les tribunaux en matière de délits de presse, c'est un arrêt de la Chambre criminelle du 6 juillet 1993, d'ailleurs signalé dans le Rapport de la Cour de cassation 1993 (La Documentation française, p. 416, *Bull. crim.* n° 242 ; *D.* 1993.IR.184 ; *JCP* 1993, éd. G., IV, 2470, p. 301 ; *Gaz. Pal.*, 6-7 oct. 1993, p. 8 et 9 ; cette *Revue* 1994.323, observ. Boulloc), qui retiendra notre attention ; car, à travers de banales poursuites pour diffamations publiques envers un fonctionnaire public, une question fondamentale était posée : celle des limites du droit de critique des journalistes sur le fonctionnement de la justice (I), particulièrement lorsque des expérimentations sont effectuées sur des cadavres de personnes ayant fait don de leur corps à la science (II).

I. - Cet arrêt a en effet été rendu dans la fameuse affaire dite des *têtes coupées*. Quelques mois après la disparition de l'exploitante d'un débit de boissons, le corps de celle-ci avait été découvert au fond d'un puits, recouvert sous plusieurs mètres de béton et dans un bain de chaux vive, une douille de calibre 11-43 ayant été par ailleurs retrouvée à proximité du bar de la victime. Le juge d'instruction chargé de l'affaire avait inculqué le principal suspect, propriétaire de l'établissement. Pour tenter d'établir les circonstances

exactes de la mort, il avait ordonné une expertise balistique ayant consisté, notamment, à faire procéder par un moniteur du corps des CRS, sur un terrain militaire, à des tirs de comparaison avec une arme de gros calibre (45 ACP) dans les têtes de cinq cadavres humains. Il s'agissait de déterminer si les lésions osseuses observées sur le crâne de la victime provenaient de l'action de la chaux vive ou de l'impact de projectiles. Bien que cette expérience eût été suscitée par le médecin légiste désigné par le magistrat instructeur et que les pièces anatomiques eussent déjà servi à d'autres fins, il n'est pas inintéressant de relever qu'elles avaient été remises à la demande de ce médecin par un technicien du laboratoire sans que le directeur du service en eût été averti, ni que l'autorité militaire eût été alertée sur le caractère – disons peu ordinaire – de cette expertise.

L'affaire avait eu un grand retentissement dans les milieux judiciaires comme dans la presse écrite et télévisée. Des articles avaient été publiés sous des titres divers, parmi lesquels : « Macabre expertise », « Le NON des médecins aux cadavres cibles », « SCAN-DA-LEUX ! cinq têtes humaines servent de cibles à des fins d'expertise balistique à la demande du juge d'instruction ». L'expérience avait été considérée, dans le texte de certains articles, comme « choquante », « impensable », voire « délirante », cette dernière expression ayant été employée par le médecin responsable du service lors d'un entretien avec un journaliste, sachant que celui-ci ne manquerait pas d'en faire publiquement état. En outre, une présentatrice de grande notoriété d'un journal télévisé – Christine Ockrent – avait résumé l'information, le soir même, en direct, en vue d'introduire la diffusion d'un reportage enregistré sur le sujet : « Que ne ferait-on pas pour les besoins de l'enquête ? », s'était-elle interrogée, avant de préciser : « ... un juge d'instruction a eu l'idée pour le moins bizarre et scandaleuse de demander en guise de cibles, pour une expertise balistique, des têtes de cadavre ». A la suite de quoi, des condamnations pénales avaient été prononcées à l'encontre des divers prévenus pour diffamations publiques envers un fonctionnaire public (L. 29 juill. 1881, art. 31) et complicité, les pourvois formés contre un arrêt de la cour d'appel d'Angers du 30 avril 1991 ayant tous été rejetés.

A. – La discussion portait à titre principal sur le droit de libre critique du journaliste et ses limites. Il n'est donc pas étonnant que le principe de la liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, ait d'emblée été invoqué par l'un des demandeurs au pourvoi. Les gens de presse, comme n'importe quel citoyen, doivent être en mesure d'exprimer leurs opinions en toutes circonstances et sur tous les sujets de société, même les plus délicats. Les rapports entre la science et le corps, les expérimentations pratiquées sur l'homme ou sur l'animal, le fonctionnement du service public de la justice : autant de sujets autrefois tabous, aujourd'hui objets des plus vives controverses. Les médias ne remplissent-ils pas pleinement leur rôle social et ne contribuent-ils pas à enrichir la vie démocratique lorsqu'ils suscitent et alimentent les débats sur des problèmes éthiques ? La Cour de Strasbourg ne manque d'ailleurs pas de rappeler à intervalles réguliers que la presse, présentée comme un « chien de garde », a des devoirs particuliers envers le public – dont elle contribue à former le jugement – et qu'il lui appartient d'exercer son contrôle sur des thèmes d'intérêt général (V. arr. *Handyside*, 7 déc. 1976, série A, n° 24, par. 41, 42 et 49 ; arr. *Sunday Times*, 26 avr. 1979, série A, n° 30, par. 65 ; arrêt *Lingens*, 8 juill. 1986, série A, n° 103, par. 43 ; arr. *Barford*, 22 févr. 1989, série A, n° 149. *Addé* : Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 451, ainsi que les observations du même auteur sous les arrêts *Sunday Times* (2) et *Observer et Guardian* du 26 nov. 1991, *Legipresse*, n° 88, 1992, VI, p. 1 et s. V. également notre étude préc., p. 134). Toutefois, il serait vain de situer l'essentiel de la discussion juridique sur ce terrain, l'article 10-2 garantissant l'exercice d'une telle liberté dans des limites strictement définies qui tiennent, notamment, à la nécessité de protéger la réputation ou les droits d'autrui, ainsi que l'autorité (et l'impartialité) du pouvoir judiciaire. La Chambre criminelle ne s'est d'ailleurs pas

méprise sur la portée à attribuer à une disposition de cette nature : elle écarte systématiquement l'argument tiré de la violation de la Convention à l'occasion de poursuites pour diffamation (V. plus particulièrement en ce sens : Crim. 13 mars 1989, *Bull. crim.* n° 118 ; 17 déc. 1991, *ibid.*, n° 481, *Gaz. Pal.* 1992.1.Somm. 178 ; 4 févr. 1992, *Gaz. Pal.* 1992.2.529, note anonyme ; 6 oct. 1992, *ibid.*, n° 302, cette *Revue* 1993.768, observ. Bouloc ; 23 févr. 1993, *ibid.*, n° 86, et 16 mars 1993, *ibid.*, n° 115, *Dr. pénal* 1993.209 et 210, observ. Véron ; 16 nov. 1993, *ibid.*, n° 341, *in fine*, *JCP* 1994.éd. G. IV.556, p. 72). Une simple incidente, dépourvue de toute motivation, lui suffit parfois pour parvenir à ce résultat (arr. *Villemin*, Crim. 17 déc. 1991, préc.). Pourtant, les prévenus ne continuent pas moins – sur l'insistance de leurs conseils – à s'engager dans une voie sans issue (V. observ. Véron précitées, cet auteur mettant l'accent sur l'état d'esprit persistant que ces arrêts révèlent). En outre, cette jurisprudence se situe dans le droit fil des décisions du Conseil constitutionnel qui, se fondant sur l'article 11 de la déclaration du 26 août 1789 et le principe de la libre communication des pensées et des opinions, sauf abus prévus par la loi, recommandant au législateur de concilier l'exercice de cette liberté avec d'autres objectifs de valeur constitutionnelle comme la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de la liberté d'autrui (qui incluent par conséquent la protection de la réputation ou des droits d'autrui au sens de l'article 10-2 de la Convention européenne des droits de l'homme. – V. en ce sens, pour un rappel : Décis. n° 93-333, DC, 21 janv. 1994, *J.O.*, 26 janv. 1994, p. 1377 et 1378). Il est vrai que cette nécessaire conciliation relève d'autant plus de la « quadrature du cercle », selon la formule d'un auteur (Vitu, *Traité, Droit pénal spécial*, n° 1527, p. 1205), que la préservation du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, autre objectif de valeur constitutionnelle, implique, par elle-même, la reconnaissance d'une grande liberté dans l'exercice du droit de critique journalistique (*Adde* sur l'exigence de « l'expression pluraliste des courants d'opinion » : L. 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 1^{er}, mod. L. 17 janv. 1989 ; L. 1^{er} févr. 1994, art. 14 et s. relatifs au pluralisme dans les services de radiodiffusion sonore et de télévision).

B. – L'arrêt ici commenté n'en rappelle pas moins, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Chambre criminelle, que la légitimité du but poursuivi – à savoir l'information du public sur le fonctionnement de la justice et, en l'espèce, l'éventualité d'un conflit avec l'éthique médicale – ne dispense pas le journaliste des devoirs de sa profession – prudence, circonspection, objectivité et sincérité dans l'expression de sa pensée – et que le droit de libre critique cesse devant l'attaque personnelle. Ainsi cette dernière est-elle caractérisée même lorsque le texte ou l'image incriminés relèvent du domaine de la plaisanterie et de la satire politiques ; tel est le cas lorsqu'un ancien officier parachutiste, député européen, est représenté par un dessin faisant nettement apparaître un insigne nazi (Crim. 16 déc. 1986, *Bull. crim.* n° 374, Comp. : Crim. 4 mai 1976, *ibid.*, n° 142, pour l'imputation de tortures, mais en relation avec les fonctions exercées, ce qui excluait la diffamation envers un particulier au sens de l'art. 32 de la loi de 1881, fondement des poursuites ; Crim. 7 nov. 1989, *ibid.*, n° 403, approuvant la condamnation pour diffamation publique envers un agent de l'autorité publique du directeur de publication du *Canard enchaîné* pour un article, jugé diffamatoire, publié sous le titre : « Un émule de Barbie va entrer à l'Assemblée européenne »). Les outrances de langage et de plume conduisant à des étiquetages simplificateurs (« fascistes », « staliniens ») ou à des épithètes désobligeants (« Honteux », s'agissant d'un intitulé d'article), courantes lors des campagnes électorales, n'en demeurent pas moins prohibées (V. Crim. 15 oct. 1985, *Bull. crim.* n° 315, cassant un arrêt de relaxe), au même titre que des expressions outrageantes proférées au cours de réunions publiques à l'encontre notamment de ministres de la République (V. Crim. 21 oct. 1992, *Bull. crim.* n° 329, à propos du calembour « Durafour crématoire »).

On sait pourtant que, dans le domaine de la polémique politique, le fait justificatif tiré de la bonne foi n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans

l'expression de la pensée, dès lors du moins, selon la Chambre criminelle, « que (cette polémique) porte sur les opinions et les doctrines relatives au rôle et au fonctionnement des institutions fondamentales de l'Etat » (V. en dernier lieu Crim. 22 juin 1993, *Bull. crim.* n° 218) ; et l'on se souvient de la fameuse affaire dite des « juges rouges » où un syndicat de magistrats avait été mis en cause dans un article intitulé « Des juges contre la justice », rédigé dans des termes d'une âpreté plutôt surprenante de la part d'un ancien garde des Sceaux puisqu'il y était question de « noyautage systématiquement organisé », d'« entreprises subversives » et de « quadrillage des tribunaux » (Crim. 23 mars 1978, *Bull. crim.* n° 115, cette *Revue* 1979.332, observ. Levasseur, l'arrêt retenant une solution qualifiée en doctrine de « singulière » et de « curieuse » et qui « demanderait... à être précisée » : V. Conte, article préc., p. 59, note 47). Il n'en demeure pas moins que la personnalisation des attaques et leur acrimonie excèdent les bornes de la bienveillance jurisprudentielle. L'arrêt précité du 22 juin 1993 en fournit une illustration significative s'agissant de faits précis tendant à faire apparaître la personne mise en cause comme un magistrat « peu soucieux d'impartialité », se « soumettant au pouvoir politique et parfois aux pressions », ce qui « lui avait valu de l'avancement ». Quant à la critique portant sur le fonctionnement de l'institution judiciaire en l'absence de polémique politique, elle est susceptible de constituer le délit de diffamation envers un fonctionnaire public. Il en a été ainsi jugé à propos d'un avocat qui, au cours d'une conférence de presse, avait présenté un magistrat instructeur comme ayant abusé de la détention provisoire, assimilée en l'espèce à un traitement « s'apparentant à une torture morale », car destinée à briser la résistance de l'inculpée pour la punir avant son jugement, à défaut d'en obtenir les aveux : « La défense se bat parce qu'elle ne veut pas être complice d'une mort à petit feu. Que le supplice cesse ! » (Crim. 26 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 42). Quant aux polémiques nées de conflits sociaux et donnant lieu à des attaques personnelles, elles tombent, comme les précédentes, sous le coup de la loi (V. Crim. 23 nov. 1993, *Bull. crim.* n° 351, pour des faits de diffamation non publique envers un fonctionnaire public ; *Adde*, sur la rigueur jurisprudentielle actuelle, Véron, chron. au *JCP* 1994.éd. G. I.3775, 5-1°).

Pour écarter le motif tiré de la bonne foi, les arrêts mettent en évidence, outre l'esprit polémique des propos tenus ou des documents publiés, leur manque de mesure et d'objectivité. Ainsi en est-il de la lecture par le maire d'une commune d'un projet de plainte contre l'un de ses adjoints (Crim. 30 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 325), ou de la publication d'un article qui ne comportait pas les précisions nécessaires à une prétendue critique historique et à l'information loyale du public (Crim. 15 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 363, en matière de diffamation contre un particulier. *Adde* sur le devoir d'objectivité du journaliste : Crim. 15 oct. 1985, préc.). Ce dernier devoir n'est pas non plus respecté en l'absence de vérifications préalables et sérieuses sur l'exactitude des faits publiés. Ainsi en est-il de l'insinuation tendancieuse dans un article intitulé « Oui, G. est innocente, voici pourquoi... », que des policiers auraient pénétré clandestinement dans un pavillon pour y disséminer des morceaux de cordelette dont ils auraient ensuite simulé la découverte lors qu'une perquisition¹ (Crim. 26 nov. 1991, *Bull. crim.* n° 438 ; *D.* 1992.IR.86. V. également, sur la présentation des faits par voie d'insinuation ou sous une forme déguisée et dubitative, voire interrogative, Crim. 23 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 270 ; 6 oct. 1992, préc. ; 12 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 289, *JCP* 1994.éd. G. IV.195, p. 24). Quant à l'éventualité d'une erreur judiciaire et l'accusation de forfaiture portée par l'auteur du livre *Le pull-over rouge* contre des policiers au cours d'une émission télévisée intitulée : « Qui a tué Christian Ranucci ? », elles supposaient, étant donné la complexité de l'affaire, que les pièces essentielles du dossier fussent au moins lues à l'antenne pour éclairer le public dans un souci de vérité et d'impartialité (Crim. 4 févr.

1. Imputations qui font songer au film d'Orson Welles, *La soif du mal*, ainsi qu'à la célèbre affaire dite des Irlandais de Vincennes.

1992, *Gaz. Pal.* 1992.2.529, V. la note approbative rédigée par des journalistes professionnels, ainsi que les décisions des juges du fond citées en référence).

Encore faut-il, pour que l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 soit applicable, que la qualité du fonctionnaire ou du magistrat mis en cause soit, au moins pour partie, le moyen d'accomplir les faits imputés, ou qu'elle en soit le « support nécessaire » (Crim. 26 avr. 1983, *D.* 1984.376, note Pierchon ; 16 déc. 1986, *Bull. crim.* n° 374 ; 12 juill. 1988, *ibid.*, n° 300 ; 10 déc. 1991, *ibid.*, n° 468, *JCP* 1992.éd. G.IV.1038, p. 110 ; 6 oct. 1992, préc. *Adde* : Crim. 12 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 14, selon lequel l'article 31 vise également les faits constituant « sinon des actes de la fonction, du moins des abus de la fonction »). La Chambre criminelle ne manque pas, en effet, de rappeler que « les diffamations s'apprécient non d'après le mobile qui les a inspirées ou le but recherché par leur auteur, mais d'après la nature du fait sur lequel elles portent » (V. not. Crim. 10 déc. 1991, préc.).

Toutes les conditions étaient donc réunies, en l'espèce, pour que les prévenus fussent condamnés pour diffamations publiques envers un fonctionnaire public, et complicité. Certes, la présentatrice du journal télévisé faisait valoir que la nécessité d'être brève et de travailler rapidement ne lui avait pas permis de présenter un compte rendu détaillé et que l'absence de commentaire approuvateur antérieur justifiait une appréciation critique de sa part ; celle-ci était d'ailleurs corroborée, en l'occurrence, non seulement par les réactions « à chaud » de certains membres du barreau local, mais également par l'opinion d'un magistrat, auteur du livre *Profession-Répression*, dont les propos avaient été recueillis à l'occasion du reportage diffusé après l'annonce incriminée. Toutefois, cette argumentation était de peu de poids en présence des termes (« bizarre », « scandaleux », « déliant », « choquant », « impensable ») employés par les différents protagonistes de cette affaire. La connotation péjorative que l'arrêt attaqué leur attribuait était patente (à la différence d'un qualificatif plus neutre, tel que « expérience sortant de l'ordinaire », que les intéressés auraient pu substituer à ceux qu'ils avaient utilisés). Outre l'affirmation de l'anormalité de l'idée de réaliser une expérience de cette nature et de la difficulté d'en fournir une explication, la critique suggérait un dérèglement de l'esprit de son auteur. En outre, présentée par l'une des journalistes sous une forme interrogative (« Que ne ferait-on pas pour les besoins d'une enquête ? »), elle sous-entendait que, dans l'esprit du magistrat chargé de l'instruction, la fin justifiait les moyens, y compris la violation de principes moraux élémentaires. Enfin, l'information ayant été diffusée à une heure de grande écoute, il était facile de prévoir l'émotion, voire l'indignation, que l'annonce de l'expérience venant d'avoir lieu susciterait dans l'opinion publique. Par suite, et compte tenu de sa formulation, la critique était de nature à jeter le discrédit sur l'auteur de cette initiative, ce qui suffisait à caractériser le délit.

II. - Force est toutefois de constater que, si la décision du magistrat instructeur reposait juridiquement sur le fondement des articles 81, alinéa 1^{er}, et 156 du Code de procédure pénale, elle n'en soulevait pas moins un problème éthique d'une portée considérable. Parce qu'elle constituait un précédent judiciaire sur une question d'intérêt général à l'évidence controversée, cette décision justifiait incontestablement l'ouverture d'un débat public. Aussi l'argumentation des demandeurs aux pourvois, centrée sur le principe même des expérimentations effectuées sur des cadavres, consistait-elle à soutenir que l'enjeu d'une telle décision interdisait de subordonner le fait justificatif de la bonne foi à la prudence dans l'expression de la pensée. L'un des prévenus avait en effet été poursuivi pour avoir publié, sous le titre : « Problème d'éthique en têtes. L'expertise macabre suscite une polémique entre médecine et justice », un article où il était question de « détournement de cadavre » et où il était indiqué que si « les gens ont choisi de faire don de leur corps à la science (ce n'est) pas pour (ce) genre d'expérience qui n'a d'ailleurs qu'une utilité juridico-policière relative... alors qu'il existe d'autres moyens pour aboutir aux mêmes résultats » ; et l'auteur de l'article de conclure : « c'est une atteinte au respect des morts et une véritable tromperie morale ».

A. – Plus que sur les excès de plume et de langage, c'est sur le fond même du débat qu'il importe de faire porter l'analyse. Les réactions passionnelles suscitées par les manipulations sur l'homme, que ce soit du vivant de la personne ou après sa mort, ne sont d'ailleurs pas propres à la presse. Des universitaires de renom n'y échappent pas. Ainsi le professeur Malaurie n'hésite-t-il pas à adresser de vigoureuses critiques au législateur. L'auteur met en exergue les « truismes » et autres « ridicules gauloiseries » des « réglementations tatillonnes » contenues dans les projets de lois sur la bioéthique, qui « enfoncent les portes ouvertes » mais « éludent presque toutes les questions délicates », comme la décongélation de l'embryon, perspective qui lui paraît « ignoble », et fait également référence – sous une forme il est vrai plus littéraire mais tout aussi percutante que le style journalistique – au « crépuscule des dieux », renvoyant ainsi l'auditeur (communication présentée au colloque consacré aux *Aspects éthiques et juridiques de la procréation médicalement assistée*, organisé le 5 mars 1994 à la cour d'appel de Paris par l'Ordre des médecins et l'Ordre des avocats au barreau de Paris), puis le lecteur (*L'Homme, être juridique*, *D. 1994.Chron.*, p. 97 et 98), au drame wagnérien, ainsi qu'à l'Histoire².

Ces rapprochements ne sont pas fortuits. Depuis le célèbre code de Nuremberg (V. C. Ambroselli, *L'éthique médicale*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1988, p. 103 et s.) et les principes contenus dans des textes internationaux tels que la Déclaration d'Helsinki (1964), le Pacte de New York (1966) ou la Déclaration de Manille (1981), les expérimentations scientifiques sur le corps humain font l'objet d'un encadrement juridique (V. pour une étude d'ensemble : S. Gromb, *Le droit de l'expérimentation sur l'homme, Droit français et règles supranationales*, préf. J. Michaud, éd. Litec, 1992) et éthique (V. C. Ambroselli, *Comité d'éthique*, PUF, 1990. *Adde* : *Encyclopedia Universalis*, supplément 1991, Les comités d'éthique entre la morale et la politique, par C. Fauré, p. 259 à 262). Ainsi, en France, la loi Huriet du 20 décembre 1988 concerne-t-elle la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. Mais, curieusement, seul l'être vivant est visé par ces textes. Certes, la loi Caillavet du 22 décembre 1976 vise-t-elle les prélèvements d'organes effectués aussi bien sur une personne vivante (art. 1^{er}) que sur un cadavre (art. 2) et des dispositions législatives et réglementaires autorisent-elles l'autopsie judiciaire (c. civ., art. 81 en cas de mort violente ; c. proc. pén., art. 74 en cas de mort suspecte. *Adde*, sur les règles contenues dans le code de la sécurité sociale, art. L. 442-4, et d'autres dispositions légales : R. Saury, *Droit médical*, éd. Masson, 1989, p. 416. V. également Ceccaldi et Durigon, *Médecine légale à usage judiciaire*, éd. Cujas, 1979, spéc. p. 37 et s.), hospitalière (L. préc. du 22 déc. 1976, Décr. 31 mars 1978 et Circul. 3 avr. 1978, *JO* 5 avr. V. ces textes in c. santé publ., éd. Dalloz, 1993, Ann. VI, p. 1386 à 1399, et les références bibliographiques) ou privée (préfecturale ou municipale : c. communes, art. R. 363-20 et R. 364-14). En revanche, les expérimentations médicales ou scientifiques sur les cadavres ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique. Cette situation peut paraître d'autant plus inquiétante que, dans le passé, une utilisation « rationnelle » des cadavres avait été associée aux « expériences » réalisées dans les camps de concentration (V. C. Ambroselli, premier ouvrage préc., et M. Le Clère, *Les autopsies et le respect de la personne humaine*, *D. 1964.Chron.* 171, note 38) et qu'à la suite du dépouillement de documents classés secrets, de récentes révélations nous ont appris qu'aux Etats-Unis d'Amérique, pendant la guerre froide, quarante-quatre enfants morts-nés auraient fait l'objet d'expérimentations nucléaires (exposition à du strontium 90 et à du césium 137) pour déterminer, après incinération, quelles quantités de tels produits s'étaient fixées dans le corps de ces cobayes, sans que, selon toute vraisemblance, les parents en aient été informés (Rapp. du département d'Etat à l'énergie sur l'expérience « Chicago Baby

2. Nous nous permettrons d'y ajouter le film de Luchino Visconti, « les Damnés » ; le réalisateur met également en évidence, de manière saisissante, la décadence des valeurs morales consécutive à la montée du nazisme, en retraçant l'histoire d'une famille de grands industriels allemands prise dans la tourmente après la Nuit des longs couteaux.

Project » conduite par des chercheurs de l'Université de l'Illinois. V. *Le Monde* des 13 janv. et 5 mai 1994).

Plus récemment, des expériences de traumatologie effectuées (dans une certaine discrétion) sur des cadavres utilisés à la place de mannequins, ainsi que sur des singes vivants, sous le contrôle de médecins et d'ingénieurs spécialistes en accidentologie et dans le respect des critères d'essais définis à l'échelle internationale, ont conduit les pouvoirs publics, par crainte de virulentes campagnes de presse, à faire pression sur les constructeurs automobiles et les laboratoires de recherche concernés (tels que l'INRETS : Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité) pour mettre un terme à ces pratiques³. La finalité – non commerciale – de programmes d'expérimentation tendant à améliorer la sécurité routière n'avait pourtant rien de condamnable puisqu'il s'agissait d'explorer le champ encore mal connu des tolérances humaines aux chocs et aux décélérations. Il est vrai que la raideur cadavérique ne permettait d'obtenir que des renseignements partiels sur les lésions internes provoquées par les accidents; d'où les essais sur des animaux – bioéquivalents! – (essais d'ailleurs toujours pratiqués en aéronautique pour tester la résistance des réacteurs aux chocs consécutifs à l'aspiration des oiseaux...). Mais la préférence est aujourd'hui donnée à d'autres moyens d'expérimentation, parmi lesquels figure la modélisation mathématique de la répartition des masses et de la déformation des véhicules (utilisation de modèles cinématiques pour les études d'impacts; V. J.-P. Verriest, A. Chapon, D. Cesari et M. Ramet, *Les études sur la tolérance humaine aux chocs*, Revue *RTS (Recherche Transports Sécurité)* 1986, n° 9-10, p. 47 à 55; M. Ferlay, *Les moyens d'essais du laboratoire des chocs et de biomécanique de l'INRETS*, *ibid.*, p. 84 à 86; J.-P. Mizzi, *Simulation d'essais de choc d'un véhicule automobile*, et *Reconstitution de la cinématique spatiale d'un véhicule lors d'un essai de choc*, rapports INRETS, juill. 1989 et nov. 1989; *Addé* : *Les modèles INRETS de simulation*, ouvrage collectif, 1988, et J.-R. Carré, S. Lassarre et M. Ramos, *Modélisation de l'insécurité routière*, éd. Paradigme-Inrets/Dera, 1993).

B. – Il est clair que le puissant mouvement contemporain en faveur d'un renforcement de la protection des droits de l'homme – *naturels, inaliénables et sacrés*, selon la Déclaration du 26 août 1789 – n'a pas été perçu comme devant s'étendre au-delà de la mort. Seuls ont été élevés au rang de valeur suprême le respect de la vie et celui de la dignité de l'être, âme et corps indissociablement confondus. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire les préambules et certaines des dispositions (par exemple l'article 7, *in fine*, du Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques) des grands textes qui fondent juridiquement cette protection (V. *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, *Textes français et internationaux* réunis par J. Robert et H. Oberdorff, éd. Montchrestien, 1989). Mais, à une époque où, confronté aux incessants progrès de la science, l'homme, saisi de vertige, s'efforce de retrouver la véritable dimension du *sacré* (le terme latin *sacer* associe l'idée de vénération au sentiment de l'horreur), « le Prométhée, définitivement déchaîné, réclame une éthique » (Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, trad. J. Greisch, éd. Cerf, 1990). Aussi, la nécessité d'élaborer un statut du corps humain est-elle apparue avec la force de l'évidence le jour où des juristes ont pris conscience des liens paradoxaux unissant don de sperme ou d'organe, location d'utérus, cryogénéisation des cadavres, voire, dans un futur possible, satellisation des dépouilles... (V. J.-J. Taisne, préface à l'ouvrage de X. Labbé, *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, éd. Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 9. Sur ces inévitables corrélations, V. égal. C. Neirinck, note sous TGI Rennes, 1^{re} Ch. civ., 30 juin 1993, *JCP* 1994, éd. G.II.22250). Deux paraboles, celle de l'homme au doigt coupé (individu se prétendant propriétaire de la partie du membre qu'il avait lui-même sectionnée) et celle de l'homme aux cellules d'or (dont l'examen du sang avait révélé la présence de substances uniques au monde permettant peut-être de traiter certaines formes de cancers, substances abondamment

3. Information aimablement communiquée par M. Yvon Chich, directeur de laboratoire à l'INRETS.

ponctionnées par les médecins traitants à l'insu de leur patient : V. B. Edelman, *chron.* au D. 1989, p. 225 et s., à propos d'une décision de la cour d'appel de Californie rendue en juillet 1988. *Addé*, du même auteur : La recherche biomédicale dans l'économie de marché, *D.* 1991, *Chron.*, p. 203 et s.), illustrent l'évolution qui paraît s'esquisser vers cette sorte de *réification* de la vie – le corps serait une chose –, idée que combattent ardemment les uns, on l'a vu (V. not. Malaurie, art. préc., et *Droit civil, La famille*, éd. Cujas, 1993/1994, n° 458, p. 257), mais que d'autres approuvent, au nom précisément de l'efficacité de la protection de la personne humaine (V. plus particulièrement J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, éd. du Seuil, 1993).

Inversement, le refus traditionnel de personnifier le cadavre et de le considérer comme un sujet de droits, en raison de l'indivisibilité du corps et de l'esprit (V. Labbé, thèse préc., p. 167 et s., ainsi que l'étude du Conseil d'Etat, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, La Documentation française, 2^e éd., oct. 1988, p. 15 et 33), serait sur le point de céder avec l'émergence du corps humain en tant que tel dans le droit civil (les nouveaux textes sur la bioéthique, soumis à l'examen du Conseil constitutionnel à l'heure où nous écrivons, mettent l'accent sur la protection du corps humain afin d'assurer la dignité de la personne), comme dans le droit pénal (le nouveau code pénal incrimine « toute atteinte à l'intégrité du cadavre » au titre des atteintes à la personne humaine, Livre II, Titre II, à la dignité des personnes, Chapitre V, et au respect dû aux morts, Section 4, art. 225-17, al. 1, cette incrimination étant à rattacher au principe de l'inviolabilité du corps humain, V. en ce sens, *JOAN* 21 juin 1991, spéc. p. 3536).

Après l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (arr. du 31 mai 1991 rendu à propos des mères porteuses et refusant de considérer des éléments du corps humain comme objets de commerce : *JCP* 1991.éd. G.II.21752, comm. J. Bernard, concl. H. Dontenville, note F. Terré ; *D.* 1991.417, rapport Y. Chartier, note Thouvenin), le Conseil d'Etat s'est également prononcé sur ces questions très controversées. Au même titre que l'arrêt précédemment cité, la portée de la décision rendue dans l'affaire *Milhaud* mérite d'être soulignée (CE, ass., 2 juill. 1993, *JCP* 1993.éd. G.II.22133, note P. Gonod ; *D.* 1994.74, note Peyricat ; *AJDA* 1993.530, observ. C. Mangüé et L. Touvet ; *RFD adm.* 1993.100. *Addé* la chronique de M. Byk, secrétaire général de l'Association internationale droit, éthique et science, *JCP* 1994.éd. G.I.3763, n° 13). On sait, en effet, qu'à l'occasion d'un procès d'assises qui s'était déroulé à Poitiers, un médecin du Centre hospitalier universitaire (CHU) d'Amiens avait insufflé du protoxyde d'azote à une personne en état de coma dépassé (cliniquement morte au sens de la circulaire du 24 avr. 1968, mais sans que le décès eût été constaté dans des conditions analogues à celles définies par le décret du 31 mars 1978, art. 20 à 22) en vue de déterminer si une inhalation prolongée de ce produit avait pu entraîner une cyanose du corps. L'accusation avait invoqué les résultats de cette expérience au cours du procès. Ceux-ci établissaient qu'une telle inhalation n'avait été suivie d'aucun bleuissement du corps. Le professeur Milhaud avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire sur le fondement des articles 2, 7 et 19 du code de déontologie médicale (art. 2 : « Le médecin... exerce sa mission dans le respect de la vie et de la personne humaine »). Mais le Conseil d'Etat, plutôt que d'assimiler personne vivante et personne décédée (solution qui eût été révolutionnaire sur le plan juridique, rapp. Le Rapport au Premier ministre, dit Rapport Mattéi, *La vie en questions : une éthique biomédicale*, coll. des rapports officiels, La Documentation française, janv. 1994, qui n'hésite pas à parler de « moment copernicien dans l'histoire juridique du corps humain », p. 30, *in fine*. On consultera également le rapport de Mme Lenoir, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, 2 t., *ibid.*, 1991), et tout en dissociant la personne humaine de son corps, n'en est pas moins parvenu au même résultat en érigeant en « principe déontologique fondamental » le consentement de l'intéressé ou de ses proches à toute intervention sur son corps et a refusé de considérer un mort comme un objet d'expérimentation médicale et scientifique, marquant ainsi l'importance qu'il attache au respect dû à la dépouille mortelle (en outre, la Haute Juridiction note que

l'expérience en question ne répondait pas « à une nécessité scientifique reconnue ». Cette décision est, en définitive, très proche de la position adoptée depuis 1988 par le Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. En effet, celui-ci situe au premier rang de l'échelle des valeurs le « respect dû à la personne et à sa dépouille mortelle », la « loyauté vis-à-vis de sa famille » et la « confiance qui ne peut être trahie », tout en reconnaissant l'intérêt qui s'attache à la recherche médicale (Avis du 7 nov. 1988, in X^e anniversaire du Comité : Les avis de 1983 à 1993, INSERM, Paris, 1993). Il distingue toutefois les transplantations d'organes ayant pour finalité « de sauver une vie humaine dans l'immédiat » et les expérimentations « dont le résultat n'est pas prévisible ». La loi du 22 décembre 1976 (art. 2, al. 1) admet, il est vrai, que le consentement du défunt – majeur – est présumé aussi bien lorsque les prélèvements sont effectués à des fins thérapeutiques que lorsqu'ils le sont à des fins scientifiques. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat refuse, pour sa part, de considérer un cadavre comme une chose et confère aux morts une protection sensiblement équivalente à celle dont bénéficient les personnes vivantes au regard des expérimentations médicales. Sa position, comme celle du Comité national d'éthique, contribue ainsi à sacraliser le concept de personne humaine même au-delà de la mort.

C. – Or, pour revenir à l'arrêt de la Chambre criminelle du 6 juillet 1993, celui-ci s'inscrit dans le cadre juridique et éthique ainsi défini. Les têtes de cadavres ayant servi à l'expertise balistique litigieuse avaient été prélevées sur les dépouilles de personnes ayant fait don de leur corps à la science. Les conditions dans lesquelles cette expertise avait été réalisée, avec toutes les garanties qui s'y attachaient (à la différence de l'usage parfois peu respectueux des restes humains mis à la disposition des étudiants dans le cadre des travaux dirigés d'anatomie), laissaient donc intacte la permanence du lien entre le corps et l'esprit des défunts qui, aussi abstrait qu'il soit, doit demeurer inaltérable à travers le temps. S'il est vrai qu'il n'y a pas « de plus noble destination pour un corps que l'esprit a quitté que de servir à soutenir la vie d'une autre personne humaine » (J. Savatier, *Et in hora mortis nostrae*, D. 1968, chron. p. 94), le but n'est pas moins élevé lorsque, par un acte individuel désintéressé et altruiste au profit de la Science, une personne met de la sorte son corps au service de l'Humanité tout entière (V. les règles générales relatives aux dispositions testamentaires : c. civ., art. 967 et s., ainsi que le texte reconnaissant à toute personne le droit de régler les conditions de ses funérailles : L. 15 nov. 1887, art. 3. V. également l'incrimination spéciale prévue par le nouvel art. 433-21-1 c. pén. *Adde* sur certains aspects juridiques du don du corps : Cass. soc., 20 janv. 1994, D. 1994.229, concl. Chauvy, et les références aux dispositions correspondantes du code de la Sécurité sociale et du code des communes).

Certes, le règne de la « techno-science », de même que les privilèges qui lui sont nécessairement attachés, n'autorisent personne à violer les droits les plus sacrés de l'homme (V. déjà les motifs d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 17 juin 1896, reproduits dans l'ouvrage de C. Vitani, *Législation de la mort*, collection de médecine légale, éd. Masson, 1962, et repris en conclusion de l'article préc. de M. Le Clère. *Adde* sur les risques de dérive soulignés par un auteur et le rapprochement fait par celui-ci avec les essais, en 1792, de la « guillotine » sur des cadavres ! J.-P. Doucet, *La protection pénale de la personne humaine*, vol. 1, 2^e éd., 1994, p. 40. V. également, sur les controverses relatives aux prélèvements de cornées sur des cadavres d'adolescents, A. Tesnière, *Les yeux de Christophe*, éd. du Rocher, 1994). Mais qui doit en être juge ? Assurément pas les journalistes, tant ces derniers ont de la peine à fixer leur propre déontologie (V. notamment E. Derieux, *Droit de la communication*, LGDJ, 1991, spéc. p. 317 et 318, et P. Auvret, *Les journalistes*. Statut. Responsabilités, *Encycl. Delmas*, 1994, p. 53 et s., ainsi que notre étude précitée et les références de la note 65. *Adde* : *Médiapouvoirs* n° 13, janv.-mars 1989, *L'éthique du journalisme*, et n° 22, avr.-juin 1991, *Justice et médias* ; *Encyclopedia Universalis*, supplément 1992, *Ethique et journalisme* : vers un « civisme » de l'information, par J. Roman, p. 97 à 102). On sait que certains d'entre eux n'ont pas

hésité, voici quelques années, à prendre le risque de déconsidérer toute une profession en filmant la mort en direct d'une petite fille (appréciation formulée dans des termes encore plus abrupts par un *bonus pater familias*, Ph. Conte, aux XII^e journées précitées de l'Association française de droit pénal consacrées à la liberté de la presse). Ce sont les mêmes, tous médias confondus, qui s'autorisent d'ailleurs à donner des leçons à tout le monde en général et à chacun en particulier, mais sans jamais tolérer d'être jugés par quiconque. On lira les sévères critiques qu'un auteur, dont les écrits ne sont pourtant jamais polémiques, adresse à la presse dite d'information (Vitu in *Juris-Classeur pénal*, Atteintes à l'autorité de la Justice, art. 226 et 227, n° 2 et s.). Celles-ci ne font du reste que reprendre une opinion depuis longtemps exprimée par ce grand magistrat qu'était Pierre Mimin – dont par ailleurs le lumineux ouvrage, *Le style des jugements*, Librairies techniques, 4^e éd., 1978, est trop peu souvent cité –, et dont les pertinentes observations sur le sujet avaient été présentées dans une étude intitulée *Offense à la Justice, délit de presse* (*Rev. pol. et parl.* 1959, p. 226 et s.). Aussi ne paraît-il pas excessif d'attribuer, au moins pour une large part, le dépérissement du sens civique, politique et moral de nombre de nos concitoyens à la dégradation de la technique journalistique, dégradation qui n'a fait que s'accroître au fur et à mesure qu'augmentait l'audience de la télévision. En outre, dans les domaines qui touchent aux concepts de la vie et de la mort, où n'existe aucune certitude, et où sont en jeu les principes mêmes sur lesquels repose notre société, les moyens de communication et d'information auxquels nous faisons allusion ne peuvent apporter aux débats qu'une *contribution simplificatrice, réductrice, subjective et irréfléchie* (V. l'ouvrage publié à l'issue des Quatrièmes journées René Savatier de Poitiers des 25 et 26 mars 1993, *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, 1994, et, plus particulièrement en ce sens, la préface du Doyen Breillat).

Que répondre donc, aujourd'hui, à la question : « De l'éthique au droit ? », sinon que les comités de sages, aussi savants et honorables fussent-ils, ne peuvent prétendre se substituer au législateur et au juge ; que ces derniers ne sauraient laisser impunément le champ libre à l'arbitraire des appréciations d'un « quatrième pouvoir » inconséquent ; et surtout que les enseignements de Montesquieu, de Kant et de Tocqueville devront continuer à nous guider dans la recherche du délicat équilibre entre la liberté de la presse et l'indépendance du pouvoir judiciaire.

B. CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

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

I. - PROCÉDURE PÉNALE (suite)

1. *Réforme de la procédure pénale (loi du 4 janvier 1993)*

a) Toujours en ce qui concerne les enquêtes de la *police judiciaire*, la loi du 4 janvier 1993 a développé les garanties en matière de garde à vue, afin que cette mesure, nécessaire comme dans la plupart des législations européennes, soit plus équilibrée et plus humaine. En premier lieu, l'article 63-1 nouveau du code de procédure pénale prévoit l'information de la personne gardée à vue sur ses droits définis aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 (avertissement de la famille, examen médical et entretien avec un avocat), ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue. Mention de cet avis est portée au procès-verbal et émargée par l'intéressé. Ces informations doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend (sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait intervention d'un interprète).

En deuxième lieu, l'article 63-2 prévoit l'avertissement d'un membre de la famille, l'officier de police judiciaire pouvant ne pas faire droit à cette demande, mais devant alors en référer sans délai au procureur de la République qui décide, s'il y a lieu, d'y faire droit.

En troisième lieu, l'article 63-3 permet l'examen médical sur la demande du gardé à vue, un deuxième examen étant possible en cas de prolongation. Un membre de la famille pouvait le demander, tandis que le procureur et l'officier de police judiciaire pouvaient d'office désigner un médecin pour y procéder. Si l'examen est demandé par l'intéressé ou sa famille, le médecin était choisi par le demandeur sur une liste établie par le procureur de la République. Le médecin désigné devait procéder à l'examen sans délai, et préciser sur le certificat, versé au dossier, l'aptitude de l'intéressé au maintien en garde à vue.

En dernier lieu, l'article 63-4 autorisait un entretien avec l'avocat. Dans le texte qui devait normalement entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1994, cet entretien pouvait, sur la demande de l'intéressé, avoir lieu dès le début de la garde à vue. A titre transitoire, à compter du 1^{er} mars 1993, l'entretien ne pouvait intervenir qu'au bout de la 20^e heure, ce délai étant porté à 48 heures, dans le cas où la garde à vue est soumise à des règles particulières de prolongation, et uniquement si une prolongation supplémentaire était envisagée. L'avocat peut être choisi par l'intéressé ; il peut aussi être désigné par le bâtonnier si l'intéressé n'est pas en mesure d'en désigner un, le bâtonnier devant être informé par tous moyens et sans délai.

L'entretien avec l'avocat doit avoir lieu dans des conditions qui garantissent la confidentialité. Cet entretien a une durée de 30 minutes, et l'avocat peut formuler des observations écrites qui seront jointes à la procédure. Mais l'avocat ne peut faire état de

cet entretien à quiconque pendant la durée de la garde à vue, et ce pour éviter que des comparses ne soient informés et procèdent à des destructions de traces ou pièces.

Enfin, les articles 64 et 65 du code de procédure pénale sont modifiés. Le procès-verbal de la garde à vue doit mentionner les demandes formulées par l'intéressé, et toutes les mentions prévues par les articles 63-1 et 64 doivent aussi être portées sur le registre spécial de la garde à vue tenu dans tout local de police ou de gendarmerie.

Corrélativement, des aménagements ont été apportés à la garde à vue en matière d'enquête préliminaire ou sur commission rogatoire.

En matière d'*enquête préliminaire*, la garde à vue n'est permise qu'à l'encontre des personnes contre qui existent des indices faisant présumer une participation aux faits, ce qui élimine la garde à vue du simple témoin. Le renouvellement de la garde à vue devrait intervenir après présentation au magistrat, lequel devait indiquer la durée de la garde à vue supplémentaire. Le dernier alinéa de l'article 77 déclare applicables les articles 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, 64 et 65 du code de procédure pénale.

Toujours en matière d'enquête préliminaire, la loi du 4 janvier 1993 autorise la comparution forcée des témoins, sur décision du procureur de la République, provoquée par l'officier de police judiciaire. Sans doute a-t-il été indiqué que, dans certains cas, l'absence du témoin (qui, en ce cas, ne pouvait pas être arrêté) gênait le déroulement de certaines enquêtes et imposait l'ouverture d'une information. Mais, il reste que l'enquête préliminaire se différenciera peu de l'enquête de flagrance, sauf pour les perquisitions, et que son caractère « volontariste », c'est-à-dire la libre participation des citoyens, est en voie de régression. En bref, même s'il est contrôlé par un magistrat, ce pouvoir de coercition change la nature de l'enquête préliminaire.

Par ailleurs, ces « témoins » ne peuvent être retenus que le temps strictement nécessaire à leur audition (art. 78, al. 2, c. pr. pén.). Il semblerait que cette audition ne soit plus un interrogatoire, lequel peut comporter des questions supplémentaires.

En ce qui concerne les *commissions rogatoires*, l'article 151 indique que le juge fixe le délai dans lequel la commission rogatoire doit être renvoyée, accompagnée des procès-verbaux dressés pour son exécution et, à défaut de fixation d'un délai, celui-ci est de huit jours. De plus, l'article 154 nouveau indique que, dès le début de la garde à vue, l'officier de police judiciaire informe le juge mandant de la mise en garde à vue. C'est à ce juge que doit être présenté l'intéressé à l'expiration du délai de 24 heures (sauf exécution de la commission rogatoire dans un autre ressort, auquel cas c'est le juge du lieu d'exécution qui doit procéder à la prolongation). La durée du renouvellement est précisée par le juge ; elle ne peut excéder 24 heures. S'agissant de l'exécution de la garde à vue, sont applicables les articles 63-1 à 65 du code de procédure pénale.

Enfin, les articles 13 et 14 de la loi supprimaient l'intervention éventuelle du juge d'instruction dans les enquêtes de flagrance, seul le procureur conservait les attributions fixées par l'article 69 du code de procédure pénale. Cette disposition tendait à montrer le rôle prééminent du parquet dans la surveillance et le contrôle des enquêtes de police judiciaire, alors que, historiquement, c'est par une extension des dérogations justifiées par la flagrance que de tels pouvoirs avaient pu être conférés à la police judiciaire.

b) En matière d'*instruction*, la loi du 4 janvier 1993 apporte des solutions à certaines difficultés, et modifie certains équilibres traditionnels.

En premier lieu, la question de la désignation du juge d'instruction reçoit une nouvelle réponse. Le principe est à nouveau affirmé que c'est le président du tribunal (ou son remplaçant) qui désigne le juge chargé d'une information. Mais, comme dans la réforme antérieure (1989), cette désignation est considérée comme une mesure d'ordre intérieur, insusceptible d'un quelconque recours. De plus, l'article 83, alinéa 2, du code de procédure pénale autorise, pour des affaires complexes ou importantes, la désignation de plusieurs juges pour une même instruction, soit dès le début de la procédure, soit en cours

d'instruction. Ce deuxième (ou troisième juge) peut être délégué par le premier président de la cour d'appel (tribunaux à un ou deux juges d'instruction). Il n'y a pas lieu, alors, de suivre les règles pour le remplacement des juges, car le « juge adjoint » peut remplacer ou suppléer naturellement le juge d'instruction pilote (art. 84 c. pr. pén.).

En deuxième lieu, sont modifiées les dispositions concernant l'inculpation qui devient la « mise en examen », ce terme ayant été jugé plus neutre que l'inculpation qui comporte, pour les latinistes, l'idée d'une faute, laquelle serait présumée, ce qui est contraire à la présomption d'innocence (art. 6-2 Conv. E.D.H.).

Tout d'abord, l'article 80-1 nouveau du code de procédure pénale indique que le réquisitoire introductif est pris soit contre personne dénommée, soit contre personne non dénommée. Il est pris contre personne dénommée s'il existe des indices graves et concordants laissant présumer une participation aux faits soumis au juge. De plus, ce réquisitoire doit être porté à la connaissance de la personne, qui doit aussi être avisée du droit qu'elle a d'être assistée d'un avocat choisi ou commis d'office. Cette personne, nommément visée, est mise en examen, et ne peut plus être entendue comme témoin. Si la personne est déférée au procureur de la République, ces formalités sont accomplies immédiatement ; dans l'hypothèse inverse, le procureur procède par lettre recommandée, à la condition que le domicile de la personne soit connu.

Il s'agissait là d'une réforme importante. On peut relever, en effet, que la mise en examen se situait avant la présentation au juge, et qu'elle résultait de l'appréciation par le procureur de l'existence « d'indices graves et concordants ». Par ailleurs, c'est l'autorité poursuivante et non le juge qui décide de cette mise en examen ce qui, évidemment, constituait un pas vers la suppression du juge d'instruction et vers la concentration des pouvoirs d'enquête sur le procureur, que l'enquête soit judiciaire ou policière.

Néanmoins, dans l'hypothèse d'une réquisition contre personne non dénommée, le juge devait seulement aviser le procureur, s'il envisageait de mettre en examen une personne contre laquelle apparaissaient des indices graves et concordants de participation aux faits, étant entendu que cette mise en examen n'avait lieu qu'après cet avis. Par similitude des formes, le juge devait informer la personne de son droit à l'assistance d'un avocat choisi ou commis d'office ; il pouvait même procéder par lettre recommandée pour la mise en examen.

En cas de saisine par constitution de partie civile, la loi du 4 janvier 1993 procédait à une harmonisation. Le réquisitoire du procureur devait être pris contre personne dénommée s'il apparaissait des indices graves et concordants de participation aux faits, le procureur devant informer la personne de ses réquisitions et de ses droits (art. 86, al. 3, nouveau c. pr. pén.). Si la plainte n'apparaissait pas suffisamment motivée, le procureur pouvait demander au magistrat instructeur d'entendre la partie civile et de l'inviter à produire toute pièce utile à l'appui de sa plainte.

Au cours de l'instruction, qu'elle soit ouverte sur demande du parquet ou de la victime, la loi du 4 janvier 1993 offre de nouveaux droits aux parties.

Selon l'article 24 de la loi, des modifications sont apportées à l'article 81. Une partie peut solliciter le juge de procéder ou faire procéder à l'un des examens psychologiques ou médical ou à toutes autres mesures utiles en vue de parvenir à la connaissance de la personnalité de la personne mise en examen. Le juge doit y répondre dans le délai d'un mois, s'il envisage de ne pas y donner suite. A défaut d'avoir statué dans ce délai, la partie peut saisir directement le président de la chambre d'accusation qui statue et procède conformément à l'article 186-1, alinéas 3 à 5, du code de procédure pénale.

Mais c'est l'article 27 qui rend plus accusatoire la procédure de l'instruction au premier degré. Ce texte introduit dans le code de procédure pénale un article nouveau 82-1 selon lequel « les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'une demande écrite et motivée, tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur

interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux ou à ce qu'il soit ordonné la production, par l'une d'entre elles, d'une pièce utile à l'information ». En pareil cas, le juge doit rendre une ordonnance dans le délai d'un mois s'il n'entend pas y faire droit et, à défaut, le demandeur peut saisir directement le président de la chambre d'accusation.

En outre, trois mois après sa dernière comparution, la personne mise en examen peut demander à être entendue par le juge d'instruction, lequel doit l'interroger dans les 15 jours de réception de la demande.

Du point de vue du déroulement de l'instruction, il faut noter que l'article 87 du code de procédure pénale autorise, bien sûr, la constitution de partie civile à tout moment au cours de l'instruction, et que cette constitution peut être contestée par le procureur de la République ou par toute partie dans les dix jours de l'avis ou de la notification qui en sera donnée, le juge pouvant aussi d'office déclarer irrecevable une constitution. S'il y a contestation, le juge doit statuer dans les cinq jours de la communication du dossier au parquet. La personne contestée peut relever appel de la décision. Pour tenir compte du délai de contestation – et éviter une prise de connaissance du dossier par une personne devant demeurer étrangère au dossier –, l'article 87 ne conférerait les droits de la partie civile que dix jours après le dépôt de la plainte, ou après rejet de la contestation. La loi du 24 août 1993 est revenue sur ces dispositions.

Par ailleurs, comme la mise en examen pouvait intervenir dès qu'il existait des indices graves et concordants de participation aux faits, la loi du 4 janvier 1993 avait abrogé l'article 105 sur les inculpations tardives (art. 31 de la loi). En réalité, c'est oublier que, en cas de procédure ouverte contre X, il peut y avoir des témoins qui cessent de l'être. C'est pourquoi la loi ultérieure du 24 août 1993 a rétabli cette disposition, en supprimant d'ailleurs la nécessité du dessein de nuire de l'agent. En revanche, la loi du 4 janvier maintenait l'article 104, sur l'audition des personnes nommément visées par une plainte assortie d'une constitution de partie civile. Elle le complétait en lui donnant non plus le droit à un avocat et à l'accès au dossier, mais en conférant à cette personne tous les droits des personnes mises en examen, ce qui pouvait être logique dans le projet de loi qui distinguait une phase de mise en examen et une phase de mise en cause mais ne l'était plus dans la loi du 4 janvier 1993 qui avait donné les droits du mis en cause à la personne mise en examen.

En ce qui concerne les *interrogatoires*, la loi du 4 janvier 1993 procède à un réaménagement des textes. Tout d'abord, la première comparution – qui suit la mise en examen –, doit avoir lieu dans un délai de 15 jours de la réception de la demande de la personne informée de la mise en examen (art. 116-1). Cette disposition pouvait être de nature à accélérer le cours de la procédure mais, outre que le juge se trouvait sous la dépendance de l'intéressé, cela pouvait gêner le juge dans la conduite de ses recherches sur le dossier ou sur d'autres. Néanmoins, la loi du 24 août 1993 a maintenu cette disposition qui est moins gênante, puisque c'est le juge lui-même qui prend l'initiative de l'envoi de l'avis de mise en examen.

La première comparution voit son régime fixé par l'article 116 (et non plus l'article 114). Comme par le passé, le juge constate l'identité de la personne et lui fait connaître expressément chacun des faits dont il est saisi. Si la personne est déferée, le juge ne peut pas l'interroger sans son accord, lequel ne peut être donné qu'en présence de son avocat. Mais le juge a toujours la possibilité de recevoir les déclarations spontanées de la personne mise en examen. La personne doit déclarer son adresse personnelle (ou celle d'un tiers acceptant de recevoir les actes destinés à la personne mise en examen), et elle est informée de l'obligation de signaler ses changements d'adresse comme de la portée de la déclaration d'adresse (art. 116, al. 4).

Si la personne avait été convoquée, le juge peut procéder à son interrogatoire immédiat (art. 116, al. 1). C'est là une disposition heureuse que la loi du 24 août a

maintenue, car, pour de nombreuses affaires où aucune restriction ou privation de liberté n'est envisagée, il est commode d'informer la personne par lettre et de lui permettre de se préparer à l'interrogatoire, avec l'aide de son avocat lequel va prendre connaissance du dossier.

C'est l'article 114 du code de procédure pénale qui fixe les modalités d'intervention de l'avocat (au lieu de l'art. 118 c. pr. pén.). Le principe demeure que les parties ne peuvent être « entendues, interrogées ou confrontées » qu'en présence de leur avocat ou celui-ci dûment appelé, sauf renonciation expresse. L'avocat doit être convoqué au plus tard cinq jours ouvrables avant l'acte en cause, par pli recommandé avec demande d'avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier de la procédure.

La procédure est mise à leur disposition quatre jours ouvrables au plus tard avant la première comparution ou la première audition de la personne ; ensuite, sur la demande de l'avocat, elle est mise à tout moment à disposition, durant les jours ouvrables. C'est là une innovation importante qui sera maintenue par la loi du 24 août 1993 qui a seulement réservé les exigences du fonctionnement du cabinet d'instruction (temps de nuit par exemple, jours fériés, etc.). Bien évidemment, en cas de déferement, le dossier peut être communiqué sans délai. Une fois le premier acte accompli (première comparution ou première audition), les avocats peuvent se faire délivrer, à leurs frais, copie de tout ou parties des pièces et actes du dossier, pour leur usage exclusif et sans pouvoir en établir de reproduction (la méconnaissance de cette disposition pourrait exposer à des sanctions disciplinaires).

Quant au choix de l'avocat, toute partie est libre de décider comme elle l'entend. Si elles en choisissent plusieurs, elles doivent préciser celui qui sera destinataire des convocations et notifications, faute de quoi le premier choisi sera réputé le destinataire (art. 115 c. pr. pén.). Enfin, comme dans le passé, le juge d'instruction peut procéder à tout interrogatoire et à toute confrontation, nonobstant les règles de l'article 116 du code de procédure pénale, en cas d'urgence, celle-ci s'entendant du danger de mort pour un témoin ou de l'existence d'indices sur le point de disparaître (art. 117).

La loi du 4 janvier 1993 procède, par ailleurs, à quelques aménagements dans le domaine de l'expertise. L'article 156, alinéa 2, est aligné sur les demandes d'actes de l'article 81 ou 81-1, c'est-à-dire que le juge doit rendre une ordonnance motivée de rejet de la demande d'expertise, au plus tard dans le délai d'un mois de la demande. S'il y a eu expertise, les conclusions sont portées à la connaissance des parties et de leurs avocats, convoqués conformément à l'article 114 du code de procédure pénale, à moins qu'elles ne soient notifiées par lettre recommandée ou par l'intermédiaire du chef d'établissement pénitentiaire. La demande de supplément d'expertise ou de contre-expertise doit donner lieu à une décision du juge pour laquelle sont applicables les dispositions du dernier alinéa de l'article 81 du code de procédure pénale.

Corrélativement, l'article 186-1 du code de procédure pénale relatif au droit d'appel des parties est complété ; on y trouve les ordonnances (de rejet) des articles 81 alinéa 9, 82-1, 156 alinéa 2 et 167 alinéa 2. Puisque la décision du président de la chambre d'accusation est insusceptible de recours, la loi du 4 janvier 1993 a supprimé l'obligation de motivation, mais elle impose la motivation de la décision de retour au juge du dossier, ce qui évidemment laisse perplexe (cf. art. 45 de la loi du 4 janv. 1993).

Enfin, on s'achemine vers la *clôture* de l'information. A cet égard, mérite d'être signalée la disposition de l'article 175-1 du code de procédure pénale – maintenu par la loi du 24 août 1993 –, destiné à accélérer le cours des instructions... lentes. Toute partie (personne mise en examen ou partie civile) peut, à l'expiration du délai d'un an (à compter de la mise en examen ou de la constitution de partie civile), demander au juge d'instruction de prononcer le renvoi ou de rendre un non-lieu. Dans le délai d'un mois, le juge doit soit procéder en vue d'un renvoi, soit rendre son non-lieu. A défaut de

décision, le demandeur peut saisir la chambre d'accusation, laquelle, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur général, se prononce dans les vingt jours de la saisine. La loi n'ayant pas indiqué ce qui peut être décidé, il semble que la chambre d'accusation puisse prescrire la continuation des investigations, car il n'est pas possible de fixer un terme préfixe à des recherches parfois délicates. La disposition est intéressante, et peut inciter à faire respecter le délai raisonnable de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Sous réserve de cette incitation, la loi du 4 janvier 1993 prévoyait que lorsque l'information était, selon lui, achevée, le juge devait donner connaissance à la personne mise en examen, en présence de son avocat ou celui-ci appelé, des présomptions de charge constitutives d'infractions pénales estimées réunies. Les observations de l'intéressé étaient recueillies. Cette ordonnance – qui avait failli donner lieu à un appel (lequel a été écarté, car il aurait été pratiquement impossible d'obtenir une relaxe...) – s'est substituée à la mise en cause initialement prévue, et qui ne débouchait que sur une clôture !

Il ne s'agissait pas d'un véritable interrogatoire, pas même de l'interrogatoire récapitulatif, utilisé en matière criminelle, puisque le juge indiquait le résultat de ses réflexions, sans qu'un débat s'instaure, la partie civile étant d'ailleurs absente. Cela correspondait somme toute à « l'étape nécessaire » que la Cour de cassation avait admise au début de ce siècle. Néanmoins, cette notification des charges intervenait avant que le dossier n'ait été communiqué au procureur de la République et donc sans que le juge ait connaissance des propositions de ce magistrat.

Que décider, par ailleurs, si le procureur était d'un avis radicalement différent. Par exemple, le juge pense à un non-lieu, mais le procureur suggère un renvoi. Convenait-il de procéder à une notification des charges ? Des problèmes n'auraient pas manqué d'être posés.

Quoi qu'il en soit, à ce stade de la procédure, le juge d'instruction devait aviser la personne mise en examen, mais aussi les autres parties (soit verbalement, soit par lettre recommandée) que le dossier sera communiqué au procureur à l'expiration d'un délai de vingt jours. Il les avise également que, après la communication, elles ne seront plus recevables à formuler une demande ou à présenter une requête en vue d'un acte (art. 82-1), d'une expertise (art. 156, al. 1), d'un examen de personnalité (art. 81, al. 9) ou même d'une nullité de procédure (art. 173, al. 3, c. pr. pén.).

c) Le renforcement de la présomption d'innocence

Le titre V de la loi du 4 janvier 1993 est consacré au respect de la présomption d'innocence et aux garanties de la liberté d'information.

En premier lieu, un article 9-1 est introduit dans le code civil qui affirme que « chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ». Aussi, lorsqu'une personne est présentée, avant toute condamnation, comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, ordonner l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué pour faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence. Cette action peut être intentée sans faire obstacle à une action en réparation des dommages subis et des autres mesures qui peuvent être prescrites en application du nouveau code de procédure civile et ce, aux frais de la personne responsable de l'atteinte à la présomption d'innocence.

En deuxième lieu, en cas de décision de non-lieu, le juge devait ordonner, sur la demande de la personne mise hors de cause, soit la publication (intégrale ou partielle) de la décision de non-lieu, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif, dans un ou plusieurs journaux, écrits périodiques ou services de communication audiovisuelle désignés (art. 177-1 et art. 212-1 c. pr. pén.). Cette disposition qui ne donnait aucune faculté au juge de refuser d'y faire droit a été adoucie

par la loi du 24 août 1993 qui en a fait une faculté pour le juge d'instruction ou la Chambre d'accusation.

En troisième lieu, des modifications sont apportées à la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Le droit de réponse, normalement ouvert pendant un an, est à nouveau autorisé, pour une période de trois mois, à compter du jour où une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement est devenue définitive, si la personne avait été nommée ou désignée dans un journal ou un périodique à l'occasion de poursuites pénales (art. 50 de la loi du 4 janv. 1993). En outre, le refus d'insertion, qui était sanctionné par l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe, est devenu un délit punissable d'une amende de 300 F à 1 500 F, portée à 25 000 F par suite de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal (1^{er} mars 1994).

Enfin, la matière de la prescription prévue par la loi du 29 juillet 1881 est réaménagée. L'article 65, alinéa 1^{er}, reçoit une nouvelle rédaction. Comme par le passé, c'est à la fois l'action publique et l'action civile qui sont soumises à la prescription abrégée de trois mois. Mais la loi du 4 janvier 1993 harmonise ce texte avec le droit commun en visant expressément, comme actes interruptifs, les actes d'instruction. De plus, un nouvel alinéa 2 précise que, avant l'engagement des poursuites, seules les réquisitions à fin d'enquête seront interruptives de la prescription, à la condition qu'elles articulent et qualifient les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquelles l'enquête est ordonnée. La loi tient donc compte de la jurisprudence qui, exceptionnellement en cette matière, n'admettait pas d'effet interruptif pour un soit-transmis (V. not. Crim. 10 déc. 1991, *Bull. crim.* n° 469, *Gaz. Pal.* 1992.II.527, note Domingo).

Deux articles nouveaux (65-1 et 65-2) ont été ajoutés à la loi sur la presse. Le premier précise que les actions fondées sur une atteinte, au respect de la présomption réalisée selon l'un des moyens visés à l'article 23 (publicité) se prescrivent par trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité. Quant au second, il admet une réouverture du délai de prescription de trois mois, en cas d'imputation portant sur un fait susceptible de revêtir une qualification pénale, à compter du jour où est devenue définitive une décision pénale sur ces faits et ne la mettant pas en cause.

En quatrième lieu, le droit de réponse, en matière audiovisuelle, peut être exercé, après une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, par suite de la réouverture du délai organisé par l'article 54 de la loi du 4 janvier 1993 (art. 6, al. 5, loi du 29 juill. 1982). Il suffit que des imputations susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne physique ou morale aient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle.

Enfin, les articles 55 et 56 de la loi du 4 janvier 1993 apportent des garanties aux membres de la presse. Le premier texte introduit un article 56-2 dans le code de procédure pénale, selon lequel les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat. Ce magistrat veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information. En clair, un policier ne peut pas appréhender une cassette-védo, par exemple d'une manifestation ; seul le procureur peut effectuer cette perquisition et la saisie doit être telle qu'elle n'empêche pas la diffusion de l'information (une copie de la cassette sera donc effectuée pour les besoins de l'enquête). Quant au deuxième texte, il permet au journaliste, entendu comme témoin, de ne pas révéler ses sources. Il institue donc une sorte de secret professionnel, alors que cependant ce qui a été appris par le journaliste ne touche pas à l'intimité de la vie privée. C'était une revendication ancienne qui a été satisfaite.

d) La question de la détention provisoire

Soucieux de limiter les mises en détention provisoire, la loi du 4 janvier 1993 a voulu retirer ce pouvoir au juge d'instruction. Des tentatives précédentes avaient eu lieu le

10 décembre 1985 puis le 31 décembre 1987, la première loi instituant une juridiction collégiale d'instruction et la seconde visant seulement la mise en détention. Le projet initial du gouvernement tendait à soumettre à des juges la question de la mise ou du maintien en détention. Il avait été soutenu par le Sénat qui voyait des avantages à cette solution. Mais les députés ont estimé que, faute de moyens, cette réforme pouvait être torpillée, aussi ont-ils suggéré que la mise en détention soit du ressort d'une juridiction collégiale composée d'un juge et deux assesseurs (les échevins) désignés par le président du tribunal sur une liste établie annuellement par l'assemblée générale du tribunal (art. 137-1 nouv. c. pr. pén.). Cette chambre aurait été saisie par le juge d'instruction qui aurait dû procéder à la convocation de l'avocat.

La mission de la chambre aurait été de se décider sur la mise en détention, après examen de la matérialité des charges et de la nature des incriminations, en fonction des éléments du dossier relatifs à l'appréciation des conditions de mise en détention provisoire.

La chambre, saisie par le juge d'instruction, aurait pu, à défaut d'ordonner la détention ou son maintien, soumettre la personne à un contrôle judiciaire. Le non-respect de ce contrôle expose à une mise en détention, qui relevait de la compétence de la chambre.

La chambre statuait après un débat contradictoire, lors de la mise en détention ou des renouvellements à l'expiration du délai d'un an, mais au vu du dossier pour les renouvellements intermédiaires de quatre mois en matière correctionnelle (art. 145 et 145-1 c. pr. pén.). On notera encore que l'interdiction de communiquer pour une période de dix jours (renouvelable une seule fois) est prescrite par le juge d'instruction (art. 145-3) et surtout que le juge d'instruction devait délivrer le mandat de dépôt prescrit par la chambre des mises en détention (art. 122 c. pr. pén.).

A titre transitoire, du 1^{er} mars 1993 au 1^{er} janvier 1994, la loi du 4 janvier 1993 prévoyait que la décision sur la détention appartenait au président du tribunal ou au juge délégué par lui (art. 233 à 243). Et si, dans le régime définitif, le magistrat faisant partie de la chambre des mises en détention ne pouvait participer au jugement de l'affaire dans laquelle il était intervenu, il n'en était pas ainsi dans le régime transitoire. Comment un juge unique décidant de la mise en détention peut-il être considéré comme un juge impartial, alors que le même magistrat entouré de deux assesseurs aurait été un juge insusceptible de juger au fond parce qu'il aurait connu de l'affaire ? Il y avait là une bizarrerie. En outre, tout le contentieux de la liberté n'était pas concentré sur la même formation juridictionnelle, et surtout des difficultés pratiques sont apparues dans les juridictions qui ont incité le législateur à revenir, avec la loi du 24 août 1993, sur ce dispositif (V. sur ce point B. Bouloc, *La réforme de la réforme du code de procédure pénale*, *Rev. pénit.*, 1994, p. 14 et spéc. p. 22 et p. 34 et s.).

C. CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises

Jean-Paul CÉRÉ

Allocataire de recherche

Moniteur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

La prison ne saurait justifier une violation des droits de l'homme, pour autant il semble indispensable de sanctionner les détenus qui ne respectent pas l'ordre établi au sein même de l'institution. Crucial problème que la discipline pénitentiaire, point de jonction entre deux philosophies au premier abord inconciliables. Comment respecter la dignité de l'homme bravant, parfois avec violence, le règlement pénitentiaire. « La voie » semble bien « étroite entre une indifférence inhumaine et une sensiblerie dangereuse »¹.

Notre temps s'accorde désormais d'une conception de la peine privative de liberté n'obérant plus les droits fondamentaux de la personne, mais la discipline s'impose comme mode de régulation inhérent au fonctionnement équilibré de tout regroupement humain. Selon l'analyse du doyen Hauriou, « le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer les écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose »².

La discipline peut donc apparaître comme un élément au service de la pérennité d'une collectivité restreinte. En quelque sorte, elle joue à son niveau le rôle attendu de la loi dans la société civile. Elle garantit la tranquillité de tous contre les excès de quelques-uns. Ainsi, l'on serait tenté d'assimiler discipline et maintien de l'ordre. Pourtant, ces deux notions ne sont pas nécessairement liées. L'ordre peut très bien s'établir au sein d'un groupe déterminé de personnes sans que le besoin d'une discipline stricte se ressente. Inversement, une discipline féroce ne débouchera pas toujours sur un ordre parfait. Aussi, il n'est sans doute pas inutile, pour affiner toute analyse sur le concept de discipline, de ne jamais perdre de vue les particularismes du monde auquel elle s'applique. Dans le même sens, il ne faut pas éluder le but conféré à la discipline par chaque institution.

1. G. Pompidou, cité in J. Favard, *Des prisons*, Ed. Gallimard 1987, p. 21.

2. M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 137, cité in M. Hecquard-Théron, *De la mesure d'ordre intérieur*, *AJD* 1981, p. 243.

Ainsi établie, il est permis de souligner la place particulière de la discipline en prison. Plus nécessaire que dans toute autre organisation, elle va devoir cependant s'imposer auprès d'individus n'ayant pas adhéré aux principes qu'elle régent. Elle concerne des personnes déjà privées de liberté.

On comprend pourquoi le sens et le but de la discipline en prison ne peut se limiter à une mission unique de police interne. Elle fut autrefois outrepasée par la volonté d'en user comme moyen de neutralisation des détenus. Pendant longtemps, la discipline nourrissait de ses abus l'idée d'expiation de la peine en renforçant son caractère afflictif. Systématiquement vexatoire, elle entraînait le détenu sur une pente catatonique « en faisant de lui un automate soumis et docile, un numéro sans visage et sans âme »³. Elle était le complément idéal de la politique pénitentiaire recherchée. Désormais, elle se conçoit autrement. Elle participe à l'idée d'une peine privative de liberté orientée vers la resocialisation et recèle une fin éducative qui concourt au principe d'individualisation des sanctions répressives⁴. Cette double finalité, fluctuante au cours de l'histoire, est accréditée par l'exposé des pratiques disciplinaires dans les établissements pénitentiaires.

Au siècle dernier, les conditions de détention s'accordaient de règles de vie particulièrement strictes. Ainsi, dans les maisons cellulaires, l'on voulut éviter que les détenus ne se corrompent mutuellement. On leur imposa le port d'un capuchon en étamine qui recouvrait, lorsqu'il était baissé, la tête et le visage. Les détenus, au cours de leurs déplacements à l'intérieur de la prison étaient identifiés par une plaque portant le numéro de leur cellule. On évitait autant que faire se peut la communication des noms des prisonniers. Les indications sur la porte de la cellule permettaient leur identification au travers d'une étiquette sur laquelle était inscrit le numéro d'écrou du détenu avec une couleur symbolisant la catégorie pénale à laquelle il appartenait.

Le premier texte régitant véritablement la discipline en prison, limité aux maisons centrales, date d'une ordonnance du 10 mai 1839. Il faudra attendre, dans les prisons départementales, le règlement du 30 octobre 1841. Ce dernier tenta vainement d'opérer une harmonisation de la discipline dans les différentes catégories d'établissement.

Dans les maisons centrales, le directeur composait avec l'interdiction de la promenade dans le préau, la privation de toute dépense à la cantine, l'interdiction au condamné de communiquer ou de correspondre avec sa famille ou ses amis, le cachot, la mise aux fers. Dans les établissements de courtes peines, il pouvait choisir aussi la réprimande, la privation de la consommation de vin, la suppression des vivres autres que le pain pendant trois jours consécutifs au plus (l'opportunité lui était conférée d'augmenter la ration de pain si nécessaire). Dans les maisons cellulaires, l'autorisation de fumer pouvait être suspendue, la punition de cachot en raison d'un régime de détention déjà individuel aggravée par le retrait des fournitures de coucher autre que les couvertures, ou l'occlusion de la fenêtre pour deux jours consécutifs au plus.

Une circulaire du 2 mai 1876 consacra une nouvelle punition, la salle de discipline⁵. Elle côtoya le cachot, les décennies suivantes, au titre de punition particulièrement sévère et avilissante.

3. G. Stefani, G. Levasseur, R. Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, Ed. Dalloz, 1982, p. 421.

4. Sur cette question, V. P. Cuhe, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, LGDJ, 1903, p. 270 et s.; J. Pinatel, *Précis de science pénitentiaire*, Melun, 1945, p. 100 et s.; R. Schmelck et G. Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Ed. Cujas, 1969, p. 250 et s.; G. Stefani, G. Levasseur, R. Jambu-Merlin, *op. cit.*; B. Bouloc, *Pénologie*, Ed. Dalloz, 1991, p. 145; J. Pradel, L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal, cette *Revue*, 1974, p. 749.

5. Elle consistait en une série de marches de trente minutes, alternées d'un temps de repos d'égale durée. Pendant les pauses, les détenus s'asseyaient sur des dés en pierre suffisamment espacés. La punition durait douze heures par jour, dans le silence le plus absolu. Elle était stoppée le temps de prendre, sur place, les repas. Cf. *Code des prisons* VII (1876-1878), p. 30-32.

Malgré certaines définitions ou précisions amorçant un cadrage du champ disciplinaire, les textes ne purent enrayer une dérive pernicieuse. En l'absence d'un véritable contrôle des pratiques disciplinaires force fut de constater la récurrence de sévices corporels (coups de fouets, de corde, de verge...).

Au XX^e siècle seulement, une évolution tangible dans le sens d'un adoucissement de l'enfermement, sous l'influence de plusieurs facteurs, s'est dessinée peu à peu. D'un côté, la peine privative de liberté s'est pourvue d'une dimension nouvelle, émondée des scories rétributives passées : elle recherche désormais la resocialisation du délinquant. D'un autre côté, l'on ne pouvait ignorer la reconnaissance progressive de droits des détenus consacrés par des textes supranationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 ; Congrès des Nations Unies de 1955, Pacte civil et politique, New York, 1966 ; Règles pénitentiaires européennes de 1973 refondues en 1987).

L'émergence des droits de l'homme en prison a eu des répercussions sur la discipline, au travers des réformes réglementaires subies ; elle s'est pourvue d'une démarche plus humanisante.

La circulaire du 14 avril 1969 entérina un processus de remodelage du régime disciplinaire. Les punitions se délestèrent progressivement de toute portée vexatoire et abrutissante. La punition de cellule fut limitée de 90 jours à 45 jours, les aggravations supprimées (retrait des fournitures de couchage, coupe de cheveux, occlusion de la fenêtre), le détenu autorisé à lire, écrire une lettre par quinzaine et à se promener une heure au lieu d'une demi-heure par jour.

En 1972 disparurent la soumission obligatoire au silence et la suppression des vivres autres que la soupe et le pain pendant trois jours consécutifs au plus. Cette évolution fut consacrée par le décret 75 402 du 23 mai 1975, qui affina la terminologie des textes en rapport à la discipline. « Les punitions disciplinaires » devinrent des « sanctions disciplinaires » et « les récompenses » préalablement accordées pour bonne conduite, des « mesures visant à encourager les détenus »⁶. Elle fut poursuivie et complétée par le décret du 26 janvier 1983 qui autorisa les détenus punis à fumer.

Aujourd'hui, les textes principaux en matière disciplinaire sont recensés dans le livre V du code de procédure pénale (art. D 242, D 249 à D 254 et D 167 à D 169 pour la punition de cellule). L'article D 242 disposant que : « l'ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de contraintes qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une bonne organisation de la vie en collectivité ».

La réglementation certes a évolué, remodelée dans une optique plus humaniste. Néanmoins, malgré les changements, ses fondations et son organisation semblent reposer sur des conceptions héritées des XVIII^e et XIX^e siècles. Elle s'est rigidifiée en raison de la reconnaissance progressive des droits de la personne incarcérée. Pour autant, la procédure disciplinaire n'apparaît que partiellement réglementée (I). En outre, alors qu'à la fin du siècle dernier un développement effréné de textes et de recommandations avait déjà tenté de repousser l'arbitraire et les abus dans l'exercice de la discipline, la conciliation des impératifs légitimes de l'ordre carcéral avec le respect de la dignité du détenu apparaît toujours aussi peu maîtrisée. Depuis la circulaire AP du 26 janvier 1984, tous les établissements pénitentiaires français doivent établir des statistiques uniformisées sur la discipline. L'examen de ces sources chiffrées, d'envergure nationale, laisse perplexe sur la situation présente. Les pratiques disciplinaires apparaissent totalement incontrôlées (II).

6. Sur cette évolution, not. sur les récompenses, V. J.-P. Céré, *Discipline et protection des droits des détenus*, mémoire pour le DEA de droit pénal, sous la direction de J.-P. Delmas Saint-Hilaire, Univ. de Pau, 1993, p. 4 et s. ; Leteneur, *Droits et devoirs du détenu dans la pratique journalière de la vie carcérale (1945-1981)*, *Rev. pénit. dr. pén.*, 1982, p. 14 et s. ; J. Favard, *op. cit.*, p. 118 et s.

I. - UNE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PARTIELLEMENT RÉGLEMENTÉE

Une conception legaliste de la discipline en prison nécessite sûrement une procédure formaliste, soucieuse de contrecarrer toute manifestation discrétionnaire dans le déclenchement et la conduite de l'accusation. Elle devrait s'accorder, en outre, de dispositions réglementaires garantissant le respect des droits de la défense aux différentes strates du processus disciplinaire. Il apparaît tout aussi primordial, afin d'éviter une empreinte personnalisée trop pénétrante de la répression, que les textes retranscrivent précisément les agissements constitutifs d'une infraction. L'arbitraire de la répression ne peut que desservir les intérêts des autorités disciplinaires. Trop inégalitaire, elle engendre la frustration et favorise la contestation. Une première approche du système disciplinaire laisse entrevoir une procédure réglementée (A) ; pour autant, une étude plus approfondie souligne le caractère lacunaire de cette réglementation (B).

A. - Une procédure disciplinaire réglementée

La procédure disciplinaire empreinte d'un formalisme rigoureux n'autorise pas son déclenchement intempestif. Les infractions cataloguées par les textes induisent une réponse répressive subordonnée aux seules sanctions limitativement énumérées.

1. *Une procédure disciplinaire formaliste*

La mise en œuvre de la répression disciplinaire implique nécessairement la rédaction préalable d'un formulaire institué par la circulaire AP 72.6 du 18 décembre 1972⁷. Le surveillant, témoin privilégié de certains comportements de détenus susceptibles d'engendrer une sanction, va devoir consigner sur un rapport d'incident le compte rendu détaillé des faits. Ce rapport daté comprend, en outre, le nom et la signature de l'agent verbalisateur, les éléments relatifs à l'identification du ou des détenus concernés, le numéro d'érou, leur division ou atelier.

Concrètement, le rapport d'incident se scinde en sept feuillets, cinq servent de pièces d'information et deux sont transmis au détenu. Ces feuillets relatifs à la procédure disciplinaire et à la notification des faits comportent obligatoirement un nombre considérable de précisions sur la situation des détenus et les circonstances de l'infraction.

Une fois rédigé, le rapport est transmis au premier surveillant qui peut recueillir toutes précisions utiles sur l'incident ; il peut classer l'affaire sans suite ou décider de remettre le rapport par voie hiérarchique. Si le dossier arrive devant le chef d'établissement, plusieurs solutions sont envisageables. Il peut aussi, s'il l'estime opportun, choisir directement le classement sans suite. Il dispose de la faculté d'opérer un classement après avoir recueilli des informations supplémentaires. Toutefois, cette décision est inscrite sur le rapport et versée sur le dossier individuel du détenu. Il peut également sanctionner symboliquement le détenu (admonestation, avertissement). Dans tous les cas, le chef d'établissement est fermement invité, préalablement au prononcé de la sanction, à recueillir toutes informations utiles sur les circonstances de l'infraction disciplinaire et la personnalité de leur auteur. De surcroît, la procédure empreinte d'un formalisme rigoureux n'autorise pas sa mise en œuvre de manière anarchique, les infractions et les sanctions disciplinaires sont rigoureusement cataloguées par les textes.

7. Pour plus de précisions sur le déroulement de la procédure, on consultera utilement, B. Jouve, Prison et sanction, le régime disciplinaire des détenus. *Rev. pénit. dr. pén.*, 1987, p. 157 et s. ; M. Seyler, *Isolement en prison, l'un et le multiple*, CESDIP, 1990, n° 60, p. 63 et s.

2. Des infractions et des sanctions disciplinaires rigoureusement répertoriées

Le code de procédure pénale retrace les obligations inhérentes à la détention. Il n'est guère étonnant, dès lors, d'y découvrir une énumération d'infractions au bon ordre de la prison. Selon la catégorie d'établissement, en raison de particularismes locaux, le règlement intérieur peut lui aussi prévoir des prescriptions susceptibles de conduire à une infraction.

Au sein du code de procédure pénale, on trouve toute une palette d'obligations auxquelles doivent se soumettre les détenus. Il est à remarquer que ces dispositions sont largement éparpillées à divers endroits du code, principalement dans la partie décrétales. Seul un texte de nature législative intéresse le domaine disciplinaire. L'article 726 dispose que les menaces, injures, violences ou infractions à la discipline ainsi que le cas de fureur ou de violences graves sont susceptibles d'entraîner une punition de cellule.

Deux sortes d'articles précisent les conduites à tenir. Certains déterminent avec exactitude les obligations des détenus ; d'autres de portée plus générale supposent une appréciation de l'attitude du prisonnier, pour savoir si le seuil de la conformité requise a réellement été dépassé⁸.

Le règlement intérieur de chaque établissement, en organisant l'emploi du temps des détenus, impose lui aussi des obligations. Dès le XIX^e siècle apparut la nécessité de concevoir des règlements intérieurs englobant « toutes les mesures d'ordre, de discipline, de propreté et de salubrité »⁹. Actuellement, selon l'article D 247 du code de procédure pénale, il doit déterminer l'emploi du temps de chaque établissement et fixer les règles propres à la vie interne. Il assure une information complète et précise des détenus sur les obligations qui s'imposent à eux et sur les droits dont ils bénéficient (circ. AP 88.16, 27 déc. 1988). En ce qui concerne la discipline, « le règlement intérieur mentionne les différentes sanctions susceptibles d'être prononcées au cas de non-respect de ses dispositions. Un bref énoncé de la procédure disciplinaire sera rédigé et il sera fait renvoi à une fiche technique portant sur le sujet et remise à tout détenu faisant l'objet de poursuites disciplinaires » (cir. 88.16).

En fait, les sanctions autorisées se trouvent principalement édictées aux articles 250 et suivants du code de procédure pénale. Certaines s'appliquent indifféremment de l'infraction constatée (à chaque infraction ne correspond pas une sanction prédéterminée) alors que d'autres sanctions sont réservées à certaines infractions.

Au titre de sanction générale, le chef d'établissement peut prononcer un avertissement (art. D 250, 1^{er}). S'il ne semble pas, *a priori*, présenter un caractère répressif, l'avertissement s'inscrit au dossier individuel du détenu et, au cas de récidive disciplinaire, pourra induire une peine plus lourde.

- Les privations touchant à la cantine (art. D 250, 3^{er}) privent le détenu de l'achat, pendant une période déterminée, de la bière ou du cidre ou de tout autre achat que les produits de toilette. Notons toutefois que, d'après la note ministérielle du 23 mars 1984, le matériel nécessaire à la correspondance (timbres, enveloppes...) doit rester accessible en cantine pour le détenu puni.

- Les privations de subsides de l'extérieur (art. D 250).

- L'article D 250, 3^{er} prévoit aussi que le détenu peut être privé « des mesures que le présent titre admet sans toutefois leur reconnaître un caractère obligatoire »¹⁰.

8. Sont passibles de sanctions disciplinaires, les violations d'obligations édictées de façon plus ou moins précises par les art. D 98, al. 2, D 125, D 262, al. 2, D 495. Au surplus, d'autres obligations ou interdictions s'imposent aux détenus, la réglementation visant précisément leur contenu. Il s'agit des art. D 241, D 242, D 243, D 245, D 246, D 273, D 274, D 284, D 294, D 295, D 347, al. 2, D 357, al. 2, D 361, D 407, D 415, al. 2, D 430, al. 1.

9. M. Fize, *La répression disciplinaire dans les prisons françaises métropolitaines au XIX^e siècle*, C.NERP 1982, p. 43.

10. Pour la liste des autorisations susceptibles d'être retirées, V. B. Jouve, *op. cit.*, p. 135 et s.

– Enfin, les autorités peuvent recourir à une ultime sanction générale : la mise en cellule de punition.

Toutes ces mesures se distinguent d'autres sanctions prévues par les textes mais applicables uniquement en réponse à certaines infractions.

– Le déclassement d'emploi reste réservé à une infraction commise au cours du travail (art. D 250, 2°).

– La privation temporaire de tout matériel acheté ou loué par l'intermédiaire de l'Administration intervient lorsque l'infraction disciplinaire a été commise à l'occasion de l'utilisation de cet appareil (art. 250, 4°).

– La suppression, pour une période déterminée, de l'accès au parloir sans dispositif de séparation suppose une infraction disciplinaire commise au cours ou à l'occasion d'une visite ¹¹.

Finalement, il est permis d'observer, au travers de la kyrielle de textes relatifs à la discipline, une tendance à assurer la protection des droits des détenus dans un domaine plutôt historiquement marqué par l'arbitraire. Seulement un examen plus approfondi de la question révèle le caractère lacunaire de la réglementation.

B. – Une réglementation disciplinaire lacunaire

En dépit d'une évolution concourant dans le sens d'une intégration des droits des détenus, la discipline pénitentiaire française souffre encore d'imperfections réglementaires majeures.

1. Des règles disciplinaires imparfaites

Malgré la compilation d'articles du code de procédure pénale, en rapport avec la discipline et la caractérisation des infractions particulièrement graves par une circulaire du 14 avril 1969, on ne saurait conclure à l'existence d'une véritable définition des infractions disciplinaires. L'exigence d'un fondement juridique des sanctions suggérée par les recommandations du Conseil de l'Europe ¹² fait cruellement défaut alors même que certains pays ont depuis longtemps intégré le principe de légalité au niveau de la discipline pénitentiaire par une définition dont la précision dénote avec la situation française actuelle ¹³.

Il faut bien admettre ensuite que les règlements intérieurs ne permettent pas de combler cette carence. Au contraire, il est à noter l'absence de règles uniformément déterminées qui conditionne une suprématie des spécificités locales aboutissant à la création de disparités dans la mise en œuvre des sanctions, selon l'établissement dans lequel séjournera l'individu. Le principe établi par l'article D 241 du code de procédure pénale qui dispose que « chaque détenu soit soumis aux règles qui régissent uniformément les détenus de la catégorie à laquelle il appartient » n'est sûrement pas encore atteint, même si la circulaire AP 88-16 a eu pour mission de fixer des objectifs afin de remédier à cette situation ¹⁴.

11. Ajoutons qu'une infraction consommée ne justifie pas n'importe quelle réponse. Le CPP enjoint aux autorités de ne pas user de certaines mesures rigoureusement interdites en tant que sanctions. D'autres seront autorisées sous couvert de la réunion de certains éléments. Pour plus de précisions, V. B. Jouve, *ibid.*, p. 127 et s.

12. Conseil de l'Europe, *Règles pénitentiaires européennes*, R (87) 3, art. 35.

13. V. D. Bibal et M. Ménard, *Etude sur le régime disciplinaire dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, ministère de la Justice, Trav. et doc. n° 35, mai 1987, p. 9 et s. ; Conseil de l'Europe, *Bull. info. pénit.* n° 16, janv. 1992, p. 36.

14. V. en ce sens, A. Chauvenet, G. Benguigui, F. Orlic, *Le personnel de surveillance des prisons*, Centre d'étude des mouvements sociaux, 1990, p. 101 et s. ; Leteneur, La discipline pénitentiaire, *Rev. pénit. dr. pén.*, 1984, p. 237 ; R. Cario, *La criminalité des femmes, approche différentielle*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Univ. de Pau, 1985, p. 332.

Enfin, nonobstant l'influence de certains principes de droit pénal ou de procédure pénale, l'autonomie de la répression pénitentiaire se justifie par une nature pleinement disciplinaire des infractions. Seulement, l'établissement d'une distinction entre le domaine pénal et disciplinaire semble parfois délicate.

Si l'on se réfère à l'interprétation de l'article 6 CEDH par les instances européennes (Commission et Cour) « la frontière qu'un Etat peut établir entre le droit pénal et le droit disciplinaire n'a aucune incidence décisive en ce qui concerne l'application de la Convention »¹⁵. La question est donc de savoir s'il est possible d'aboutir à une détermination exacte de la nature des sanctions prises en prison, fussent-elles qualifiées de disciplinaires par la réglementation française. Pour la Cour, si les similitudes sont trop fortes entre le droit qualifié de disciplinaire et le droit pénal « alors la question d'applicabilité des garanties du procès équitable peut se trouver soulevée »¹⁶. Il faut bien admettre de surcroît que la pratique d'une sanction prononcée devant le prétoire, tribunal interne de la prison qui s'abstient du respect des dispositions de l'article 6 CEDH, ne repose plus sur aucun support législatif ou réglementaire.

2. Une légalité disciplinaire contestable

Le prétoire perdure comme clef de voûte du système disciplinaire français. Il subsiste dans la pratique de nombreux établissements et sous le sceau du secret permet de déterminer, sans véritable contestation, une sanction.

En effet, il est frappant de constater que le prétoire ne repose plus sur un fondement textuel. Il a disparu du code de procédure pénale en 1972. Depuis cette date, l'article D 249, alinéa 1, du code de procédure pénale dispose : « les sanctions sont prononcées par le chef d'établissement qui recueille toutes informations utiles sur les circonstances de l'infraction et la personnalité de leur auteur ». La doctrine, à l'époque, a donc conclu logiquement que les sanctions disciplinaires « qui relèvent du chef d'établissement *étaient* prononcées *autrefois* au prétoire »¹⁷. Seulement un trait de plume ne suffit pas toujours, en prison, à changer les mentalités et la continuation des pratiques. En toute hypothèse, sa survivance n'a guère suscité de commentaires allant au-delà du simple constat de sa disparition des textes¹⁸. Or, cette situation soulève une critique fondamentale. La base légale du prétoire apparaît désormais bien ténue. Quel fondement retenir pour justifier sa permanence. Faut-il se référer à une instruction ministérielle du 8 juin 1842 qui, malgré des qualités reconnues à l'époque, semble dénaturée par le temps ?

A l'origine, son fonctionnement, formaliste et solennel à l'excès, avait pour finalité double de protéger le détenu contre toute mesure arbitraire sans, pour autant, entamer la rigueur de la répression. Pour ce faire, l'instruction régissait avec une minutie extraordinaire la configuration du local, le déroulement de l'instance, la présence et la compétence des personnes autorisées à assister aux audiences. Ainsi et notamment, une amorce de publicité du jugement disciplinaire devait porter témoignage quant à l'équité des sanctions infligées. C'était le sens de la présence obligatoire des assesseurs au côté du directeur mais aussi des autres détenus qui attendaient de répondre de leurs propres manquements à la discipline. Au fil du temps, le nombre de personnes assistant aux audiences a fortement décliné. D'une façon générale aujourd'hui, seul le personnel de service assure de sa présence les séances ; les détenus attendent à l'extérieur du prétoire

15. Cour européenne, 28 juin 1984, *Campbell et Fells c/ R.-U.*, série A, n° 46.

16. V. Groupe de recherche « Droits de l'homme et logiques juridiques », La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, cette *Revue* 1987, p. 824 et s. *Adde* nos développements sur une éventuelle application de la Convention européenne à la discipline pénitentiaire française, *op. cit.*, p. 68 et s.

17. G. Stefani, G. Levasseur et R. Jambu-Merlin, *op. cit.*, p. 425. Les italiques sont de notre fait.

18. V. toutefois T. Landais, L'évolution de l'action disciplinaire, vers un contrôle juridique du prétoire, *Rev. pénit. dr. pén.*, 1990, p. 282 et s.

et y comparaissent individuellement. La protection des droits du prisonnier peut dès lors difficilement s'affirmer. La punition prononcée dans le secret le plus absolu suscite certains abus, non endigués, faute d'un contrôle subséquent.

II. – DES PRATIQUES DISCIPLINAIRES MANIFESTEMENT INCONTRÔLÉES

La reconnaissance progressive des droits des détenus en matière disciplinaire suscite le doute quant à l'effectivité de leur protection. Soucieuses d'accroître le respect de la légalité jusqu'au tréfonds de la prison, les réformes réglementaires n'ont toujours pas consacré un contrôle efficient du processus disciplinaire (A). Pourtant, l'instauration d'un véritable droit de recours pourrait s'imposer sans risque de bouleversement de l'institution carcérale (B).

A. – Une absence totale de contrôle des pratiques disciplinaires

Le prétoire autorise le prononcé de sanctions disciplinaires dans le secret le plus total, sans possibilité de contrôle. On débouche, par suite, sur une utilisation massive des punitions de cellule censées théoriquement ne venir réprimer que les actes d'une gravité manifeste.

1. *Le prononcé des sanctions disciplinaires devant le prétoire*

Si le maintien du prétoire permet de répondre à l'exigence d'instaurer un débat contradictoire, il faut alors reconsidérer la réalité. Elle s'accommode d'un instrument actuellement empreint par le secret, dérivé d'un organe sanctionnateur qui se voulait novateur en matière de légalité et de publicité. Certaines réserves sont à formuler quant au respect des droits de la défense devant le prétoire. Les récents commentaires de la délégation du Comité européen pour la prévention de la torture à propos de sa visite de la maison d'arrêt des Baumettes ne sont pas de nature à effacer ces doutes. « La qualité des débats était tout sauf satisfaisante. La délégation a été particulièrement frappée par l'absence de sérénité qui présidait l'audience. En effet, en plus de l'autorité investie du droit de punir et du personnel strictement nécessaire au déroulement de la procédure (greffier, secrétaire...), s'ajoutait un groupe de surveillants "spectateurs", à l'intérieur et à l'extérieur de la salle. Ces derniers formulaient les commentaires qu'ils considéraient utiles au fur et à mesure du déroulement de l'audience. Cet effet de "chœur" engendrait une atmosphère vindicative tout à fait inappropriée »¹⁹.

Il n'est guère étonnant, dès lors, que soient prononcées devant le prétoire, pour l'ensemble de la population carcérale française (majeurs et mineurs), des punitions de cellule dans plus de 60 % des cas²⁰. Les autres sanctions usitées sont respectivement l'avertissement (12,9 %), le déclassement d'emploi (7 %), les retenues sur pécule (7 %), les privations d'avantages (4,1 %), les privations de parloir (2,5 %). Les relaxes représentent 5,5 %.

19. Conseil de l'Europe, *Rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur la visite effectuée en France du 27 octobre au 8 novembre 1991*, adopté le 4 janv. 1992, publié le 19 janv. 1993, § 138.

20. Il est constant que la répression s'exerce avec plus de sévérité contre les mineurs. Cette situation s'explique, peut-être, si l'on considère le taux d'infractions disciplinaires, proportionnellement plus élevé chez les mineurs que dans l'ensemble de la population carcérale. Pour une analyse plus détaillée des pratiques disciplinaires dans l'ensemble des établissements pénitentiaires français (1985 à 1991), V. J.-P. Céré, *mémoire précité*, not. p. 28 et s. *Adde* sur le problème des infractions disciplinaires des condamnés en matière de mœurs, J.-P. Céré, *La perpétuité réelle pour les délinquants sexuels : peine à vie ou condamnation à mort ?* (commentaire de la loi n° 94-89 du 1^{er} févr. 1994), *La lettre de Gênes*, n° 46, 1994, p. 12 et s.

La répression varie de surcroît en fonction de la nature de l'établissement pénitentiaire (maison d'arrêt ou établissement pour peine). Il est en effet à remarquer une utilisation plus fréquente de certaines sanctions dans les établissements pour peine, avec un pourcentage maximum dans les maisons centrales. L'avertissement y atteint 16,7 %, et le déclassement d'emploi 10,9 %. En sens inverse, c'est aussi dans les maisons centrales que l'on constate les taux les plus faibles en ce qui concerne les privations de parloir (0,9 %), les retenues sur pécule (3,8 %) et à un degré moindre les relaxes (4,8 %). Finalement, l'atypisme de la répression dans les maisons centrales apparaît somme toute relatif.

Chez les mineurs, le prétoire consacre le prononcé de punitions de cellule encore plus marqué que pour l'ensemble de la population (63 %). On constate au surplus quelques petites différences dans la diffusion des réponses répressives. Le déclassement d'emploi est moitié moins utilisé pour les mineurs (3,5 %) au profit des retenues sur pécule (13,3 %). Il faut sans doute se féliciter, en outre, du faible taux des privations de parloir (1,9 %) si l'on songe à l'importance que revêt le maintien des liens familiaux et affectifs chez des mineurs. Néanmoins, la place prépondérante de la punition de cellule dans l'ensemble de la population et pour les mineurs — soulève certaines interrogations.

2. La prédominance des punitions de cellules

Le régime de l'isolement disciplinaire est incontestablement plus rigoureux que la détention normale²¹ ; que dire si l'on prend en compte les sérieuses réserves émises sur le respect des droits de l'homme dans certains établissements français²². Sanction pourtant ultime dans la hiérarchie des peines, force est pourtant d'observer sa place prépondérante en réponse aux infractions disciplinaires. Nous avons déjà observé qu'elle représentait 60,9 % des sanctions prononcées, entre 1985 et 1991, contre l'ensemble de la population avec une pointe en 1989 à 64,6 %.

Près de la moitié des punitions de cellule (42,8 %) sont fermes. Les chiffres révèlent aussi un nombre important de punitions avec sursis (35,4 %), essentiellement inférieures à quinze jours. Les sanctions mixtes (fermes et avec sursis) demeurent incontournables avec un taux de 21,8 %. Il semble donc permis de penser, eu égard à l'importance des punitions de cellule, que leur durée et leur nature (mixtes, fermes, sursis) apparaissent comme le mode principal de l'individualisation des sanctions disciplinaires²³.

Chez les mineurs, le taux moyen de punitions de cellule entre 1985 et 1991 est de 63 % (68 % en 1991). La seule différence majeure par rapport à l'ensemble de la population concerne le pourcentage des peines fermes, légèrement inférieur (36 %). Toutefois, la pratique disciplinaire s'accorde de punitions de cellule supérieures à quinze jours alors que l'article D 168 du code de procédure pénale limite explicitement l'isolement disciplinaire à quinze jours. De surcroît, les circulaires AP du 14 avril 1969 et du 18 mai 1984 apportent des précisions concourant en ce sens. « Le maximum de quinze jours ne peut être encouru que pour des violences d'une particulière gravité. » Il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer que ces pratiques débouchent sur une illégalité patente. Ce

21. Sur la question des punitions de cellule, cf. M. Seyler, *L'isolement en prison. l'un et le multiple*, CESDIP, 1990, p. 43 et s. ; cf. nos études sur ce sujet, *Isololement disciplinaire en milieu carcéral*, rapport de recherche pour le DEA de droit pénal, sous la direction de R. Cario, Univ. de Pau, 1992, 69 p. ; *L'isolement disciplinaire en prison : aperçu sur la situation actuelle*, *La lettre de Gênépi*, n° 45, oct. 1993, p. 10 et s. ; *Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'homme*, *Rev. pénit. dr. pén.*, 1994 (à paraître).

22. V. M. Seyler, *op. cit.*, p. 55, qui signale la présence d'un cachot obscur. V. aussi le tout récent rapport de l'Observatoire international des prisons. « Un détenu de la maison d'arrêt de la Santé, accusé d'avoir brisé un carreau de sa cellule d'isolement, a été longuement gardé nu, bras levés avant d'être condamné à dix jours de mitard avec pour seuls vêtements un slip et un tee-shirt. » « De nombreux témoignages font état de détenus contraints d'être nus et aspergés d'eau glacée, sans possibilité ensuite de se changer. » « Le séjour en quartier disciplinaire (mitard) est fréquemment signalé comme injustifié ou arbitraire », *Rapport 1993*, p. 34.

23. V. J.-P. Céré, *op. cit.*, p. 81 et s.

constat prend d'autant plus d'ampleur si l'on s'attarde au seul taux des punitions effectives. Lorsque sont prononcées des sanctions d'isolement ferme pour les mineurs, une sur dix le sont pour un temps supérieur à quinze jours²⁴.

En l'état actuel de la jurisprudence, serait-il envisageable d'invoquer l'article 3 CEDH qui dispose « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Dans le domaine disciplinaire, les punitions infligées aux prisonniers, pour tomber sous la coupe de l'article 3, devront présenter une sévérité excessive ou disproportionnée. La Commission, à plusieurs reprises, a refusé d'assimiler une punition de cellule à un traitement inhumain et dégradant, fût-elle accompagnée de restrictions alimentaires²⁵. Cette position n'est guère surprenante puisque, d'une façon plus générale, les instances européennes estiment que les mesures disciplinaires prises à l'encontre des détenus « ne représentent que des modifications apportées aux conditions de détention légitimes »²⁶. Dès lors, l'application de l'article 3 CEDH s'apprécie restrictivement et au cas par cas²⁷. Néanmoins, sa violation a déjà été reconnue dans des établissements militaires ou dans des locaux de police²⁸.

L'incarcération n'autorise pas l'impunité des pratiques déshumanisantes, les conditions de détention doivent rester dans les limites du raisonnable et du tolérable. Si l'isolement en prison s'impose, ne serait-ce que pour des raisons évidentes de sécurité ou de discipline, sa mise en œuvre ne saurait conduire à des dépassements arbitraires. Dès lors, un contrôle des pratiques disciplinaires serait souhaitable.

B. – Un contrôle souhaitable des pratiques disciplinaires

Les doutes sur le respect de l'impartialité des audiences devant le prétoire, confortés par l'utilisation massive des punitions de cellule dans les prisons françaises, accréditent l'idée d'instauration d'un contrôle effectif des pratiques disciplinaires. Il irait sans nul doute dans le sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1. Une évolution jurisprudentielle nécessaire

Il échoit au détenu confronté à une sanction disciplinaire qu'il désire contester d'utiliser les moyens prévus par le code de procédure pénale. Il peut déposer des réclamations devant les magistrats soumis à des visites régulières de la prison (juge de l'application des peines, procureur de la République...). Il dispose aussi du droit de saisir le médiateur ou d'écrire à diverses autorités administratives ou judiciaires dont la liste est fixée par circulaire ministérielle.

Devant les juridictions nationales, le Conseil d'Etat utilise le concept de « mesure d'ordre intérieur » pour décliner la recevabilité des requêtes contre les sanctions prises par le chef d'établissement. La jurisprudence des tribunaux administratifs abonde dans le même sens. Seul le recours en responsabilité est, à l'heure actuelle, ouvert aux détenus²⁹. Le juge ne refoule pas la responsabilité délictuelle de l'Administration en

24. V. J.-P. Céré, *op. cit.*, p. 83 et s.

25. Req. 7408/76, *X c/ RFA*, isolement cellulaire de sept jours assorti d'un régime alimentaire limité au pain sec et à l'eau.

26. Req. 7754/77 *X c/ Suisse*, 9 mai 1977.

27. V. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Economica, 1989, p. 290 et s. ; F. Sudre, La notion de « peine et traitement inhumains ou dégradants » dans la jurisprudence de la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, RGDI publ., 1984, p. 861 et s. et la jurisprudence citée.

28. Cf. Conseil de l'Europe, *Les droits de l'homme dans les prisons*, 1986, p. 87.

29. V. les décisions citées par J.-L. Crozaon, note sous CE 27 janv. 1984, *Caillol*, D. 1986, p. 572 ; Le juge judiciaire, de son côté, décline sa compétence. V. Cass. crim. 20 déc. 1990, *Omarasib*, *Rev. dr. pén.*, avr. 1991, p. 130.

présence de décisions des services pénitentiaires manifestement fautives³⁰. Mais les chances de succès du recours, comme en matière de soins médicaux donnés aux détenus, reposent pour les sanctions disciplinaires sur la démonstration d'une faute lourde commise par l'Administration. Cette jurisprudence, difficilement accessible en raison des contraintes de preuve qu'elle impose, demeure essentiellement réservée à des cas spécifiques.

Selon l'article 13 CEDH, « toute personne, dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Cet article peut-il s'appliquer au domaine disciplinaire des prisons ? La réponse jurisprudentielle française repose sur une dialectique imparable. Un détenu ne peut alléguer la méconnaissance de l'article 13 pour contester une mesure de placement en cellule de punition car il dispose, au préalable, de voies de recours devant les diverses autorités administratives³¹. Cette solution se place dans la lignée des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat qui se démarquent par un misonéisme bien ancré. En l'espèce pourtant, l'invocation de l'article 13 « aurait été tout à fait pertinente »³².

Eu égard à la jurisprudence européenne sur la question, ce raisonnement paraît bel et bien devoir se nuancer. *Prima facie*, une approche littérale de l'article 13 laisse supposer le droit « à l'octroi d'un recours effectif ». Cette optique semble d'ailleurs adoptée par les instances européennes qui ne reconnaissent pas, *a priori*, aux recours administratifs ce caractère d'effectivité. Les critères requis pour un respect des exigences de l'article 13 peuvent toutefois s'accomplir, dans le cadre d'un recours administratif, sous certaines conditions. Il faut que les pouvoirs de l'autorité soient réels et que celle-ci soit suffisamment indépendante par rapport à l'organe à l'origine de la décision contestée. « La simple possibilité de former un recours gracieux ne satisfait pas à l'article 13, et il n'est même pas sûr que le recours hiérarchique soit dans tous les cas suffisant »³³.

L'ouverture du recours pour excès de pouvoir serait de nature à atténuer le décalage existant entre l'état du droit français et les impératifs de la Convention. Mais si la jurisprudence récente apporte progressivement des restrictions à la théorie de l'ordre intérieur, y compris en matière de contentieux pénitentiaire, le juge refuse toujours de soumettre à son contrôle les sanctions prises en milieu carcéral.

Pourtant, depuis 1978, le juge administratif use du mécanisme juridique dit de « l'erreur manifeste d'appréciation » afin de soumettre à son contrôle des décisions qui, sous couvert de la justification de l'ordre intérieur, jusqu'alors y échappèrent. L'arrêt *Lebon*³⁴ permit, pour la première fois, l'élaboration d'un contrôle fondé sur l'adéquation de la sanction par rapport à la faute reprochée. Le Conseil d'Etat, selon cette jurisprudence, examine la légalité de la mesure et apprécie minutieusement la sévérité de la

30. CE 10 mars 1982, *Taddei* (faute de l'Administration pour avoir placé un détenu en cellule de punition alors que son état de santé eût supposé une affectation à l'infirmerie). Cette jurisprudence est peut-être susceptible d'évolution. Elle était en harmonie avec le contentieux en matière de soins dans les hôpitaux du service public hospitalier ; or, depuis 1992, l'exigence d'une faute lourde de l'Administration n'apparaît plus indispensable ; une faute simple suffit. V. CE ass., 10 avr. 1992, *M. et Mme V.*, concl. H. Légal, *RFD adm.*, 1992, p. 571 et s. ; en outre, CA de Nantes, 26 juill. 1991, *Consorts Onno c/ M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice*. Note R. Hostiou, *RFD adm.*, 1992, p. 269 et s.

31. Paris, 1^{re} ch. A, 25 juin 1985, *Pelle*, *D.* 1985, *Flash*, n° 29.

32. Cf. J.-F. Flauss, Des répercussions de l'article 13 de la CEDH sur le droit du contentieux administratif, *Petites affiches*, n° 93, 4 août 1989, p. 26 ; *Adde* du même auteur, Le droit à un recours effectif, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *RUDH*, 1991, p. 326 et s.

33. R. Abraham, *RFD adm.*, 1990, p. 1057, cité in P. Terneyre, Le droit constitutionnel au juge, *Petites affiches*, 4 déc. 1991, p. 8 ; V. aussi, J.-F. Flauss, *ibid.*, p. 27 et p. 333 et s. ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Sirey, 3^e éd., 1991, p. 122.

34. CE section, 9 juin 1978, *Rec.*, p. 245 ; *AJD*, 1978, p. 573, concl. B. Genevois, note S. Salon ; *D.* 1978, *IR*, note P. Delvolvé ; *D.* 1979, note P. Pacteau, p. 30 ; *JCP*, 1979, n° 19159, note S. Rials ; *Rev. adm.* 1978, note F. Moderne, p. 634 ; *RDP*, 1979, note J.-M. Auby, p. 227.

sanction en la rapportant à la faute commise, de façon à établir qu'elle n'apparaît pas manifestement grossière ou disproportionnée.

Il faudrait concevoir, peut-être, une transposition de ce raisonnement à la discipline pénitentiaire. Il marquerait la conciliation des droits et intérêts qui s'affrontent au sein de cette institution. Pourquoi ne rompt-on pas l'illégitime absence de recours contre les punitions en prison alors que le juge censure ailleurs, par un contrôle qui tend à devenir de plus en plus effectif et réel, le moindre usage disproportionné du pouvoir sanctionneur des autorités administratives ? Comment préserver et sauvegarder un pouvoir autonome du chef d'établissement que fragiliserait une ouverture immodérée du contentieux ?

Le contrôle restreint intégrant la notion de gravité de la sanction présente l'avantage d'entamer l'immobilisme actuel, sans déboucher sur une négation totale de la théorie de l'ordre intérieur puisque le rôle du juge se cantonne à la censure des seules sanctions ostensiblement disproportionnées. L'autorité de tutelle conserve une marge d'opportunité non négligeable dans le choix et les modalités de sa décision.

Rapporté au domaine pénitentiaire, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation « poserait au juge les deux questions suivantes »³⁵ :

Les faits reprochés sont-ils constitutifs d'une infraction disciplinaire ?

- Dans l'affirmative, quelle(s) sanction(s) peut-on rapporter aux agissements répréhensibles.

Le juge n'annulerait concrètement que les sanctions disproportionnées à la faute commise. Le contrôle du juge pourrait, de surcroît, s'affiner par la prise en considération du devenir de l'intéressé, comme il mesure déjà les conséquences d'une décision d'orientation ou d'exclusion sur le devenir scolaire de l'écopier³⁶.

Il est cependant à remarquer que si « certaines décisions avaient cessé d'être qualifiées de mesures d'ordre intérieur, c'était en conséquence de modifications du droit écrit plus que par l'effet de changement de la façon de voir du juge »³⁷. On ne peut donc que réitérer les regrets déjà émis *supra* quant à l'absence d'une définition des infractions disciplinaires, en précisant maintenant qu'une liste des conduites disciplinaires répréhensibles serait, peut-être, l'élément déclencheur d'un contrôle du juge³⁸. Si l'on se réfère à l'arrêt *Cherbonnel*, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité de la requête du détenu car le directeur de la prison devait se soumettre aux prescriptions des articles du code de procédure pénale (D 247, D 342, D 346)³⁹. Le pouvoir disciplinaire ne peut aller à l'encontre des diverses dispositions législatives ou réglementaires. Effectivement, « les mesures d'ordre intérieur n'existent que dans les silences de la légalité générale »⁴⁰.

Quoi qu'il en soit, l'effet non suspensif du recours pour excès de pouvoir entraîne un handicap rédhibitoire. S'il était ouvert aux détenus, leur punition serait définitivement accomplie avant que n'intervienne une décision du juge administratif. Son intérêt serait donc réduit, au cas d'annulation de la mesure, aux pertes de remises de peines liées au prononcé d'une sanction disciplinaire. On peut penser par conséquent qu'une réforme structurelle s'avérerait plus opportune.

35. V. T. Landais, *op. cit.*, p. 309.

36. TA Poitiers, 20 nov. 1985, *Rifki, Leb.*, p. 652. V. Albanel préconise cette solution « délicate à mettre en œuvre » mais elle lui paraît « répondre à la fois aux exigences des constructions jurisprudentielles de la Cour européenne et à la nécessité de préserver la discipline et la cohésion interne au sein de l'armée et des prisons », concl. sous CE, *Théron*, 2 juill. 1991, *AJD*, 1992, p. 80.

37. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Ed. Montchrestien, 3^e éd., 1991, p. 366.

38. *A fortiori* si la gravité intrinsèque des infractions est précisée comme en Grande-Bretagne ou en Espagne.

39. CE 15 janv. 1992, *Cherbonnel* (requête d'un détenu à propos du refus du directeur de l'autoriser à cantiner du cidre ou de la bière), *Rev. adm.*, 1992, note, H. Fabri-Ruiz, p. 224 ; *RFD adm.*, 1993, concl. Scanvic, p. 1131 et s.

40. H. Fabri-Ruiz, *eod. loc.* V. en ce sens B. Genevois, *op. cit.*, p. 489 ; R. Chapus, *op. cit.*, p. 366.

2. Une réforme structurelle envisageable

Le problème non encore résolu des recours contre les sanctions disciplinaires pourrait trouver place dans un projet de judiciarisation du contentieux de l'exécution des peines privatives de liberté. Le rôle du juge ne se termine pas par le prononcé d'une incarcération. Le principe d'individualisation des sanctions répressives suppose un aménagement de celle-ci selon l'évolution de la conduite du détenu. Or ce que le juge a décidé, seul un autre magistrat peut le réformer. Certes, la judiciarisation stoppée par la résistance du droit positif est partiellement supplantée par un contexte jurisprudentiel favorable à l'amplification du rôle des magistrats durant la phase d'exécution des peines⁴¹. Le déclin amorcé de la théorie des mesures d'ordre intérieur, dans le domaine pénitentiaire, y contribue d'autre part. Mais c'est en matière disciplinaire que l'inertie du contrôle juridictionnel émerge avec flagrance. Le poids de la tradition entraîne l'hésitation du juge à apprécier le fondement de mesures depuis toujours réservées aux directeurs de prisons.

Plusieurs pays optent pourtant, depuis longtemps parfois, pour le principe d'un contrôle judiciaire du processus de l'exécution des peines. Malgré des différences tangibles dans l'organisation de leur système pénitentiaire, ces pays se rejoignent autour d'un précepte commun. On ne saurait affirmer l'individualisation des peines sans assurer un pouvoir d'ingérence de l'autorité judiciaire au-delà du prononcé d'une sanction pénale. Dans cette optique, l'autorité administrative (le directeur de la prison généralement) reste compétente pour prononcer les sanctions disciplinaires mais les recours sont portés devant des magistrats spécialisés (juge de la surveillance pénitentiaire en Espagne, juge de l'application des peines en Italie, tribunal d'exécution des peines en Grèce et en Allemagne)⁴².

La judiciarisation de l'exécution des peines en France fut sérieusement envisagée par les avant-projets de code pénal de 1976 et 1978⁴³. Le juge de l'application des peines (JAP) remplacé par le juge d'application des sanctions devait être assisté par une nouvelle institution, le tribunal de l'exécution des sanctions, en prise aux décisions les plus importantes, le plus souvent de nature juridictionnelle. Ces avant-projets abandonnés, ce dessein fut repris quelques années plus tard, par un projet de loi du 22 septembre 1983.

Ce projet prévoyait deux degrés de juridiction. Au premier degré, la juridiction serait collégiale, dénommée tribunal de l'application des peines (TAP). Elle serait une chambre spécialisée du tribunal de grande instance, composée d'un président assisté de deux juges dont au moins un JAP. En effet, l'institution du JAP perdurerait. Il prendrait certaines décisions sur délégation légale du TAP. La juridiction du second degré serait une chambre spécialisée de la cour d'appel composée d'un président et de deux conseillers, dont un au moins chargé de l'application des peines.

Ces projets cependant n'abordèrent pas directement le domaine particulier des sanctions disciplinaires. Encore peut-on noter que les services de l'administration pénitentiaire proposèrent (proposition restée vaine), pour toutes les affaires relatives à un détenu en milieu fermé, d'inclure parmi les membres du tribunal, le directeur de la prison. L'avant-projet de code pénal stipulait aussi que, pour les punitions de cellule

41. L'arrêt *Théron*, en estimant que la réduction de peine accordée par le JAP (auparavant considérée comme une simple mesure d'administration judiciaire) modifie les limites de la peine et relève de la compétence du juge judiciaire, abonde en ce sens. CE 9 oct. 1990, note M.-C. Roualt, *Quo. jur.*, 2 févr. 1991, n° 25, p. 7 ; *AJD*, 1991, note N. Belloubet Frier, p. 546 et s.

42. V. S. Plawski, Le contrôle judiciaire de l'exécution des sanctions en droit comparé, *Rev. pén. dr. pén.*, 1980, p. 386 ; du même auteur, *Droit pénitentiaire*, Publ. de l'Univ. de Lille-III, p. 269 ; Les tribunaux pénitentiaires en Europe, *Rev. pén. dr. pén.*, 1985, p. 136 et s. ; C. Nils Robert, *La participation du juge à l'application des sanctions pénales*, Librairie de l'Univ. de Genève, 1974, p. 96 et s. ; S. Snaken, Le détenu acteur social in *Acteur et délinquance. Hommage à C. Debussé*, Ed. P. Mardaga, 1990, p. 334 ; P. Dardéda, L'action disciplinaire en détention : un panorama européen, cette *Revue*, 1993, p. 813 ; Conseil de l'Europe, *Bull. info. pénit.*, n° 16, 1992, p. 36 et s.

43. V. not. J. Pradel, L'avant-projet de code pénal, *D.* 1977, p. 115 et s. ; G. Roujou de Boubée, Les sanctions dans l'avant-projet du code pénal français, *RID pén.*, 1980, p. 23 et s.

supérieures à quinze jours, le chef d'établissement devait requérir nécessairement l'accord du JAP. Ces projets ont eu au moins pour mérite de poser les jalons d'une réflexion sur la juridictionnalisation de l'exécution des sanctions répressives, vivement souhaitée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi, pour certains auteurs, le contentieux devrait passer par la « création d'un code de l'exécution des peines indépendant, un peu à l'image du code de l'organisation judiciaire »⁴⁴ dont seraient chargés les juges d'exécution des peines en formation individuelle ou collégiale.

Aujourd'hui, alors que toutes ces intentions sont restées lettre morte, il est peut-être permis de reconnaître qu'une judiciarisation complète du système disciplinaire (exclusivement confié à des magistrats, tant pour le prononcé des sanctions qu'en matière de recours) suppose des moyens financiers et humains importants. De surcroît, rien ne sert de bouleverser à l'excès l'institution carcérale, pour tendre à une reconnaissance de droits qui ne seront pas, une fois de plus, exercés sur le terrain. Ainsi par exemple, en Grande-Bretagne, le droit de se faire représenter par un homme de loi durant l'instance disciplinaire n'est pas utilisé en pratique⁴⁵. Les propositions de remplacement du *Board of visitors* (qui comprend un magistrat) par un tribunal exclusivement composé de juges ont, récemment, été déclarées inopportunes. Mais des solutions moins radicales et donc plus aisées à mettre en œuvre pourraient cependant s'appliquer rapidement, étape liminale d'une juridictionnalisation future du contentieux de l'exécution des peines. Au XIX^e siècle, des courants d'idées faisaient déjà resurgir la nécessité d'instaurer un droit de regard des magistrats sur la discipline pénitentiaire. Il aurait pu s'opérer par le biais d'un organe mixte « composé à la fois des représentants de l'autorité pénitentiaire et judiciaire qui infligeraient les peines sur le rapport des autorités pénitentiaires »⁴⁶. En fait, quelle que soit la solution d'avenir à envisager en matière de contrôle des sanctions disciplinaires en prison, celui-ci apparaît aujourd'hui plus que jamais fondamentalement nécessaire.

*
**

En conclusion, il nous paraît donc utile de formuler quelques remarques essentielles.

- Le respect des règles procédurales ne permet pas de combler l'absence de définition des infractions disciplinaires. Il faudrait envisager une classification des agissements répréhensibles. La solution idéale passerait sans doute par l'énumération, pour chaque infraction, de la (ou des) sanction(s) appropriée(s) assortie(s) de la durée maximale autorisée.

- Le maintien de la compétence disciplinaire du chef d'établissement nous semble importante pour des raisons d'efficacité, de célérité et d'opportunité. En effet, qui mieux que le directeur peut être à même de connaître et de concilier les personnes et les intérêts inéluctables qui s'affrontent au sein de chaque établissement.

- Il nous paraît pour autant impérieux d'instaurer un véritable contrôle, par des magistrats, des pratiques disciplinaires. Peut-être faudrait-il envisager une réforme de la commission de surveillance qui, comme en Grande-Bretagne, aurait sous la présidence d'un magistrat compétence en matière d'appel contre les décisions du directeur⁴⁷.

44. V. P. Couvrat, La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945, cette *Revue*, 1985, p. 239 ; F. Staechle, Le juge de l'application des peines, magistrat du siège ou administrateur judiciaire, cette *Revue*, 1991, p. 390.

45. D. Bibal et M. Ménard, *op. cit.*, p. 66.

46. V. I. Cheglowitow, *Actes du IV^e congrès pénitentiaire international*, tome I, Saint-Petersbourg, 1890, p. 237. A cette époque, les magistrats majoritairement appelaient de leurs vœux un contrôle juridictionnel. V. M. Fize, *op. cit.*, p. 48 et s.

47. Notons qu'en Grande-Bretagne les détenus bénéficient d'un réel droit d'appel et le contentieux n'est pas systématisé. Le *Board of visitors* joue pleinement son rôle car il ne traite environ que 5 % des punitions, généralement les plus graves. V. J. Ellis, Prison adjudication procedure explained, *The Law Society's Gazette*, 1991, p. 32 ; R. Morgan et H. Jones, Prison discipline, the case for implementing woollf, *British Journal of Criminology*, 1991, p. 281.

- Les membres du tribunal devront obligatoirement être proches des réalités pénitentiaires, qu'ils soient ou non magistrats. Leur indépendance sera affirmée et préservée, aux yeux des détenus, par une réglementation adéquate.

- Les recours ne pourront être systématiques ou trop généralisés sous peine de conduire à une paralysie ou une perte d'influence du tribunal.

En toute hypothèse, il convient de signaler une décision de la Commission européenne des droits de l'homme qui assimile une accusation qualifiée de disciplinaire par le droit pénitentiaire anglais à une « accusation pénale » au sens de l'article 6 CEDH⁴⁸. Il devient donc urgent de modifier l'organisation du système disciplinaire car le jour où « descendra sur la France la foudre lente de Strasbourg » se rapproche sensiblement⁴⁹.

48. Req. n° 17525/90, 16 févr. 1993, *Delazarus c/ Royaume-Uni* (à propos d'un détenu coupable d'une prise d'otage dans la prison).

49. M. Tuot, concl. sous l'arrêt *Théron*, cité in J.-Y. Plouvin, *op. cit.*, p. 392. Un groupe de travail sur la discipline pénitentiaire a été institué par le ministère de la Justice depuis le début de l'année 1992. Sur les grandes lignes de ses propositions, V. A. Fericelli, Discipline : la réforme, *La lettre de Génipi*, n° 45, oct. 1993, p. 14 et s.

D. CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. Droits de l'homme

L.-E. PETTITI

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris

Président de l'Institut de formation en droits de l'homme au barreau de Paris

La Cour européenne a rendu, ces derniers mois, d'importants arrêts concernant notamment l'applicabilité des garanties de l'article 6 de la Convention européenne à une procédure douanière (Cour EDH, *Bendenoun c/ France*, 22 févr. 1994, série A, n° 284), les limites des mesures de prévention pouvant être imposées à une personne soupçonnée d'appartenir à une association de malfaiteurs de type mafieux (Cour EDH, *Raimondo c/ Italie*, 22 févr. 1994, série A, n° 281-A), le droit à l'assistance d'un défenseur (Cour EDH, *Tripodi c/ Italie*, 22 févr. 1994, série A, n° 281-B) et la durée d'une procédure civile au regard des circonstances du litige (Cour EDH, *Vallée c/ France*, 26 avr. 1994, série A).

1. *L'affaire Bendenoun*

M. Bendenoun dirigeait la société ARTSBY 1881 ayant pour activité le commerce de monnaies anciennes, d'objets d'art et de pierres précieuses, lorsque ladite société fit l'objet de trois procédures distinctes.

a) *Une procédure douanière* au cours de laquelle une transaction intervint à la suite des poursuites exercées contre le requérant pour diverses infractions douanières et de change. M. Bendenoun eut accès à l'intégralité du dossier douanier, soit 24 procès-verbaux et 353 documents.

Avant la transaction précitée, le dossier douanier fut communiqué à l'administration fiscale qui procéda à un contrôle de comptabilité de la société ARTSBY 1881.

b) *Une procédure fiscale* donna lieu à deux notifications de redressement tant à l'égard de la société qu'à l'égard de M. Bendenoun, lesquels introduisirent les recours correspondants devant le tribunal administratif.

Un mémoire du directeur régional des Impôts s'étant référé au dossier douanier en produisant six documents issus de ce dernier, l'avocat de M. Bendenoun écrivit à deux reprises mais sans succès au président du tribunal administratif pour solliciter la production complète dudit dossier en raison de « son intérêt direct pour le présent litige ».

Le tribunal administratif rejeta les requêtes de M. Bendenoun et de sa société. Le Conseil d'Etat repoussa derechef les recours des intéressés aux motifs, d'une part, qu'ils avaient été mis « à même de prendre connaissance de toutes les pièces figurant au dossier

et de nature à avoir une influence sur la solution du litige, y compris les procès-verbaux de constat du service des douanes établissant l'existence de recettes dissimulées », et d'autre part, que l'arrêt devenu définitif rendu le 13 mai 1981 en matière pénale, constatant l'insuffisance des moyens financiers de M. Bendenoun pour procéder aux opérations commerciales retracées dans sa comptabilité (occultant ainsi environ 25 % de son chiffre d'affaires), permettait à l'administration fiscale de rectifier d'office le montant du chiffre d'affaires de la société ARTSBY 1881.

c) *Une procédure pénale.* A la suite de la plainte des services fiscaux, l'intégralité du dossier douanier fut versé au dossier d'instruction, et M. Bendenoun fut condamné le 21 novembre 1980 pour fraude fiscale par deux jugements (respectivement au titre de l'impôt sur les sociétés et au titre de l'impôt sur le revenu) du tribunal correctionnel de Strasbourg à 15 mois d'emprisonnement avec sursis.

La cour d'appel de Colmar confirma ces deux décisions par deux arrêts du 13 mai 1981, outre le prononcé d'une amende de 30 000 F.

Les pourvois formés par le requérant, qui alléguait une violation des droits de la défense en ce que le dossier douanier n'avait pas été soumis aux juges d'appel, furent rejetés au motif que la connaissance de l'ensemble des documents de la procédure douanière était superflète du fait que le condamné avait fourni des explications « inadmissibles » à propos des sommes qu'il avait soustraites à l'impôt.

Devant la Commission et la Cour européennes, M. Bendenoun s'est plaint de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable lors de la procédure administrative française en ce qui concerne les majorations d'impôts auxquelles le fisc l'avait assujéti.

Le gouvernement français a contesté l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne à la procédure douanière qui, selon lui, n'aurait pas porté sur une « accusation en matière pénale » au sens dudit article alors, en outre, que les majorations d'impôts litigieuses auraient présenté « tous les traits d'une sanction administrative au sens de la jurisprudence de la Cour » (européenne).

Cette argumentation n'a pas été suivie par la Cour européenne qui s'est exprimée de la manière suivante : « En premier lieu, les faits incriminés tombaient sous le coup de l'article 1729, paragraphe 1, du code général des impôts... Or il concerne tous les citoyens en leurs qualités de contribuables, et non un groupe déterminé doté d'un statut particulier ; il leur prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d'une sanction. »

« Deuxièmement, les majorations d'impôt ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables. »

« Troisièmement, elles se fondent sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif. »

« Elles revêtaient en l'occurrence une ampleur considérable puisqu'elles s'élevaient à 422 534 F pour l'intéressé et 570 398 F pour sa société..., et le défaut de paiement exposait M. Bendenoun à l'exercice, par les juridictions répressives, de la contrainte par corps... »

« Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à l'"accusation" litigieuse un "caractère pénal" au sens de l'article 6, paragraphe 1, lequel trouvait donc à s'appliquer. »

Les débats en audience publique devant la Cour européenne n'ont pas donné lieu à beaucoup de développements relatifs au caractère « quasi pénal » de la procédure douanière en cause. La Cour européenne a retenu cette qualification à l'instar de l'arrêt

Öztürk (du 21 févr. 1984, série A, n° 73). Elle a retenu l'applicabilité de l'article 6 et non la violation.

L'arrêt *Bendenoun* constitue sans nul doute un pas supplémentaire dans l'appréciation par la Cour européenne de la notion de matière « quasi pénale » fondée sur la détermination d'un seuil de gravité des majorations fiscales justifiant l'application des garanties du procès équitable, même s'il n'y a pas violation de l'article 1 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne, relatif au droit au respect de ses biens.

Constatant par ailleurs que les « autorités fiscales » établirent la culpabilité du requérant sur la seule base des quatre procès-verbaux « contenant la reconnaissance, par l'intéressé, de ses infractions douanières » communiqués pendant la procédure, la Cour européenne a estimé que, à défaut d'une « motivation spécifique » de la demande du requérant, l'absence de communication des autres pièces réclamées par M. Bendenoun n'avait pas porté atteinte aux droits de la défense et à l'égalité des armes ; et ce, d'autant plus que l'intéressé « n'ignorait pas l'existence et la teneur de la plupart des documents et que lui-même et son conseil avaient eu accès au dossier complet, du moins durant l'instruction pénale ».

En l'espèce, la demande de communication de pièces de M. Bendenoun à l'occasion de la procédure administrative pouvait paraître dilatoire car il n'indiquait pas en quoi l'absence desdites pièces lui faisait véritablement grief.

Le raisonnement de la Cour européenne aurait peut-être été différent à cet égard si seule la procédure administrative avait été diligentée à son encontre et que l'absence de communication précitée ait porté sur l'intégralité des pièces.

En tout état de cause, la décision relative à la non-violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne laisse son entier impact à celle, prise à l'unanimité, concernant l'applicabilité dudit article à la procédure douanière susmentionnée.

La Commission européenne examine actuellement la matière « quasi pénale » dans le contentieux électoral. La Cour européenne examine une affaire *Heinrich c/ France* qui met en cause l'exercice même du droit de préemption dans le domaine des ventes immobilières.

Cette évolution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne dans le sens d'une extension du champ d'application de l'article 6, paragraphe 1, précité, notamment par le développement de la notion de matière « quasi pénale », peut réserver une plus large place aux droits économiques (protection de l'environnement, restitution des biens confisqués, « gelés », expropriés *de facto* ou sans indemnisation adéquate, etc.).

Les requêtes y afférentes s'appuient principalement sur l'article 1 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne ou, pour la phase procédurale, sur l'article 6, paragraphe 1, de ladite convention, ou encore sur la combinaison de ces dispositions.

2. L'affaire Raimondo

Soupçonné d'appartenir à une association de malfaiteurs de type mafieux, M. Raimondo fit l'objet de poursuites pénales et de mesures de prévention.

Placé en détention provisoire pendant plus de huit mois, puis assigné à résidence durant encore six mois, il fut finalement relaxé.

Entre-temps, le tribunal ordonna la saisie de dix terrains, six constructions et six véhicules « dont le requérant paraissait avoir la jouissance ». La confiscation d'une partie desdits biens fut ensuite décidée.

Le tribunal ordonna en outre la surveillance spéciale de M. Raimondo par la police et lui « enjoignit... de verser une caution de 2 000 000 de liras... (de) ne pas s'éloigner de

son domicile sans l'avoir annoncé à la police ; (de) se présenter à celle-ci aux jours indiqués par elle ; (de) ne pas rentrer chez lui après 21 h ni sortir avant 7 h, sans justes motifs et sans avoir averti au préalable les autorités.

La cour d'appel saisie par le requérant annula toutes ces mesures « et ordonna la restitution de la caution précitée ainsi que des biens saisis et confisqués ».

M. Raimondo se plaignait, d'une part, d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne et, d'autre part, d'une violation de l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la même convention.

Cependant, la Cour européenne a estimé que, prévues par la loi, la saisie et la confiscation susmentionnées n'avaient pas entraîné de violation de l'article 1 du Protocole n° 1 précité, car, même si les biens concernés avaient subi quelques déprédations inévitables, ces contraintes étaient proportionnées à l'objectif recherché, dans la mesure où, ne dépassant pas la marge d'appréciation étatique, elles visaient à préserver les intérêts de la collectivité « du très dangereux pouvoir économique d'une organisation comme la mafia... qui brasse d'énormes quantités d'argent investies ensuite, entre autres, dans le secteur immobilier ».

En revanche, l'exécution différée de l'arrêt de la cour d'appel sur une partie des biens en cause a constitué une violation de l'article 1 du Protocole n° 1, car l'ingérence corrélative de ce retard n'était ni prévue par la loi ni nécessaire « pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ».

Enfin, les instances concernant les mesures de prévention, d'une durée totale de près de quinze mois, n'ont pas excédé le délai raisonnable de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne, étant précisé que la Cour européenne a écarté la surveillance policière spéciale du champ d'application dudit article au motif que « la procédure y relative ne porte... pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ».

L'accroissement constant des activités mafieuses, y compris le trafic de drogue, a conduit les Etats, et notamment l'Italie, à adopter des mesures de prévention qui s'ajoutent à la répression pénale classique.

L'affaire *Raimondo* illustre le développement du contrôle contentieux suscité par l'apparition de ces normes préventives (Code Rocco, Législations spéciales de 1956 et de 1965, réforme Vassalli) qui doivent rester compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme et particulièrement ses articles 5 et 6.

3. L'affaire Tripodi

Poursuivie pour violences, calomnies et menaces, Mme Tripodi fut condamnée à 22 mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 150 000 liras. La cour d'appel réduisit cette peine de 2 mois, mais la Cour de cassation italienne rejeta le pourvoi subséquent formé par l'intéressée.

C'est dans ces conditions que la requérante a reproché à la Cour de cassation d'avoir tenu audience en l'absence de son défenseur empêché de se présenter pour raison de santé à la suite d'une intervention chirurgicale.

Soulignant qu'en appel et en cassation « les modalités d'application des paragraphes 1 et 3 c de l'article 6 dépendent des particularités de la procédure dont il s'agit », la Cour européenne a reconnu expressément « la valeur de la discussion orale devant la Cour de cassation, compte tenu du fait que les parties privées ne peuvent comparaître que par leurs défenseurs », mais a conclu à l'absence de violation de l'article 6, paragraphe 3 c, précité, car la défaillance de l'avocat de Mme Tripodi n'était pas imputable aux autorités étatiques.

Ledit avocat aurait pu et dû se faire remplacer le jour des débats ou présenter un nouveau mémoire ou encore veiller à ce qu'un de ses confrères en déposât un, même peu de temps avant l'audience.

Cette affaire s'inscrit dans la lignée de celles déjà examinées par la Cour européenne en matière de procédure par défaut, de non-représentation par avocat et de décisions considérées comme contradictoires y compris en l'absence d'avocat.

La Cour européenne n'a pas encore dégagé de doctrine univoque en cette matière du fait de la diversité des codes de procédure des Etats signataires de la Convention. Néanmoins, un examen des décisions déjà rendues permettrait d'en définir les normes et les critères directeurs eu égard à la nécessité de préserver l'effectivité de la défense.

4. *L'affaire Vallée*

M. Vallée, qui a subi de nombreuses transfusions sanguines en raison de son hémophilie, a été contaminé par le virus de l'immuno-déficience humaine (VIH) entre le 27 novembre 1984 et le 4 juin 1985 et a été classé dès le mois d'octobre 1987 au dernier stade de cette maladie.

Comme 649 autres victimes hémophiles (sur un total de 1 250 contaminés) le requérant a adressé une demande préalable d'indemnisation au ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale, car il estimait que sa contamination résultait du retard fautif de ce ministre à mettre en œuvre une réglementation adéquate de la délivrance des produits sanguins.

Insatisfait de la décision ministérielle, M. Vallée a saisi le tribunal administratif de Versailles le 31 mai 1990 d'une requête tendant à l'obtention d'une somme de 2 500 000 F, outre les intérêts légaux.

A l'issue de la procédure et après avoir sollicité l'avis du Conseil d'Etat, le tribunal administratif de Paris a, par décisions des 28 mai 1993 et 5 janvier 1994, accordé une indemnité de 2 000 000 F, dont 548 000 F à verser par l'Etat.

Entre-temps, le fonds d'indemnisation (créé par la loi du 31 décembre 1991) avait décidé, par un arrêt du 27 décembre 1992, du versement de l'indemnité en une seule fois.

M. Vallée s'étant plaint de la longueur de la procédure devant les organes européens de Strasbourg, la Commission européenne a émis son avis dès le 20 janvier 1994, tandis que la Cour européenne a tenu audience publique le 22 mars suivant et a finalement rendu son arrêt le 26 avril 1994.

La Cour européenne a estimé que, même si l'affaire revêtait une certaine complexité, les données permettant de trancher la question de la responsabilité étatique étaient disponibles depuis fort longtemps, alors que, en tout état de cause, le tribunal administratif aurait pu solliciter plus tôt l'avis du Conseil d'Etat, et ce d'autant plus que les problèmes résultant de la coexistence de deux procédures parallèles devant les juridictions administratives et le fonds d'indemnisation précité ne sauraient justifier la longueur de la procédure litigieuse.

Compte tenu « du mal incurable » qui minait le requérant, « une diligence exceptionnelle s'imposait en l'occurrence » nonobstant le nombre des litiges à traiter et alors surtout qu'il s'agissait d'un débat dont le gouvernement français connaissait les données depuis plusieurs années et dont la gravité ne pouvait lui échapper à la suite de l'affaire *X* (Cour EDH, *X c/ France*, 31 mars 1992, série A, n° 236).

La Cour européenne observe que le tribunal administratif n'a pas utilisé ses pouvoirs d'injonction pour accélérer la marche de l'instance, alors pourtant qu'il connaissait l'arrêt précité et qu'il était informé de l'état de santé de M. Vallée.

Plusieurs délais ont semblé anormalement longs :

- un délai de vingt-deux mois entre la saisine du tribunal administratif de Versailles et la première audience ;
- une période de sept mois entre la production du mémoire du requérant et la deuxième audience ;
- un laps de temps de près de cinq mois entre l'adoption de l'avis du Conseil d'Etat et la notification du jugement du tribunal administratif.

Se référant à son précédent arrêt, *X c/ France*, la Cour européenne a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne car, en l'espèce, une durée de plus de quatre ans pour obtenir un jugement de première instance avait largement dépassé les limites du délai raisonnable prévu audit article, eu égard à l'enjeu particulièrement important pour M. Vallée.

La Cour européenne lui a alloué une somme de 200 000 F à titre de satisfaction équitable, compte tenu de la somme de 1 352 000 F qu'il avait déjà perçue du fonds d'indemnisation le 18 décembre 1992.

II. Droit communautaire

Que peut-on espérer raisonnablement d'un droit pénal européen communautaire ? *

Enrique RUIZ VADILLO

*Président de la Chambre criminelle du Tribunal suprême,
Président de l'Institut européen en Espagne
Professeur de l'Université.*

L'Europe doit plonger ses racines dans les valeurs les plus nobles pour se rendre forte et dispenser sa force au bénéfice des plus faibles et des plus démunis, en apportant, dans la mesure où elle est demandée, l'aide nécessaire pour établir ou consolider les Etats de droit et les démocraties authentiques, expressions les uns et les autres de réalités pour lesquelles il vaut la peine de vivre et de combattre.

Le Traité de l'Union européenne, signé le 7 février 1992 à Maastricht, prévoit : « Le présent traité constitue une nouvelle étape dans le processus créateur d'une union de plus en plus étroite entre les peuples d'Europe, par laquelle les décisions seront prises de la manière la plus proche possible des citoyens. » L'Union trouve son fondement dans les Communautés européennes et s'appuie sur les politiques et les formes de coopération établies par le présent traité. Elle aura pour mission d'organiser de manière cohérente et solidaire les relations entre les Etats membres et entre les peuples : en affermissant leur identité dans le domaine international, en renforçant la protection des droits et des intérêts des ressortissants des Etats membres, en développant une coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, en préservant intégralement le patrimoine communautaire et en le développant. Nous avons tous un véritable devoir à approfondir les idéaux qui lui servent de fondement.

Aux traités signés par les Etats, que sont les conventions, et au Traité de Maastricht s'adjoint peu à peu un ordre juridique qui dessine discrètement quelques contours au fil de la jurisprudence des institutions européennes. Les conventions, ouvertement adoptées dans le domaine pénal, comme le dit Mme le professeur Delmas-Marty, se limitent ainsi à la seule coordination des organes répressifs nationaux et n'affectent pas la souveraineté nationale autant que le droit communautaire ou la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne touchent pas directement la nature pénale mais imposent progressivement aux Etats une véritable subordination d'une politique pénale à un ordre supranational.

Une grande partie de la doctrine considère comme nécessaire l'existence d'un droit pénal communautaire, étant donné les conséquences importantes qui en résulteraient pour l'organisation juridique de chaque Etat membre, ainsi que pour les infractions de désobéissance à des ordres exprès communautaires dans des zones concrètes d'activité : en ce qui concerne la protection pénale des autorités communautaires, le respect des documents officiels émanant de la Communauté dans des conditions analogues à celles qui existent à cet égard dans les systèmes nationaux ; en ce qui concerne les escroqueries et appropriations indues à l'égard des fonds communautaires, abus de subventions, etc.

* Ce texte a été traduit de l'espagnol par Ginette Mongin, ingénieur au CNRS.

Le droit pénal européen pourrait s'orienter dans une double direction : harmoniser les droits pénaux des Etats membres et introduire des modèles pénaux communs et spécifiques du droit communautaire.

Seul le droit pénal est capable dans des situations déterminées de protéger avec efficacité les institutions et les personnes, en vue de la réalisation d'une existence individuelle et sociale plus respectueuse des droits fondamentaux et des libertés publiques. Pour cela, le droit communautaire européen doit compter avec un droit pénal qui protège les valeurs et les biens méritant une considération particulière, en englobant tant le droit pénal substantif que la procédure pénale et le droit pénitentiaire ou de l'exécution des peines privatives de liberté.

Les considérations générales sur lesquelles doivent être fondés les principes directeurs du droit pénal européen sont les suivantes :

1. La phase d'investigation, ou instruction, en ce qui concerne les infractions pénales, doit être dirigée par une personne impartiale ; au cours de cette phase, la personne accusée, dès l'instant qu'elle le sait, doit bénéficier de tous les droits que les conventions internationales lui accordent et que doivent adopter les législations nationales, comme le droit d'avoir un défenseur, le droit de connaître l'accusation dont elle est l'objet, l'interdiction de rester sans défenseur. Durant cette phase, les dispositions adéquates pour protéger les droits de la victime seront prises.

2. Le procès doit se dérouler devant une juridiction collégiale si les peines sont graves et bénéficier des garanties correspondantes : présomption d'innocence (jusqu'à ce qu'il soit démontré le contraire devant la juridiction pénale impartiale), droit d'être informé par un avocat, ainsi que de proposer des preuves et de les présenter devant le juge adéquat, en ne reconnaissant pas la validité de celles dont la mise en œuvre a violé les droits en question.

3. Le droit pénal substantif doit être élaboré selon les principes de légalité (précision et certitude), de culpabilité et de proportionnalité, qui est consubstantiel à celui de justice.

4. Le droit pénal national doit s'inspirer des principes qui régissent le droit communautaire, plus particulièrement en ce qui concerne les droits de l'homme et les libertés publiques.

5. Pour l'exécution des peines, indépendamment de la question du passage du procès pénal au stade du jugement ou de l'exécution, il faut prêter une attention particulière à la victime.

Le plus important est que soient préalablement bien connus les principes dont s'inspire la politique criminelle de l'Europe en général et dans ses différentes organisations juridiques : légalité qui est en même temps certitude ; application de la règle *non bis in idem* dans tous les domaines, de la règle de proportionnalité, etc.

En conclusion, nous devons souligner que la dignité de la personne humaine est transcendante. Les principes de justice et, joints à ceux-ci, ceux de proportionnalité, de culpabilité, de sécurité juridique, de confiance légitime, d'équité, etc., doivent être en permanence présents non seulement dans le droit pénal proprement dit, mais dans toutes les sortes de droit de nature sanctionnatrice, ainsi dans le droit administratif sanctionnateur et, à l'intérieur de celui-ci, dans le droit disciplinaire sanctionnateur, etc. ; tout cela uni indissolublement aux exigences du procès pénal (résultats acquis dans une très large mesure au moyen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) qui, dès lors qu'il est réalisé et mis en œuvre avec l'ensemble des garanties, est susceptible de se transformer en un des plus puissants instruments de justice.

D'une manière générale, nous croyons que le législateur espagnol, conscient de l'importance et de l'avantage que représente l'Union européenne, tiendra compte de la présence active de ces principes et de ces besoins communautaires en vertu desquels devront se réaliser les innovations qui doivent être introduites dans le nouveau texte

pénal, afin que les actes illicites précis qui ont comme victime la Communauté européenne ne restent pas hors du code pénal. De cette façon, des infractions fiscales déterminées, concernant ladite Communauté, comme l'abus de subventions, les faux documentaires (y compris les supports magnétiques) qui, se rapportant aux documents issus de la Communauté par l'intermédiaire de ses autorités et dans l'exercice de leur activité, devraient mériter la qualification de documents publics ou officiels, la classification comme délit d'escroquerie de la fraude informatique etc., doivent être incorporées dans toutes les dispositions pénales nationales.

Tout cela, il ne faut pas en douter, va conduire à une meilleure et plus effective défense des intérêts qui nous sont communs, en évitant les lacunes graves, dont tirent profit ceux qui méprisent les règles les plus élémentaires de coexistence pour se servir et abuser des autres. Ainsi, quand certaines personnes détournent des instruments conçus pour la réalisation d'une politique économique déterminée (par exemple, pour obtenir des subventions qui ne leur sont pas destinées, etc.), il se produit un effet nocif double : d'une part, l'économie de la Communauté et/ou des Etats membres subit un dommage et, d'autre part, les règles essentielles concernant l'économie de marché, où doivent dominer le jeu limpide et la concurrence libre et transparente, sont brisées. Il en résulte que, pour la défense des biens les plus prioritaires dans une Communauté, le droit pénal doit intervenir, mais toujours avec la prudence qui doit le caractériser, tant du point de vue substantif que procédural et pénitentiaire, tout en tenant compte du principe de moindre intervention (*ultima ratio*), d'interprétation restrictive des normes défavorables, etc.

Dans cette perspective, au nom d'une politique commune et au moment où apparaît un consensus plus général et élargi, nous faisons tout ce qui est possible pour qu'un droit pénal, qui à l'heure actuelle concerne seulement l'économie, présente des caractéristiques communes, propres à lutter mieux et plus efficacement contre la fraude et contre toutes les activités qui mettent en péril l'équilibre communautaire, et notamment la réalisation de ses idéaux : la liberté, l'égalité et la dignité de la personne humaine. En définitive, c'est de l'Etat de droit et de la démocratie qu'il s'agit.

E. CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

Vers une politique européenne de la prévention

Michel MARCUS

Magistrat

Délégué général du Forum européen pour la sécurité urbaine

Les politiques de prévention pénètrent peu à peu la sphère européenne.

La drogue est un puissant levier de ce mouvement dans la mesure où elle figure comme une des très grandes priorités de l'Europe et autorise donc la Commission de Bruxelles à prendre des initiatives dans les politiques extérieures et intérieures de l'Europe. Ces initiatives peuvent concerner les ajustements nécessaires dans l'action des appareils de police et de justice, mais aussi la détermination des objectifs et du choix des acteurs de la lutte contre la toxicomanie.

A ce titre, la Commission entend privilégier le niveau des villes, comme terrain du déploiement des politiques, mais aussi comme acteur de ces politiques.

Dès lors, l'entrée en scène de l'Europe n'entraîne plus seulement la question du choix d'une politique de prévention ou de répression, mais celle d'une coproduction de la politique criminelle dans le cadre d'une politique de la ville, que la France voit comme une lutte contre les exclusions de tous ordres. L'évolution des esprits conduit également à établir un lien entre la politique de toxicomanie, la petite délinquance et la criminalité organisée. Un rapport parlementaire de Mme Salish, député allemande du Parlement européen, constate que, « depuis la suppression des contrôles des personnes aux frontières intérieures de la Communauté, les citoyens sont de plus en plus préoccupés de leur sécurité. Ils craignent essentiellement d'être victimes de la "petite" délinquance. La montée et l'internationalisation de la criminalité, de même que la dégradation de la qualité de vie qui en résulte, exigent que les responsables de la politique européenne portent désormais une plus grande attention à la question de la criminalité urbaine... Le traité instituant la CEE n'évoque aucune compétence de la Communauté en ce domaine, mais celle-ci dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour conduire, dans le respect du principe de subsidiarité, des actions visant à mettre en évidence les problèmes communs et encourager les échanges d'expériences de sorte que soient trouvées des solutions véritablement optimales ».

C'est dans le but de déterminer les problèmes communs et repérer les expériences optimales que la Commission a confié au Forum européen pour la sécurité urbaine le soin de conduire une étude. Le Forum a lancé un dispositif appelé « Collège analytique de la sécurité urbaine » devant permettre de réunir, pendant sept mois, une centaine de personnes venues de tous les horizons pour tenter de trouver des langages communs et des méthodologies permettant de partager les expériences nationales. Un rapport a été remis à la Commission à partir duquel devrait s'ébaucher dans l'année à venir le canevas

d'une politique européenne dans la perspective de la renégociation du Traité de Maastricht. Ce rapport, intitulé « Démocratie et sécurité », qui a été piloté par Catherine Vourc'h et l'auteur, est disponible et nous en publions l'avis au lecteur. Dans un prochain numéro, nous publierons la partie consacrée au tour d'Europe de la coproduction des politiques de sécurité.

Il existe sur les problèmes de sécurité urbaine de nombreux travaux scientifiques et une expérience professionnelle ou bénévole immense. Le document que vous allez lire est issu d'une confrontation entre ces savoirs.

Peut-on travailler ensemble quand on vient de différents pays de la Communauté européenne et de pays tiers, qu'on appartient à des cultures professionnelles différentes, qu'on occupe des métiers et des fonctions différentes ? Un policier espagnol, un journaliste britannique, un chercheur allemand, un médecin portugais, un juriste grec, un travailleur social hollandais, un magistrat belge, un directeur d'école français peuvent-ils se parler ? Un banquier français ou un cadre de la compagnie berlinoise des transports publics ont-ils des choses à se dire sur la sécurité dans les villes ? C'est le pari tenté par le Collège analytique de la sécurité urbaine.

Au cours de cette première année, les uns et les autres ont pu se sentir déconcertés, frustrés parfois de devoir composer avec l'hétérogénéité des savoirs et des positions, impatients d'aller plus vite dans la formation d'une culture commune. Mais force est de reconnaître que les scepticismes se sont progressivement effacés.

Le Collège, dans son hétérogénéité, a produit une rumeur publique européenne, mitigée d'informations de presse, d'analyse scientifique, d'expérience professionnelle ou citadine. Les rumeurs ont mauvaise presse... Pourtant, n'est-ce pas la rumeur, interrogée par les savoirs experts, qui permettra de problématiser une culture européenne (et pas seulement professionnelle) de la sécurité urbaine ?

Parce que publique et européenne, cette rumeur est téméraire. Non qu'elle soit exempte de préjugés et de lieux communs bien entendu (elle gagnerait à l'examen sévère d'un conseil scientifique), mais elle se dégage des débats nationaux et met à jour des sensibilités communes ou des clivages qui permettent de mesurer une fois de plus l'importance du fossé qui sépare ce qui se dit et se vit en ville et l'inertie ou les faux-semblants des bureaucraties même modernisées. Celles-ci désignent des cibles : la pauvreté, la drogue, l'immigration, le chômage, le logement... ou des groupes cibles : les jeunes, les immigrés, les familles mono-parentales, les collégiens, les toxicomanes... Mais ces cibles ont la cohérence de l'appareil qui les désigne. Cette cohérence est une façon de voir le monde, d'établir une série statistique et une nomenclature budgétaire et rend tout le reste si futile, si fragile, si peu sérieux. Nos vieilles bureaucraties comptent et recomptent. Que montrent-elles, qui regarde, qu'arrive-t-il ? Elles se font peur. Elles font peur.

Le Collège adopte plutôt le regard du citoyen. Le citoyen ne voit pas des cibles, il perçoit des situations-problèmes : la peur, le vol... et des lieux-problèmes : la gare, l'école, le stade, la rue, le quartier. Le plus averti perçoit également ces instances d'un genre un peu neuf qu'on appelle table ronde de la sécurité, conseils locaux de prévention de la délinquance, ou autres et où se décide une partie de la chose publique... Le Collège plaide pour une approche territorialisée de la sécurité qui rend mieux compte des choses complexes et nouvelles notamment parce qu'elle aide à sortir d'un clivage (et de l'organisation qui en découle) devenu académique entre la prévention et la répression. Le champ de la prévention constitue un chemin banalisé par des procédures et des métiers spécifiques, des passerelles avec d'autres secteurs que le pénal, des voies de financement autonomes. Ce faisant, elle risque toujours de s'enliser dans l'éternel débat sur les causes et de laisser intacts les champs de la répression labourés par les ministères de la police. Comment, sans sortir de ce clivage, rendre compte du fait que la première

insécurité est celle du chômage, de la dégradation de l'habitat, de la non-intégration d'immigrés de la deuxième ou troisième génération ? Et comment percevoir que l'insécurité est faite aussi d'incivilités restées sans réponses ?

La rumeur publique européenne renvoie les échos d'une crise de la puissance publique en Europe. Ce n'est pas d'abord une crise de légitimité : les conséquences de l'effondrement de l'Etat à l'Est et la progression du chômage et de la pauvreté n'autorisent aucune économie libérale à remettre en cause la nécessité d'une puissance publique fédératrice, régulatrice, initiatrice même. Non, la crise est d'abord une crise d'éloignement et d'ingénierie de la puissance publique : certaines façons de travailler ne lui permettent pas de régler certains problèmes publics, de produire le bien public. Et c'est aussi une crise de financement. Le sentiment d'insécurité croissante vient aggraver cette crise puisqu'il conteste l'Etat, dans sa raison d'être : à quoi sert l'Etat en effet (à quoi servent les prélèvements qu'il opère sur les revenus des personnes et des entreprises) s'il n'est pas capable d'assurer le service minimum, la sécurité des personnes et des biens ? Les pouvoirs publics ne s'y trompent pas. Ils savent l'urgence d'une réponse. Mais leur réponse est le plus souvent ambiguë. Ils font semblant de répondre par plus de lois, plus de fermeté, plus de police, plus de contrôle. Ce sont des mesures qui frappent. Mais c'est du faux-semblant parce que l'effort public est saturé déjà et que plus de policiers dans les limites des capacités financières n'a aucun effet tangible sur la rue. Faux-semblant dangereux. Le guérisseur touche la blessure, augmente la douleur, suscite l'appel à l'aide et donne l'illusion d'un soulagement dès que la pression se relâche. Moins il parvient à soulager durablement, plus l'Etat aggrave la contestation de sa légitimité. Et plus se développent avec ou sans son consentement des réponses privées à l'insécurité, réponses dont il récuse par avance la légitimité.

La rumeur dit aussi l'appel et le désir de la mobilité, de la migration, de l'ouverture des frontières, « de la grande prairie ». Mais aussi la peur de la grande prairie. Peur de l'autre, peur du nomade, peur de l'envahissement, et, pour le nomade, fatigue de la route, toujours la route.

La rumeur parle de l'abri, de l'intimité, du tipi dans la prairie. Envie de refermer un instant la porte sur un endroit à soi, ou pour soi, ou pour quelques familiers ou invités. Désir des coutumes, des usages, du bon usage, d'un endroit dont on comprend les règles d'usage, où l'on construit la loi civique, raffinée, complexe, un peu secrète, transmise, celle qui rend vigilant l'hôte ignorant. Quelle asperité peut arrêter un instant la glisse dans l'espace lisse, sans nom, non dit, sans usages, « sans feu ni loi » ? Sans feu pas de loi, sans loi pas de feu. Le passant sans feu ni loi n'est autorisé à aucun acte juridique. Il est suspect, il n'appartient à personne. C'est un immigré. L'immigré, celui dont on ne voit pas le feu et dont on ignore la loi. Des éducateurs signalent dans la deuxième plus grande ville de France des mineurs mis à la rue par les familles parentes ou alliées à qui leurs parents les avaient confiés : ces mineurs n'ont plus de feu, ils n'ont pas de papier, ils sont apatrides. Hier, on parlait d'ouvrir les écoles sur le quartier de la ville, on fustigeait les écoles closes ; aujourd'hui les enseignants parlent plutôt de l'angoisse énorme des enfants, et on cherche à redessiner l'enceinte, à refermer en douceur la porte sur leur travail et sur leurs jeux. On ne traverse pas le tipi comme on traverse la prairie. Comment conjuguer le droit à aller et venir dans la prairie et le droit à entrer dans le tipi ? L'école peut-être, la maison, un abri. « On n'a pas d'endroit », disent les jeunes des quartiers. Y a-t-il assez de lieux pour les jeunes dans la ville ?

Mais la rumeur dit aussi la tentation des forteresses à usage de quelques-uns, ghettos dorés ou ghettos de misère, l'apparition des gardes privés des forteresses, l'usage aliéné d'espaces publics, la liberté d'aller et venir entravée. Et entre les forteresses un espace sans pause, la prairie sans tipi. Les programmes les plus généreux dénoncent la relégation des pauvres dans certains quartiers dépourvus de qualité et parlent de la nécessité de leur redonner une mobilité sociale et géographique. Mais que peut devenir cette mobilité

entre des forteresses protégées ? La leçon de la sécurité routière dans les villes et les villages : c'est la complexité, la coexistence des flux qui fait la sécurité urbaine ; organiser un espace en flux séparés selon les degrés de vitesse (un flux pour les piétons, un flux pour les vélos, un flux pour les autos)... l'attention s'assoupit, toute transgression peut être mortelle... vous avez construit un espace dangereux. La complexité, elle, tient en éveil ; elle suppose attention, anticipation et agilité.

La rumeur dit enfin que des réponses plus sérieuses que les faux-semblant sont urgentes. Puisqu'on ne peut faire plus ou alors dans des proportions telles qu'on épuise la démocratie, il faut faire autrement, s'associer à d'autres, et peut-être ne plus faire la même chose. Vieille musique ? En effet, mais il n'est jamais trop tard. Le Forum européen pour la sécurité urbaine travaille au maillage des initiatives qui opposent aux faux-semblants une approche de coopération, d'ouverture, de générosité, de coexistence, de vivacité, de vitalité.

La sécurité, est-ce un droit ? Est-ce un bien économique ? Ou est-ce un bien public ? Si c'est un droit, tout le monde doit y avoir accès et c'est au pouvoir public de le garantir. Si c'est un bien économique, le privé peut s'en occuper. Mais si c'est, comme nous le croyons, un bien public, quelle maîtrise d'ouvrage peut définir le cahier des charges ? Quelle maîtrise d'œuvre peut lui donner une forme concrète ? Tout le monde sait qu'il ne suffit pas que le bien (liberté d'aller et venir par exemple, santé...) soit produit par la puissance publique pour être public dans son contenu et dans son accès. Dans son accès parce que, si un bien public est indivisible en théorie et que tout le monde peut y avoir accès à égalité, les conditions de production de ce bien introduisent une rivalité dans sa consommation (la police mobilisée sur la voie publique lors d'une manifestation ne sera pas dans les quartiers). Dans son contenu, parce que le fait d'être la puissance publique ne donne pas la science infuse des problèmes à résoudre, ni de ce qu'il convient de faire. Le bien public suppose que les services chargés de la mise en œuvre intègrent des réalités politiques et historiques locales dont la détermination est de la responsabilité collective des citoyens-citadins. La sécurité urbaine fait appel à la conscience citoyenne de chacun des citadins même s'il est étranger. Et, contrairement à la savonnette, elle n'est pas produite de la même façon dans le Schleswig-Holstein et en Catalogne où la relation de la population à la police, à la transgression ou à l'urbain est différente (pour ne s'en tenir qu'à l'évidence).

Toute la question est alors de savoir comment définir le contenu local du bien public, ici de la sécurité. Avec qui ? Quelles procédures de production imaginer qui aident à désigner les problèmes communs et à définir les voies de leur règlement ? Le Collège pense qu'il est urgent d'ouvrir de nouveaux espaces publics de dialogue, de diagnostic, de proposition et d'évaluation. C'est imaginer des formes de coproduction de la sécurité urbaine ouvertes à d'autres acteurs que ceux officiellement chargés de l'ordre public. La sécurité (peut-on dire l'ordre public ?) est un bien public qui n'est pas l'affaire exclusive de la politique criminelle. La politique criminelle elle-même ne se réduit pas au système pénal. Elle est également l'affaire du droit civil, de la Convention européenne des droits de l'homme, du droit administratif et du droit constitutionnel. La politique criminelle concerne la façon dont les individus et les organisations se débrouillent avec les transgressions, autrement dit la façon dont les personnes et les organismes publics et privés transmettent à la police ou à la justice les conflits qui les concernent, ou empruntent d'autres modèles de règlement.

Le cœur même de la démocratie est le monopole public de l'exercice de la violence et le contrôle de cet exercice. Il importe que l'Etat garde le monopole de l'usage de la force. Mais ce n'est pas le monopole de la sécurité. Ce n'est même pas un monopole de la définition des compétences de l'Etat en ce domaine. La manière dont l'Etat conçoit et assure la sécurité n'est pas toujours conforme avec ce qui est ressenti subjectivement comme besoin en sécurité. C'est dans cette brèche que se développent les initiatives

privées, individuelles, communautaires ou commerciales, avec quelques risques si la puissance publique se contente de céder la place. C'est cette brèche qu'il est nécessaire d'aménager. Il existe des besoins supplémentaires, individuels ou collectifs, de sécurité qui donnent naissance à des approvisionnements privés de sécurité. Comment aménager la brèche ?

Comment vivre dans la prairie ?

*
**

De quelques définitions :

Collège : réunion de personnes revêtues de la même dignité, de la même fonction.

Analytique : qui procède par voie d'étude en vue de discerner les différentes parties d'un tout, de déterminer ou d'expliquer les rapports qu'elles entretiennent les unes avec les autres.

De la sécurité urbaine : « sécurité urbaine » qui désigne un bien public plutôt que « prévention de la délinquance » qui relève d'une lecture institutionnelle de l'insécurité.

I. - NÉCROLOGIE

Jacques LÉAUTÉ *

Vous avez souhaité que la voix d'un des amis de Jacques Léauté s'élève aussi en cet instant douloureux. Comme j'étais l'un d'entre eux, j'ai accepté en leur nom, moins pour lui rendre hommage – sa discrétion et son humour ne l'auraient point goûté – que pour porter témoignage de ce qu'il fut pour nous.

A qui considère ce destin aujourd'hui accompli, la vie de Jacques Léauté apparaît exemplaire. A l'heure des plus grands périls, il a défendu héroïquement notre pays, au péril de sa vie et de sa liberté. La paix revenue, il a servi le bien public et assumé dans l'Etat d'importantes responsabilités. Au sein de l'université, qui était son véritable foyer spirituel, il a enseigné des générations d'étudiants ; il a créé et dirigé l'Institut de criminologie de Paris, réputé dans tout le monde scientifique. Sa pensée s'est inscrite dans des ouvrages qui à travers les décennies sont devenus des classiques¹. Il a présidé des commissions qui ont inspiré des changements heureux dans notre droit. Il a assuré la défense. Les gouvernements successifs lui ont exprimé légitimement la reconnaissance de la République pour les services rendus à la nation. S'il lui est arrivé au terme de sa vie de se retourner un instant pour regarder le chemin parcouru, il a pu voir le long sillon qu'il avait tracé droit sur cette terre. Son âme était trop fière pour en tirer vanité. Mais assurément il pouvait comme le bon artisan, le soir venu, avoir le sentiment de la journée bien remplie, de la tâche accomplie, de son métier d'homme, le plus difficile qui soit, bien exercé.

Car pour qui a eu le privilège de connaître Jacques Léauté, l'essentiel, au-delà des prestiges de l'esprit, résidait dans sa force de conviction sereine, dans cette foi assurée en l'idéal qui l'animait : celui d'une société et d'une justice plus éclairées, plus humaines, meilleures en un mot. Ce n'était point chez lui seulement le fruit d'une réflexion nourrie d'un savoir considérable. Cette conviction procédait de son expérience de la misère humaine et de la captivité qu'il avait connue. Elle était l'expression d'une générosité, et je puis le dire pour en avoir été le témoin, d'une tendresse fraternelle envers tous ceux que l'injustice sociale ou judiciaire accable.

Aussi, nous, ses amis, l'avons-nous vu toujours présent, au premier rang dans tous les bons combats, contre les mauvaises lois et pour les justes causes, sans agressivité mais sans complaisance, sans esprit partisan mais avec fermeté. Parce que sa conviction était forte et sa pensée assurée, il savait également rallier les incertains, confondre les sophistes et raffermir les cœurs.

* Nous remercions M. le Président Badinter d'avoir autorisé notre *Revue* à publier le texte de l'allocution prononcée lors des obsèques du professeur Léauté.

1. Notamment : *Droit pénal et criminologie*, par J. Léauté et R. Vouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1956. *Les prisons*, Paris, Presses Universitaires de France, c. « Que Sais-Je ? », 1968. *Droit pénal et procédure pénale*, par J. Léauté et R. Vouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, 5^e édition, 1969. *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1972. « *Notre violence. A la suite d'entretiens avec Liliane Sichler* », Paris, 1977, Editions Denoël. *Contre ou pour la peine de mort. Etude de l'Institut de criminologie de Paris*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979.

C'était là sa vertu première. Il était de ces êtres que l'on aime pour ce qu'ils sont, au-delà de ce qu'ils font. Les étudiants goûtaient son enseignement, mais surtout ils aimaient leur professeur. Quelle plus belle récompense peut-on concevoir ! Ses amis appréciaient son esprit et admiraient son courage. Mais surtout ils l'aimaient, parce qu'il rendait, à sa façon délicate, leur vie plus généreuse et leurs vues plus hautes. Ainsi a-t-il parcouru, avec l'élan du sportif et la délicatesse du mandarin, les étapes d'une existence riche d'expériences diverses et d'amitiés sans failles. Que l'on me permette un souvenir personnel : je le revois au procès de Patrick Henry, à la barre des témoins, faisant face à une accusation déchaînée, à un président hostile, à un public grondant. Il exposait calmement, malgré les interruptions, pourquoi la peine de mort était un châtement inutile, cruel et dégradant. Tandis que je le regardais, admirable de sérénité, il me vint à l'esprit que, dans nos temps modernes, il est aussi des croisés et des preux, et que Jacques Léauté était à sa façon un fier chevalier de la justice. Qu'il en soit ici, et pour toute notre brève vie d'homme, remercié.

Robert BADINTER

II. – CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

IX^{es} ASSISES NATIONALES DU MOUVEMENT FRANÇAIS D'AIDE AUX VICTIMES (Strasbourg, 10 et 11 juin 1993)

Les 10 et 11 juin 1993 se sont tenues au Parlement européen de Strasbourg les Neuvièmes assises nationales du Mouvement français d'aide aux victimes (INAVEM) sur le thème : « Quelles réponses à l'insécurité sociale : sous-traitance, délégation ou participation ? »

Avant de répondre sur le fond à la problématique posée par le thème du colloque, la plupart des intervenants soulignent l'importance de l'INAVEM et des associations d'aide aux victimes, qui complètent la mission du juge et organisent une solidarité de la société. Les actions des Comités communaux de prévention de la délinquance (CCPD), celles du Comité de liaison des associations socio-éducatives de contrôle judiciaire (CLCJ) et de la Fédération nationale des associations d'accueil et de réadaptation sociale (FNARS) apportent des réponses à l'insécurité sociale.

Pendant, « de co-acteurs de l'action sociale des années de croissance, les associations sont devenues co-gestionnaires de l'exclusion des années de mutation sociétale. Etre co-acteurs de l'insertion et co-auteurs des structurations sociales à venir suppose, pour les associations, qu'elles s'interrogent sur leur fonctionnement, qu'elles cherchent déjà à l'interne les conditions et les mécanismes d'une vraie démocratie délibérative et participative » (M. Jean Marquet, FONDA).

M. Jacques Faget, ingénieur de recherche au CNRS, tente de définir le rôle des associations dans les politiques de régulation des insécurités, leur rôle dans les politiques globales et locales, en matière de prévention sociale et socio-judiciaire. Sa réponse au thème du colloque est « que tout dépend du niveau considéré, global ou local, des objectifs et des stratégies associatifs ». Il précise « que cette catégorisation est aléatoire car on peut glisser à tout moment d'un statut à l'autre. On peut également accepter de se commettre dans la sous-traitance pour se garantir par ailleurs des plages d'autonomie ». Mais quelle que soit la réponse apportée « il faut garder à l'esprit que l'ordre étatique tente toujours d'asservir les mouvements sociaux et que l'éthique associative porte en elle les germes de la négation de l'ordre étatique. C'est sur cette tension dialectique que

repose la dynamique démocratique. Si le mouvement associatif oubliait les fondements oppositionnels de son existence, il mettrait en péril tout l'édifice social ».

Pour Mme Marie-Pierre de Liège, déléguée adjointe à la Délégation interministérielle à la ville, « l'insécurité sociale est un enjeu majeur pour la politique de la ville. Mais c'est aussi l'affaire du citoyen, de l'individu, pas exclusivement celle des associations.

« La mise en place du XI^e Plan, qui s'appelle le Contrat de ville et qui a commencé en 1994, va être l'occasion de la mise en œuvre d'un nouvel outil contractuel qui va remplacer les outils préexistants. Ce Contrat de ville a une durée de cinq ans et existe dans 165 villes ou agglomérations. Les associations qui ont fait prendre en compte leurs projets dans le cadre de ces contrats disposeront d'une certaine sécurité financière ».

M. Hugues Lagrange, chercheur au CNRS, après avoir constaté une large éviction de la victime de la scène pénale, insiste sur le fait qu'elles sont, d'une certaine façon, « complices de cette éviction ». D'autre part, les délits étant très différents d'une ville à une banlieue, d'une zone riche à une commune rurale, « il ne peut pas y avoir une seule réponse pour des problèmes différents ». La continuité de l'espace public étant une fiction, il conclut par une question : « Qu'est-ce qu'on peut faire pour empêcher ou pour éviter qu'il y ait cette dualisation de l'espace public ? »

Ces journées se déroulant au Parlement européen de Strasbourg, il était intéressant que M. Erik Harremoes, directeur des Affaires juridiques du Conseil de l'Europe, définisse le rôle du secteur associatif en politique criminelle, largement développé dans une série de « recommandations » énoncées par le Conseil de l'Europe. Il constate que « le secteur associatif est bien présent, à tous les stades de la procédure pénale ; qu'en définitive les instruments sont là. Mais encore faut-il savoir les utiliser judicieusement en leur fournissant les motivations et l'encadrement nécessaires ».

Toujours dans le cadre européen, Mme Anne d'Hauteville a présenté le « Forum européen des services d'aide aux victimes ». Ce « forum », qui a la forme juridique d'une association à but non lucratif, soumise au droit suisse, immatriculée en Suisse, n'a pas de salariés ni de bureau permanent ; il reste une organisation légère s'appuyant sur ses membres fondateurs. Au-delà de quelques réalisations matérielles, par la multiplication des contacts et des rencontres, le « Forum européen » a l'ambition de réunir dans un même esprit généreux de solidarité tous les pays européens sur la base des principes affirmés par la Convention européenne de 1983 et des textes ultérieurs relatifs à la protection des victimes et du respect des droits fondamentaux de l'homme.

La main est aujourd'hui tendue vers l'Est : la prochaine rencontre du Forum devrait être organisée à Budapest en Hongrie.

Les alternatives judiciaires sont les réponses à l'insécurité (M. G. H. Simonis, président de l'Office de réadaptation sociale de Charleroi). Il est nécessaire et urgent, pour lui, de substituer la logique de la réinsertion à celle de l'exclusion. Comme le monde judiciaire est lui-même l'image de la société, il espère que cette dernière relèvera le défi en modifiant radicalement les politiques pénales et pénitentiaires qui ne font que conduire à la délinquance et à l'insécurité.

M. Michel Marcus, magistrat, secrétaire général du Conseil nationale des villes, estime que « le retour du social », c'est restituer les chaînes sociales, le lien social. C'est un problème de responsabilisation, de citoyenneté ; mais aussi une adéquation du dispositif d'aide aux victimes avec le dispositif judiciaire : retrouver un espace de respiration en se coupant du judiciaire et, pourquoi pas, imaginer une politique d'aide aux victimes à partir des commissariats.

Mme Catherine Trautmann, maire de Strasbourg, perçoit « la dégradation du tissu social comme une des facettes de la crise de la citoyenneté et c'est sans doute la raison pour laquelle il nous appartient de travailler à inventer un nouveau social ».

Deux interventions spécifiques d'un directeur de compagnie de transports et d'un responsable de la sécurité d'une banque détaillent les actions mises en œuvre, le premier pour lutter contre l'insécurité dans les transports publics, le second pour aller au-devant des victimes d'agressions, de leurs besoins et préoccupations.

Deux témoignages et des échanges entre un responsable de banque « braqué » cinq fois et un auteur de hold-up ont été animés et dirigés par M. Richard Hellbrunn, psychanalyste. Cette intéressante et originale confrontation « agresseur-agressé » a fait ressortir nettement qu'il existe un traumatisme réciproque.

En conclusion, M. Marc Robert, sous-directeur des Affaires criminelles et des grâces, souligne le chemin parcouru par les associations dont l'action purement caritative au début est aujourd'hui reconnue dans le procès pénal lui-même. Il redéfinit la place de l'association qui n'est pas « un des bras armés du système répressif », ni un organisme parapublic, substitut au manque de moyens de certains services extérieurs. L'idée qui prime est celle de la complémentarité de l'intervention associative et du travail du service public. Il insiste sur la nécessité, notamment pour les associations d'aide aux victimes, de définir des objectifs et des missions précis, des modalités d'actions spécifiques.

Ces deux journées ont aussi démontré que « toute pensée authentique est forcément subversive. Nous devons accepter cette subversion pour que nos sociétés marchent un peu mieux et que nous puissions retisser le lien social » (M. Stenger, procureur de la République près du tribunal de grande instance de Strasbourg).

Mais c'est peut-être un leurre de penser que le droit puisse, à lui seul, rétablir la paix et la justice sociale, fait observer Mme Josiane Bigot, magistrat, vice-présidente de l'Association ACCORD².

Après avoir connu une croissance accélérée, le secteur associatif socio-judiciaire est aujourd'hui confronté au plafonnement des budgets et s'interroge sur la nature de son rôle. Il reste néanmoins un partenaire incontournable pour la justice.

Christine OLAH

GESTION DES DROGUES EN 2000

(Gand, 14 octobre 1994)

Le deuxième congrès national « Gestion des drogues en 2000 », organisé avec l'appui de la Fondation Roi Baudouin, du ministre de l'Intérieur, de la Direction générale de la Police du Royaume, de l'Administration générale de la coopération au développement, du ministre du gouvernement de la Flandre, de l'Ecole de police de la Flandre-Orientale, et de Flanders Expo, aura lieu à Gand le vendredi 14 octobre 1994.

Les contributions à cette journée d'étude traiteront de sujets tels que : aide sociale, police, justice ; usage récréatif de stupéfiants ; répression internationale du trafic de drogue ; aide au développement et alternatives à la production de drogue. Une traduction simultanée néerlandais-français est prévue pendant les séances plénières et les ateliers.

Pour de plus amples renseignements, il faut s'adresser à : Drugbeleid 2000, Flanders Expo, Maaltekouter 1, 9051 Gand (Belgique).

2. ACCORD, 38 avenue des Vosges à Strasbourg. Association de réinsertion de détenus, d'aide aux victimes et de médiation pénale (organisatrice de ces neuvièmes assises).

III. – DROITS ÉTRANGERS

NOUVELLE LOI POLONAISE SUR LE PLANNING FAMILIAL. LA PROTECTION DU FŒTUS HUMAIN ET LES CONDITIONS DE L'INTERRUPTION LICITE DE LA GROSSESSE

Notre information concernant la nouvelle loi polonaise sur le planning familial (cette *Revue*, 1993, p. 601) était suivie d'une « remarque » précisant que cette loi n'a pas encore été signée par le Président de la République. Cette signature a été apposée, et la loi, publiée au *Journal des Lois* (n° 17 de 1992), est entrée en vigueur le 16 mars 1993.

Le temps qui s'est écoulé depuis cette date permet de présenter quelques informations et observations supplémentaires sur le sujet abordé.

Un arrêté du Conseil des ministres du 5 octobre 1993 (*Journal des Lois*, n° 97 de 1993) définit l'étendue, les formes et les modalités d'attribution d'une aide aux femmes enceintes et à celles élevant l'enfant, dans le cadre de l'assistance sociale et juridique. En raison du mauvais état des finances publiques, l'aide aux femmes enceintes que prévoyait cet arrêté a considérablement diminué et a perdu en pratique toute importance comme facteur devant encourager la femme enceinte à ne pas interrompre la grossesse involontaire.

L'interruption licite de la grossesse (dans le cas où celle-ci soit présente un danger pour la vie ou une menace grave pour la santé de la mère, soit résulte d'un acte défendu, ou s'il existe une grave lésion du fœtus irréversible révélée par l'examen prénatal) ne peut être effectuée que dans un établissement médical public. Il a été démontré que de nombreux « établissements médicaux publics » refusent généralement d'opérer, même dans les cas où les conditions requises pour interrompre la grossesse sont incontestablement remplies. Ce fait trouve un reflet dans les données statistiques : alors que, par exemple, en 1988, il y a eu environ cent six mille interruptions médicales de la grossesse, en 1993, après l'entrée en vigueur de la loi en question il y en a eu deux cent quarante-quatre. Mais s'il arrive que les médecins d'un établissement public sont favorables à prendre en considération la situation de la femme enceinte (et sa volonté), ils trouvent facilement un prétexte médical pour interrompre la grossesse sans transgresser, formellement, la loi.

Les opérations privées sont toujours pratiquées, seulement leur prix a au moins doublé, et l'avortement est devenu accessible exclusivement à des femmes aisées. Les médecins restent le plus souvent impunis, sauf dans les cas rares où l'opération a abouti à des conséquences tragiques pour la femme.

La rigueur de la loi a fait apparaître aussi un phénomène nouveau en Pologne : le « tourisme aux fins abortives » ouvrant la possibilité de se libérer du fœtus à l'étranger, évidemment si les moyens financiers de l'intéressée le permettent.

Tenant compte de la situation existante, un groupe de députés a déposé à la Diète un projet de loi modifiant la loi de 1993, dans le sens que les conditions de vie de la femme enceinte et aussi sa situation personnelle difficile justifieraient l'interruption de la grossesse dans les douze premières semaines. Il est proposé, en outre, que l'intervention médicale appropriée puisse être effectuée légalement dans des cabinets de médecin privés. Ce projet a obtenu le 10 juin 1994 la majorité requise à la Diète et au Sénat et est devenu ainsi loi, mais sans pouvoir entrer en vigueur à cause du *velo* opposé par le Président de la République. La libéralisation de la loi du 16 mars 1993 est par conséquent devenue pour longtemps incertaine.

Eleonora ZIELINSKA
et K. POKLEWSKI-KOZIELL

LA PROTECTION DES DROITS DANS LA NOUVELLE CONSTITUTION SUD-AFRICAINE

Le 27 avril 1994, la nouvelle Constitution sud-africaine est entrée en vigueur, jour des élections législatives générales qui pour la première fois instituait le suffrage universel et la représentation proportionnelle intégrale. Le texte adopté en ce jour est le fruit de plus de trois années de négociations qui ont transformé radicalement cet Etat d'Afrique australe, qui est passé d'un régime raciste inégalitaire à une démocratie fondée sur les droits de l'homme. Le texte fondamental qui régit désormais les pouvoirs en Afrique du Sud a été voté le 22 décembre 1993 par le Parlement sud-africain. Cette loi qui fonde la nouvelle Afrique du Sud prévoit un changement radical avec l'ancien régime autrefois en vigueur.

L'Afrique du Sud est fondamentalement un ancien *Dominion*, c'est-à-dire un Etat créé selon les normes constitutionnelles et le droit public britanniques. Depuis la création de l'Union sud-africaine en 1910, cet Etat a eu quatre Constitutions : celle de 1910 qui est une loi du Parlement de Westminster plusieurs fois amendée, celle de 1961, celle de 1983 et la toute nouvelle de 1994. Les deux premières avaient hérité directement du système parlementaire britannique, surtout celle de 1910 qui reprenait les us et coutumes du parlementarisme d'outre-Manche avec souveraineté du Parlement, indépendance totale de la magistrature, Premier ministre chef de l'exécutif et gouverneur-général, puis après 1961 président de l'Etat avec fonctions honorifiques comme le souverain au Royaume-Uni. La souveraineté du Parlement a permis au parti nationaliste au gouvernement pendant 46 ans d'exercer le pouvoir sans partage. En effet, l'*apartheid* fut avant tout un appareil législatif attentatoire aux droits de l'homme et reconnu en 1973 comme crime contre l'humanité par l'ONU. Cette politique mit au ban des nations l'Afrique du Sud, phénomène unique pour un ancien *Dominion* qui avait hérité d'une organisation judiciaire prestigieuse et d'un système de droit respecté (romano-néerlandais). La politique d'*apartheid* fut mise en vigueur grâce à la souveraineté du Parlement qui n'avait aucune limitation, puisque toute loi votée par le Parlement devait être appliquée par le juge. La souveraineté du Parlement interdisait aux magistrats de remettre en cause la validité d'un *Act*, ce qui permit à la législature de voter un ensemble de lois sans que celles-ci puissent être le moins du monde remises en cause. Le parti nationaliste utilisait le système parlementaire d'outre-Manche pour mettre en place sa politique antidémocratique. L'Afrique du Sud ne connaissait pas le contrepoids de la souveraineté du Parlement qu'est la *Rule of law*, ce principe de légalité si difficile à traduire en français mais qui correspond plus ou moins à nos principes généraux du droit et qui forment un ensemble de règles que le Parlement souverain (de Westminster) se doit de respecter en s'autolimitant.

Depuis février 1990 et la libération de Nelson Mandela, devenu président de l'Etat le 10 mai 1994, les négociateurs sur l'avenir constitutionnel de la République ont voulu à tout prix empêcher que la situation antérieure puisse se reproduire et ont voulu que la nouvelle distribution des pouvoirs soit équilibrée et empêche toute nouvelle dictature parlementaire. Pour ce faire, les négociateurs se sont inspirés avant tout de la Constitution fédérale allemande, de la Constitution américaine et des grands principes de protection de la Constitution britannique. Désormais c'est la Constitution qui est souveraine, et plus le Parlement. C'est le principe de contrôle de constitutionnalité des lois par une Cour constitutionnelle nouvellement instituée et un *Bill of Rights*, partie intégrante de la nouvelle Constitution et qui forme son chapitre 3. Cette déclaration des droits, qui peut être invoquée par les justiciables qui s'estiment lésés, est un texte anti-*apartheid* qui lie tous les organes de l'Etat, que ce soit l'exécutif comme le législatif mais aussi l'administration et les fonctionnaires. Le texte est tout à fait clair et explicite car il énonce que toute personne pourra saisir une juridiction compétente afin de faire

respecter un droit qu'elle considère avoir été violé et qui se trouve enchâssé dans ce chapitre (3). Les personnes physiques comme les personnes morales peuvent arguer de la violation de leurs droits. En 29 articles, ce chapitre 3 de la nouvelle Constitution garantit de façon convaincante les droits de l'homme. Ce véritable *Bill of Rights* change complètement la physionomie politique de l'Etat sud-africain en en faisant un Etat de droit, ce qu'il n'était plus depuis l'arrivée des Nationalistes au pouvoir. On verra que la terminologie employée par les rédacteurs de ce texte révèle une forte influence anglo-américaine, ce qui n'est pas étonnant car l'Afrique du Sud partage avec le Royaume-Uni comme les Etats-Unis non seulement la langue mais certaines grandes traditions juridiques et judiciaires.

Après le principe de contrôle de constitutionnalité clairement établi (*judicial review*), la déclaration pose en premier le principe d'égalité devant la loi et la protection égale du droit. Le texte sud-africain reprend la terminologie du célèbre XIV^e amendement de la Constitution américaine : *equal protection of the law*. La discrimination est répudiée, dénoncée, condamnée, pour des raisons raciales, sexuelles, ethniques, sociales, d'âge, de handicap, de conscience, de religion, de croyance, de culture ou de langue. Inspirée par les exemples américains, la Constitution prévoit à l'alinéa 3 (a) l'action positive *affirmative action*. Ceux qui ont subi une quelconque discrimination se voient protégés à l'avenir de façon individuelle ou en groupe. L'alinéa (b) du même article prévoit que toute personne ou communauté qui se sera vue dépossédée d'une terre à une date non antérieure au 19 juin 1913, selon une loi contraire à la présente Constitution, peut réclamer en justice restitution de ces terres. L'article 8 précise aussi que le commencement de preuve de discrimination vaut discrimination, sauf preuve contraire : il y a donc présomption. La déclaration protège le droit à la vie et à la dignité humaine. Chacun aura droit à sa sécurité et à sa liberté, ce qui n'était bien évidemment pas le cas sous le régime d'*apartheid*. Désormais, chacun a le droit de ne pas être détenu sans jugement (pratique devenue courante pendant les années 1960-1970). La torture autrefois pratiquée est formellement interdite et condamnée ainsi que les traitements cruels inhumains, ce qui reprend le VIII^e amendement de la Constitution américaine. La servitude comme le travail forcé sont interdits. Le droit à la vie privée est reconnu, ce qui inclut le droit à ne pas être fouillé ni à se voir déposséder de ses biens propres ou de voir violer sa correspondance (ceci reprend le IV^e amendement de la Constitution américaine). La liberté de croyance, d'opinion et de religion est garantie et enchâssée dans la Déclaration. La liberté d'expression et de la presse (*free speech*) est prévue, ce qui reprend en partie le I^{er} amendement de la Constitution américaine. La liberté d'association, de manifestation, de pétition et de mouvement fait aussi l'objet d'articles ; or la restriction de cette liberté était un des fondements de l'*apartheid* avec le contrôle des flux de main-d'œuvre. Liberté de mouvement comme liberté de résidence étaient niées par le régime du pouvoir pâle car le système répressif reposait autant sur la discrimination raciale que spatiale. Le texte prévoit aussi que tout citoyen a droit à résider, entrer ou quitter l'Afrique du Sud et que nul ne peut se voir privé de sa citoyenneté. Le problème de la citoyenneté est aussi au cœur du système d'*apartheid*. La Déclaration des droits prévoit évidemment le droit politique par excellence qu'est le droit de vote, refusé jusque-là à la majorité. Tout citoyen pourra être électeur et éligible.

La Déclaration prévoit tous les droits de première génération, que ce soient ceux liés à la justice administrative ou à la protection de l'accusé ou du détenu. L'article 25 qui prévoit cette protection aura certainement une influence considérable sur le déroulement de la procédure pénale. Le détenu a le droit de se voir informer des raisons de sa détention dans une langue qu'il comprend ; sa détention doit se dérouler dans des conditions de dignité avec nourriture, lectures et traitement médical adéquats. Le détenu peut communiquer avec son conseil. La procédure d'*habeas corpus* est rétablie (art. 25 (e)) puisque la légalité d'une détention peut être remise en cause devant une juridiction avec libération immédiate s'il y a illégalité. Tout détenu a droit au silence.

Après 48 heures de détention, tout détenu doit être présenté à un tribunal afin qu'il soit informé des raisons de sa détention. La protection contre l'auto-incrimination est garantie comme en procédure pénale anglo-américaine (article 25-2-c, V^e amendement de la Constitution américaine). Tout détenu aura droit à un procès équitable avec procédure publique et délai raisonnable (influence de la Convention européenne des droits de l'homme, qui tout comme les exemples anglo-américains a beaucoup influencé ce texte). Les charges pesant sur l'accusé doivent lui être promptement signifiées. La présomption d'innocence et le droit au silence (de ne pas témoigner à son propre procès) sont enchâssés. La non-rétroactivité des lois pénales est confirmée comme le principe de ne pas être jugé deux fois dans la même cause. Le principe des deux degrés de juridiction est énoncé, ainsi que le fait d'être jugé dans une langue compréhensible pour l'accusé. Enfin, toute sentence doit être prononcée dans un délai raisonnable après reconnaissance de culpabilité. Voici des principes qui sous-tendent la procédure pénale anglaise mais aussi le *Bill of Rights* américain et la Convention européenne des droits de l'homme. Ces principes devront être respectés faute de quoi la procédure sera entachée d'invalidité, comme ne respectant pas la Constitution. La procédure pénale sud-africaine va se trouver profondément changée par ces principes. Seul le droit au jury n'est pas prévu. La procédure pénale sud-africaine va donc devenir une des plus protectrices des droits de l'homme après les avoir systématiquement ignorés.

D'autres droits sont prévus dans cette déclaration comme ceux de deuxième génération : les droits économiques et le droit au travail. Le droit de grève est reconnu ainsi que celui de créer des syndicats. Le droit de propriété est inscrit avec possibilité d'expropriation avec indemnisation compensatoire. Le droit de troisième génération comme le droit à l'environnement est prévu. Les enfants sont protégés par un ensemble de droits. Les droits à la culture et à l'éducation sont prévus, chacun ayant droit à être enseigné dans la langue de son choix mais le texte ajoute de « façon raisonnable et pratique ». Cette formule restreindra la portée de ce droit. Tous ces droits reconnus dans ce *Bill of Rights* n'excluent pas ceux reconnus par la *common law* ou la législation. Ces droits peuvent être invoqués par les justiciables. Ils ne peuvent être suspendus que s'il y a état d'urgence voté par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers pendant une période de vingt et un jours et renouvelée tous les trois mois. Toute cour supérieure a compétence pour tester la validité d'une déclaration d'état d'urgence. Lorsque cet état est déclaré, aucune loi ne peut créer d'infraction pénale rétroactive ni indemniser l'Etat ou ses agents ayant agi illégalement pendant cette période. Lorsque les articles concernant la protection du détenu sont suspendus (art. 11 et 25), une cour de justice doit se prononcer dans les dix jours sur la détention et sur la légalité. Si la cour estime que la détention n'est pas nécessaire à la restauration de l'ordre public, elle doit alors libérer le prisonnier. Dans ce contrôle de légalité, il est bien précisé dans la Déclaration que la cour doit promouvoir les valeurs qui sous-tendent une société démocratique et ouverte fondée sur la liberté et l'égalité. La cour doit aussi se référer au droit international public appliqué à la protection des droits mais aussi à la jurisprudence étrangère dans des cas comparables. On voit la volonté de la nouvelle Constitution de rompre avec l'isolationnisme de l'*apartheid*. Les droits décrits nous montrent le caractère foncièrement démocratique et ouvert de la nouvelle loi fondamentale. Tous les fondements du régime ancien sont répudiés pour être remplacés par la *Rule of law* que représente cette déclaration. Cette déclaration extraordinaire qui met définitivement un terme à la discrimination légale doit être placée en rapport avec les principes constitutionnels de l'annexe 4, qui lieront l'Assemblée constituante. La future Constitution définitive devra fonder un Etat démocratique souverain avec citoyenneté sud-africaine commune, système démocratique de gouvernement pour établir l'égalité entre hommes et femmes de toute race. Chacun devra pouvoir jouir des droits universels fondamentaux ainsi que des libertés civiques qui seront enchâssés dans la Constitution. Les droits prévus dans la déclaration du chapitre 3 devront être repris dans la Constitution définitive comme l'indiquent

l'annexe 4 (II). La nouvelle loi fondamentale définitive sera la loi suprême de l'Etat qui liera tous les organes de la République et l'Administration. Le Parlement ne sera plus souverain, la Constitution et son interprétation par les cours de justice devenant référence de dernière instance. La séparation des pouvoirs est garantie, afin d'empêcher la dictature parlementaire qu'a connue l'Afrique du Sud pendant 46 ans. La magistrature aura désormais pouvoir de faire appliquer et garantir les droits précisés dans la Constitution. Elle aura un rôle activiste, comme la magistrature aux Etats-Unis. Une commission des droits de l'homme est prévue ainsi qu'une Cour constitutionnelle qui siègera à Johannesburg et dont le fonctionnement est inspiré des exemples allemand et américain. Le nouveau texte impose une démocratie constitutionnelle fondée sur un ensemble de droits intangibles qui devront être repris dans toute loi fondamentale à venir.

Le compromis, le consensus et le contrôle sont les trois éléments qui reviennent dans ce texte à méditer. Grâce à cette protection des droits, l'Afrique du Sud sera devenue une démocratie constitutionnelle.

Antoine J. BULLIER

A. – NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. – POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Les codes pénaux belge et français à l'aube du XXI^e siècle, par Véronique Janssen, Bruxelles, Editions Story-Scientia, Editions juridiques et fiscales, 1990, 228 pages.

Ce livre est issu d'un travail effectué dans le cadre de l'Ecole de sciences criminologiques « Léon Cornil » et publié dans une collection destinée à valoriser les travaux de fin d'études des étudiants les plus méritants. Il n'est pas sans intérêt d'en rendre compte un peu plus de trois ans après sa parution. En effet, le recul du temps permet d'apprécier la pertinence des analyses contenues dans un ouvrage de cette nature. En outre, le sujet traité demeure d'actualité puisque l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en France est toute récente et que la Belgique en est encore au stade de la réflexion sur l'opportunité de mener un travail d'une telle envergure jusqu'à son terme. La refonte complète de ce monument législatif qu'était le code de 1810, dont s'est amplement inspiré le code belge de 1867, ne s'imposait pas avec évidence puisque les interventions du législateur tout au long des XIX^e et XX^e siècles avaient permis d'éviter la prétendue « obsolescence juridique » (cette expression est employée dans la présentation du Projet de nouveau code pénal faite par M. Robert Badinter à l'Université de Paris I, le 19 décembre 1985, Ed. Dalloz, 1988, p. 9) d'un instrument pourtant progressivement et naturellement adapté aux évolutions de notre société et qui avait plus spécialement pris en compte le mouvement en faveur d'une défense sociale nouvelle. On se souvient de la brillante étude parue en 1975 – *Mort et transfiguration du droit pénal* – dans *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, article auquel, en l'occurrence, l'auteur aurait pu renvoyer le lecteur dans son abondante bibliographie. Véronique Janssen s'est précisément attachée à situer les projets de réforme dans le contexte de l'évolution du droit pénal et surtout des doctrines pénales et des courants criminologiques – analysés d'une manière systématique – qui, depuis Saleilles et Prins, ont tant contribué au renouvellement des idées sur les buts de la sanction et exercé une influence profonde sur le droit positif, plus particulièrement sur le régime d'exécution des peines. Mais le scepticisme manifesté aujourd'hui à l'égard de la criminologie dite du traitement, voire l'échec du modèle de réhabilitation par la peine, n'ont pas été passés sous silence. L'ouvrage a également le mérite de mettre en évidence les orientations d'une autre politique criminelle qui, à la différence de la précédente, va dans le sens d'un renforcement de l'aspect rétributif des peines. Menée aussi bien en Amérique du Nord que dans les pays scandinaves, une telle politique souligne l'importance qu'il convient d'attacher à la prise en compte de l'acte en tant que révélateur d'une personnalité asociale ou perverse et n'hésite pas à prôner le recours aux très courtes peines d'emprisonnement, voire le retour à la peine fixe (V. sur l'exemple canadien : Maurice Cusson, *Pourquoi punir ?*, Dalloz, Paris, 1987). L'auteur montre d'ailleurs fort bien que les projets belge et français, tout en rejetant à juste titre les théories abolitionnistes (les dépénalisations sont rares en France et la réticence qui s'est manifestée au Sénat sur la question de

l'auto-avortement est significative d'un état d'esprit favorable au maintien du cadre répressif traditionnel), n'ont pas su se détacher d'une idéologie en net recul – ce qui en constitue probablement la « grande faiblesse » (Pradel, *ALD*, 1993, p. 168, n°6, à propos du nouveau code pénal français) – et ont accentué le mouvement en faveur d'une personnalisation des peines laissée à l'arbitraire des appréciations judiciaires. Aussi le risque d'inégalité qui en résulte justifiait-il que certaines précautions fussent prises. A cet égard, on rapprochera deux textes : la loi belge du 27 avril 1987 relative à la motivation des peines, que cite opportunément l'auteur, et l'article 132-19, alinéa 2, nouveau, du code pénal français, ce dernier imposant aux juges, de manière il est vrai plus restrictive que le précédent, l'obligation de motiver spécialement les peines d'emprisonnement sans sursis qu'ils prononcent en matière correctionnelle. Enfin, l'objet principal de l'ouvrage est de souligner, en même temps que la communauté d'inspiration des projets élaborés non seulement en France et en Belgique, mais également dans la plupart des Etats d'Europe de l'Ouest, l'esprit de continuité plutôt que l'esprit de rupture qui, tout au long de leurs travaux, a animé les initiateurs de ces réformes, soucieux de concilier humanisme et efficacité. Dès lors n'est-il pas surprenant que l'auteur mette l'accent sur la prise en compte de ce phénomène de « bifurcation » qui caractériserait, selon lui, les politiques criminelles aujourd'hui et, donc, sur le double visage du droit pénal contemporain dont le nouveau code français serait le fidèle reflet : un visage à la fois « compatissant » et « austère » (l'auteur cite notamment Roger Merle), c'est-à-dire secourable lorsqu'il se tourne vers la délinquance ordinaire soumise à des influences criminogènes diverses, mais implacable quand il sert à combattre la délinquance opprimante qui abuse de sa puissance et de la vulnérabilité de ses victimes. Certes, l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales, l'élargissement de la répression des infractions de mise en danger et la rénovation de nombre d'incriminations constituent d'autres aspects – quelque peu négligés par l'auteur – d'une réforme dont, à l'heure actuelle, on mesure encore mal la portée en France. Mais une telle réforme ne pouvait aboutir sans volonté ni consensus politiques. Certains déploreront peut-être la pusillanimité du législateur belge ; mais d'autres ne manqueront pas d'en louer la sagesse.

Jacques FRANCILLON

An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China, par Albert Hung-Yee Chen, Singapour, Butterworths Asia, 1992, 291 pages.

Albert H.-Y. Chen nous propose un livre fort intéressant et très documenté. C'est une introduction au système de droit de la République Populaire. Ce collègue de l'Université de Hong Kong est particulièrement qualifié pour mener à bien cette entreprise car il parle couramment cantonnais, mandarin et anglais et a donc un accès direct aux sources condition indispensable pour entreprendre une étude de droit comparé. Depuis quelques années, Albert Chen enseigne le droit de la République Populaire à Hong Kong. Ce livre nous brosse un tableau très documenté de l'état du droit dans le pays le plus peuplé de la planète. La tâche que s'est assignée Chen est immense car il lui faut relater les développements juridiques de ces quarante-cinq dernières années. L'évolution du droit et la notion de droit a beaucoup évolué en Chine. Dès l'établissement de la République Populaire en 1949, le Parti communiste désormais détenteur de toute l'autorité va construire un nouvel ordre juridique afin d'abolir celui existant considéré comme semi-féodal et semi-colonial. En février 1949, le Comité central du Parti communiste chinois publie des instructions sur les principes judiciaires des régions libérées et déclare l'abrogation de toutes les lois existantes du Kuomintang. La première phase (1949-1953) est considérée comme celle de transition de la nouvelle démocratie au socialisme. Pendant cette période, le Parti fut l'instigateur de mouvements de masse afin de juger les responsables de l'ordre ancien.

Pendant cette campagne, des tribunaux *ad hoc* furent institués et des procès eurent lieu dans tous le pays. Chen considère qu'il y aurait eu 800 000 exécutions selon les propres dires de Mao mais d'autres spécialistes relèvent les chiffres de plusieurs millions. De telles campagnes de terreur judiciaire étaient orchestrées par les comités locaux du Parti. Ce genre d'exercices révolutionnaires devait durer jusqu'à la mort du grand timonier. Pendant les années 1949-1951, le mouvement de réforme agraire attaqua les propriétaires terriens et les paysans riches. Les contre-révolutionnaires firent l'objet de poursuites. Le Parti voulait avant tout lutter contre les trois maux : la corruption, le gâchis et la bureaucratie, puis contre les cinq maux qu'étaient les pots de vin, l'évasion fiscale, le vol de biens de l'Etat, la fraude aux marchés publics et le vol d'informations économiques de l'Etat. En 1954, la République Populaire promulgue sa première Constitution. C'est à cette époque que la notion de légalité socialiste apparaît dans la théorie juridique chinoise et Chen ne manque pas de nous montrer que la suprématie de la Constitution et du droit se trouve surpassée par les décisions et directives du Parti communiste. D'ailleurs, n'y a-t-il pas contradiction dans les termes lorsqu'on parle de légalité communiste puisque le Parti se trouve au-dessus des lois. Les membres de celui-ci bénéficient d'une immunité dont ils doivent être privés avant de pouvoir être poursuivis. Chen nous montre bien la faiblesse de la Constitution face au Parti communiste tout-puissant. Pour Mao, le droit était l'arme de la dictature du prolétariat. Le 21 février 1951, le règlement sur la suppression des contre-révolutionnaires est signé par Mao : en vingt et un articles, il énumère un grand nombre de crimes passibles de la peine de mort avec l'article 16 précisant que les mêmes sanctions pourront être infligées pour des crimes non énumérés. Peng Zheng membre du politbureau, maire de Pékin et vice-président de la commission des lois du gouvernement organisa les procès de masse et harangua la foule avant les exécutions capitales. Pendant cette période de répression Peng Zheng inventa la notion d'exécution capitale avec sursis de deux ans et peine d'emprisonnement à vie pour bonne conduite. Lorsqu'on demanda au maire de la capitale si c'était une mesure de clémence il déclara qu'il n'en était rien car ceux qui avaient été reconnus coupables ne mangeraient pas leur nourriture en vain car ils devraient produire des céréales.

De 1949 à 1953, la Constitution provisoire est promulguée, des cours de justice sont instituées. En 1950, une loi sur le mariage, une autre sur les syndicats et sur la réforme agraire sont votées. De 1954 à 1957, la première Constitution est votée ainsi que des lois concernant les organes d'Etat et le pouvoir judiciaire. Des règlements sont aussi publiés concernant l'arrestation, la détention, le travail forcé et le service militaire. En 1957 c'est l'annonce des 100 fleurs, période de liberté d'expression suivie d'une répression féroce. Après 1957, le droit et les organes judiciaires tombent en décadence. De 1958 à 1966, 420 règlements paraissent mais pas une seule loi ne sera votée. Les cours inférieures fusionnent avec les bureaux du ministère public, le ministère de la Justice est même aboli. Pendant cette période (1958-1966), un véritable vide juridique est créé par l'Etat. Même certains principes de la Constitution sont remis en cause. Les principes généraux du droit ne sont plus respectés comme l'indépendance de la magistrature, du ministère public, l'égalité devant la loi, l'assistance d'un avocat, *nulla poena sine lege*, la présomption d'innocence, la corrélation entre infraction et peine sont alors considérées comme des principes bourgeois et répudiées. Vient alors la révolution culturelle, véritable catastrophe pour la Chine. Plus de 100 millions de personnes sont persécutées. Pendant cette période, il n'y a plus aucune légalité. Seule la pensée de Mao devient le guide suprême et remplace le droit ! On ne suivra pas Chen lorsqu'il compare la révolution culturelle à l'Holocauste (p. 30) ni lorsqu'il utilise le mot fasciste pour décrire le droit pendant cette triste période (p. 32). C'était un régime communiste et qui plus est, fier de l'être. Après 1976, mort de Mao, les dirigeants qui prennent la succession du grand timonier essaieront de rétablir la légalité. C'est avec une certaine gêne que l'on voit citer Peng Zhen, président de la commission des lois du 5^e Congrès national populaire alors que,

en 1951, il avait été l'un des partisans féroces des procès politiques et des exécutions. Lorsque le maire de Pékin dit que le peuple exige un système de droit sain, on peut rester quelque peu sceptique lorsqu'on sait quelle fut sa carrière. Tout est là, aujourd'hui où le Parti communiste n'est plus marxiste mais toujours solidement au pouvoir ; peut-on lui faire confiance dans ses déclarations sur les droits de l'homme lorsque pendant des décennies la notion même de droit a été bafouée, niée, méprisée par des dirigeants qui, aujourd'hui, semblent convertis à ce qu'ils brûlaient il y a vingt ans. En 1979, Peng Zhen présentait le nouveau code pénal de 192 articles. L'article 1^{er} précisait que la loi devait suivre les principes du marxisme-léninisme et la pensée de Mao. L'article 79 prévoyait le principe d'analogie. En mai 1981, Peng Zhen toujours président de la commission des lois du Congrès national populaire déclarait que, devant la montée de la criminalité, les cours devaient choisir la peine la plus forte ou la « sanction additionnelle », celle-ci prévoyant une sanction plus sévère encore que le maximum prévu par le code. En mars 1982, Peng Zhen toujours président de la commission des lois décidait d'accroître la sévérité des sentences : dix ans d'emprisonnement, prison à vie ou peine de mort pour contrebande, spéculation, trafic de devises, vols de biens culturels, et prison à vie ou peine de mort pour les fonctionnaires reconnus coupables de corruption. Pages 185-190, Chen nous brosse un tableau du droit pénal positif en septembre 1991. Aujourd'hui, les autorités de Pékin s'attellent à reprendre à nouveau d'anciens articles afin que la définition des infractions soit plus restrictive. De même, le principe d'analogie se trouve désormais condamné.

Les droits de l'homme sont-ils aujourd'hui protégés en Chine populaire ? La Constitution sera-t-elle respectée ? Y a-t-il un Etat de droit dans le pays le plus peuplé du monde ? Devant les atteintes répétées aux droits de l'homme, on peut en douter. Le livre de Chen est admirable car il n'élude pas ce problème, Chen cependant s'en tire par une pirouette lorsqu'il considère que la notion libérale d'Etat de droit révèle des idéaux de société tout en celant les réalités de celle-ci. Pour lui, cela ressort de la dialectique du langage juridique libéral. Quand on pense à ce qui s'est passé en Chine, on permettra de douter des nouvelles intentions des dirigeants de la Chine populaire.

Lors de notre visite à l'Université de Hong Kong (1993), nous avons rencontré Albert Chen et la première question posée fut celle de savoir s'il avait lu l'ouvrage posthume de Laszlo Ladany *Law and Legality in China* (1992). Il nous répondit qu'il en avait entendu parler mais qu'il ne l'avait pas encore lu. C'est un peu dommage car la lecture de cet excellent ouvrage, complément indispensable à celui de Chen, aurait peut-être permis à notre collègue de nuancer parfois certains de ses jugements. Il n'en reste pas moins que le livre de Chen est tout à fait remarquable et doit se trouver dans toutes les bibliothèques de droit du monde car c'est une excellente description d'un système qui régit un cinquième de l'humanité.

Antoine J. BULLIER

II. - DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Droit pénal général, par Jean Pradel, 9^e édition à jour au 15 mars 1994, Paris, Editions Cujas, 1994, 875 pages.

La première édition de ce manuel date de 1974. En vingt ans, neuf éditions sont sorties ; c'est dire le succès de cet ouvrage dont les principales qualités sont d'être clair et complet. La 9^e édition s'adapte aux dispositions du nouveau code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 : toutes les références sont évidemment faites aux nouveaux articles du code.

Le plan de l'ouvrage reste totalement identique à celui des précédentes éditions. Rien n'en imposait remise en cause : excellent en lui-même, le plan adopté reste parfaitement adapté au nouveau code pénal. D'ailleurs, le « Livre 1^{er} : Dispositions générales » de ce code nouveau (seul Livre relevant d'une étude détaillée dans un manuel de droit pénal général et que l'auteur prend la précaution de reproduire en une annexe fort utile aux lecteurs non pénalistes ou étrangers qui n'ont peut-être pas ce texte à leur disposition) adopte lui-même une structure proche des présentations doctrinales classiques : la loi pénale ; la responsabilité pénale (conditions de la responsabilité ou de l'irresponsabilité, tentative et complicité) ; les peines.

C'est donc dans le contenu de l'ouvrage que s'opèrent les changements.

Dans la 1^{re} Partie, « Introduction générale » (p. 17 à 295), après un chapitre préliminaire de présentation du phénomène criminel, l'auteur donne une « Première idée du droit pénal » (Titre 1) destinée à définir les branches de ce droit, à le situer par rapport aux disciplines voisines ou auxiliaires et à en retracer l'évolution, ce qui permet de placer la réforme dans la continuité historique. Le Titre 2 est consacré aux « sources du droit pénal ». Les sources écrites y tiennent la place majeure, et notamment en raison du principe de la légalité criminelle nettement mieux exprimé dans les premiers articles du nouveau code pénal (p. 161 à 174) : la loi, « source fondamentale du droit pénal » (p. 176 à 273). Si les développements sur la forme de la loi (chap. 1) connaissent peu de changements car la matière a peu changé (sauf à propos des conventions internationales avec renforcement de la thèse moniste : p. 186 et s.), l'étude de l'application de la loi pénale (chapitre 2) fait désormais référence à une quinzaine d'articles nouveaux du code. Comme le montre l'auteur, beaucoup sont en continuité avec les solutions légales ou jurisprudentielles antérieures (interprétation, application dans le temps ou dans l'espace) mais il souligne nettement les changements opérés (notamment à propos des conflits dans le temps entre régimes d'exécution des peines (p. 200), entre lois de prescription (p. 238-239), en cas de dépénalisation (p. 225) ou à propos des conflits dans l'espace (p. 251 et s.) pour les délits commis par un Français à l'étranger ou sur la compétence universelle). Concernant les sources écrites réglementaires, l'article 111-5 met fin à la querelle entre Tribunal des conflits et Cour de cassation sur le contrôle de légalité au profit du juge pénal « gardien naturel des libertés » (p. 281-282) et la suppression des peines contraventionnelles d'emprisonnement rend obsolète le débat sur la régularité de ces privations de liberté (p. 279 ; comp. 8^e éd., p. 249 s.). Les réponses ministérielles sont évoquées (p. 276). De brefs développements sont ensuite consacrés aux sources non écrites : principes généraux du droit et coutume (p. 290 à 294). La jurisprudence ne trouve toujours pas place au sein des sources (cf. n° 240, p. 274 ou 8^e éd., n° 235, p. 260) car le professeur Pradel reste fidèle à la légalité stricte et insensible à certaines interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg adoptant une conception large de la « loi ».

La 2^e Partie débute par un Livre consacré à « L'infraction » (p. 298 à 571). Dans le Titre 1, à propos des classifications des infractions, il est montré comment les remaniements apportés à la « classification cardinale » tripartite ont permis d'éliminer les difficultés antérieures d'application (cf. p. 304 et s.). Dans le Titre 2, « Les composantes de l'infraction », l'étude des éléments constitutifs de l'infraction (comportement/résultat, notamment en cas de tentative : p. 395 à 433) n'appelait aucun changement ; en revanche, une refonte complète a été opérée sur les faits justificatifs pour tenir compte des nouveaux textes qui désormais distinguent l'ordre de la loi ou du règlement et l'ordre émané d'une autorité légitime, la légitime défense des personnes et celle des biens, et reconnaissent l'état de nécessité (cf. p. 352 à 385). Le Titre 3 (« Les protagonistes de l'infraction » : le délinquant (individu/personne morale)/ la victime, p. 434 et s.) est l'objet de très nombreux changements : modifications apportées à la définition et au régime de la complicité (nouvelle définition des actes de complicité, répression par emprunt de qualification et non plus par emprunt de pénalité, admission de certains cas

de complicités contraventionnelles); renforcement de l'exigence de la faute dont on perçoit encore mal l'impact sur les infractions dites matérielles (art. 121-3 nouv. c. pén., cf. p. 481 et s.); modalités nouvelles de la faute non intentionnelle (notamment en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui (cf. p. 493 et s.) ou en cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence (cf. p. 496 à 498); retouches apportées au droit des mineurs (« diminution légale de peine » remplaçant l'ancienne « excuse atténuante de minorité », p. 514) dans l'attente d'une refonte; amélioration relative (comme le souligne l'auteur car bien des points restent imparfaits) des solutions applicables en cas de trouble psychique ou neuropsychique abolissant ou altérant chez le délinquant le discernement ou le contrôle de ses actes (p. 515 à 525); admission limitée de l'erreur de droit (que l'auteur assimile à « l'erreur de droit invincible » alors que l'art. 122-3 semble peut-être pouvoir laisser plus de place à une approche subjective, p. 540); admission de la responsabilité pénale des personnes morales dont l'auteur précise en détail le domaine et les conditions de mise en œuvre (p. 554 à 559).

La 2^e Partie se poursuit par un Livre 2 sur « La sanction » (p. 572 à 807). Alors que le nouveau code pénal n'emploie que le terme « peine », il est utile de s'intéresser en préliminaire de façon plus large au « concept de sanction » car la distinction entre peine et mesure de sûreté de moins en moins nette et des sanctions répressives non strictement pénales se multiplient (p. 573 à 595). Le catalogue des sanctions prévues par la loi (Titre 1) est ensuite établi par l'auteur qui souligne d'abord l'affaiblissement dans le code de 1994 de la distinction entre peines principales, accessoires et complémentaires (p. 600 et s.) et qui présente ensuite méticuleusement, selon les trois catégories de sanctions qu'il distingue (atteintes à la personne / atteintes au patrimoine / atteintes aux droits) toutes les récentes modifications (par ex. loi du 1^{er} février 1994 sur la peine perpétuelle en principe incompressible en cas de meurtre avec viol sur mineurs de quinze ans (cf. n° 581, *in fine* et 724); suppression du bannissement; accomplissement de prestations en nature (art. 132-66 ou 132-70-1 nouv. c. pén., cf. n° 595); judiciarisation de l'interdiction de séjour (n° 600 et s.; 740 et s.); renforcement des taux d'amende applicable aux personnes morales; suppression de l'interdiction légale, de la double interdiction de disposer et de recevoir à titre gratuit, de la dégradation civique, etc.). Enfin, dans le Titre 2 consacré à « La sanction pénale appliquée à l'individu », il apparaît que l'éventail des possibilités offertes aux juges pour personnaliser la sanction s'élargit (par ex. en matière criminelle : cf. p. 675 ou sur les combinaisons et cumuls possibles ou impossibles en matière correctionnelle : cf. p. 675 à 679); que l'indulgence du juge peut subsister (malgré suppression formelle des « circonstances atténuantes »), tout comme l'indulgence du législateur (malgré disparition du mot « excuse » remplacé par les expressions « causes légales de diminution de peine » ou « causes légales d'exemption de peine ») (p. 682 et s.) et que, en revanche, les régimes nouveaux applicables à la récidive (p. 687 à 702), au concours réel d'infractions désormais bien réglementé dans les articles 132-2 à 132-7 (p. 705 à 718) ou au sursis simple (p. 721 et s.) ne sont pas particulièrement laxistes. Les derniers chapitres examinent les conditions d'exécution des sanctions (p. 729 à 774) et d'extinction des sanctions (p. 775 à 807).

Cette nouvelle édition offre au lecteur un panorama complet et détaillé de l'état actuel du droit pénal général français. A l'occasion de cette entrée en vigueur du nouveau code pénal, le professeur Pradel, loin de se contenter d'une simple mise à jour, intègre les nouveaux textes en soulignant continuités, ruptures, certitudes et hésitations. Ces textes, depuis le 1^{er} mars, prennent vie dans la pratique judiciaire et sous les commentaires doctrinaux.

Cette 9^e édition apparaît donc bien comme le début d'une nouvelle série !

Jean-François SEUVIC

III. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

Il reato di omissione di soccorso, par Alberto Cadoppi, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, 202 pages.

Une monographie approfondie par M. Cadoppi, professeur de droit pénal à l'Université italienne de Trente sur l'*omissione di soccorso* (non-assistance à une personne en danger), prévue par l'article 593 du code pénal italien – et correspondant en France aux incriminations des articles 63, alinéa 2, code pénal et 223-6, alinéa 2, nouveau code pénal –, vient de paraître. Cet ouvrage constitue le banc d'essai des thèses déjà développées auparavant par ce même auteur en général sur le délit par omission (*Il reato omissivo proprio*, 2 tomes, Padoue, 1988).

Quant aux aspects méthodologiques de l'ouvrage, trois remarques s'imposent.

Premièrement, on se sert dans l'interprétation de l'incrimination en objet d'importantes données historiques (chap. II) : on part de l'analyse des dispositions préunitaires pour arriver jusqu'au code Rocco de 1930, en passant par l'étude des dispositions du code Zanardelli de 1889. Deuxièmement, est remarquable l'attention prêtée au droit comparé, caractérisant l'ouvrage dans son entier et opportunément complété, en annexe, par une liste des dispositions en vigueur dans les principaux systèmes étrangers. Enfin, l'auteur se préoccupe de fournir au lecteur une piste de réflexion sur la réforme de l'incrimination, ayant comme point de référence essentiel le projet italien de nouveau code pénal récemment élaboré par une commission d'universitaires.

De lege lata, l'auteur « décompose » l'article 593 du code pénal en quatre incriminations différentes (chap. III), punissant respectivement : *a*) celui qui, en trouvant un enfant mineur de dix ans abandonné ou perdu, s'abstient d'informer immédiatement l'autorité ; *b*) celui qui, en trouvant une personne incapable de prendre soin de soi-même, pour une maladie mentale ou corporelle, pour vieillesse ou pour autre cause, s'abstient d'informer immédiatement l'autorité ; *c*) celui qui, en trouvant un corps humain qui est ou qui paraît inanimé, s'abstient de porter l'assistance nécessaire ou d'informer immédiatement l'autorité ; *d*) celui qui, en trouvant une personne blessée ou autrement en péril, s'abstient de porter l'assistance nécessaire ou d'informer immédiatement l'autorité. L'auteur est puni en tout cas de la réclusion jusqu'à trois mois ou de l'amende jusqu'à 600 000 livres ; toutefois, la peine est augmentée si de l'abstention découle une lésion personnelle et elle est doublée en cas de mort.

Une fois précisé que les cas *a* et *b* sont extrêmement rares – au point qu'aucune décision jurisprudentielle n'a été trouvée en argument – et que les hypothèses les plus communes et en même temps les plus problématiques sont celles indiquées par les lettres *c* et *d*, l'auteur passe à l'examen analytique de chaque cas de figure. L'étude est donc axée, d'une part, sur les éléments de l'incrimination – tels que l'intérêt protégé (chap. IV), l'auteur (chap. V), la situation typique de laquelle découle l'obligation d'agir (chap. VI), la conduite (chap. VII), l'élément psychologique – et, d'autre part, sur les formes de manifestation du délit – telle que la tentative (chap. VIII), la participation à l'infraction (chap. XI), le concours d'infractions (chap. XII). Il est opportun de préciser que, dans cette étude, l'intérêt protégé, point central de l'interprétation, est identifié – par rapport à l'ordre juridique italien – dans le droit de la personne en danger à être assistée par une autre personne qui soit en condition d'offrir l'assistance requise (cas *c* et *d*) et dans l'intérêt de l'administration publique à connaître des personnes en danger (cas *a* et *b*).

L'ouvrage se termine par des observations critiques (chap. XII), qui tendent à mettre en évidence les inconvénients (socio-psychologiques, médico-légaux et politico-criminels) liés à une incrimination si vaste et indéterminée, telle que celle en vigueur. *De lege ferenda*, une perspective pénale minimale – fait-on observer – permettrait de résoudre la plupart des problèmes rencontrés dans l'étude. C'est ainsi qu'on propose une nouvelle formula-

tion de l'incrimination, respectueuse des principes de la sécurité juridique et de la subsidiarité du droit pénal qui finalement assure une majeure effectivité à la répression pénale, tout en la rendant plus douce.

Stefano MANACORDA

IV. – PROCÉDURE PÉNALE

Criminal Procedure. Constitution and Society, par Marvin Zalman et Larry Siegel, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, West Publishing Company, 1991, 678 + 32 pages.

Criminal Procedure. Law and Practice, par Rolando V. Del Carmen, 2^e éd., Pacific Grove, Cal., Brooks/Cole Publishing Company, 1991, 483 pages.

Aux Etats-Unis d'Amérique, le droit s'enseigne aussi bien dans les *Law Schools* des universités qui décernent les diplômes de *Juris Doctor (JD)*, *Magister Legum (LLM)* ou *Senior Juris Doctor (SJD)* titres obtenus après passage obligatoire au *College*, c'est-à-dire dans les deux premiers cycles de l'enseignement supérieur, mais la science juridique peut aussi être présente dans ces premiers cycles qui peuvent même délivrer des diplômes à connotation juridique sans être les équivalents des titres précités. Voici deux ouvrages destinés aux étudiants de *Colleges*, c'est-à-dire avant licence. La procédure pénale étant enseignée comme le droit constitutionnel pour l'obtention de *Bachelor of Arts (BA)* ou de *Master of Arts (MA)* et constituant des unités de valeur. Le livre de Zalman et Siegel est tout à fait remarquable et l'auteur de ces lignes a rarement eu autant de plaisir à lire ce travail de haut niveau pédagogique rendant attrayant un sujet passionnant certes, mais qui peut parfois être fort complexe.

Le droit constitutionnel américain ne s'intéresse pas qu'au fonctionnement des pouvoirs. Grâce au contrôle de constitutionnalité, *Judicial Review*, les principes de ce droit se sont infiltrés dans de nombreuses branches de la science juridique comme la procédure pénale qui, aujourd'hui, ne peut plus être enseignée sans référence constante à la déclaration des droits, *Bill of Rights*, composant les dix premiers amendements au texte fondamental.

Dans le premier chapitre qui est magistral, les auteurs nous introduisent dans cette discipline issue directement du droit anglais. Tous les grands principes de la procédure pénale aux Etats-Unis d'Amérique sont fondés sur les normes dégagées par le droit public anglais au cours des siècles. La Grande Charte de 1215, la présence du jury, l'*Habeas Corpus*, le *Bill of Rights* de 1689 qui précisait les droits et libertés des sujets britanniques ainsi que les problèmes liés à la succession au trône, l'indépendance judiciaire comme la règle contre l'auto-incrimination sont aussi typiques de l'histoire d'Angleterre.

Les auteurs nous font bien comprendre que la procédure pénale ne constitue plus des règles de forme *Adjective Law*, mais des règles de fond *Substantive Law*, c'est-à-dire que la procédure s'étant constitutionnalisée, elle s'est transformée en un ensemble de règles de fond puisqu'elle établit des droits dont les suspects sont créanciers face à l'Etat. Dans leur analyse de la *Rule of Law*, les auteurs considèrent qu'elle opère afin de limiter les pouvoirs du législateur. Aux Etats-Unis, on peut affirmer que ce principe se trouve dans les règles de la déclaration des droits. Mais la grande révolution de la procédure pénale dans les années 1960 c'est l'incorporation de la plupart des droits du *Bill of Rights* dans la clause de *Due Process* du XIV^e amendement. Pendant les années où Earl Warren était président de la Cour suprême, celle-ci fit montre d'un activisme extraordinaire et décida que la plupart des droits contenus dans le *Bill of Rights* seraient opposables non seulement à la

fédération mais aussi aux Etats. Aujourd'hui, peu de droits présents dans le *Bill of Rights* n'ont pas été incorporés au XIV^e amendement, ainsi on peut citer l'accusation par grand jury, la liberté sous caution excessive et le droit au jury dans les procès civils. A partir de 1962, le droit à un conseil et celui contre l'auto-incrimination se voient incorporer au XIV^e amendement, le droit à un procès juste et rapide, celui à un jury impartial et le droit à ne pas être jugé deux fois dans une même cause suivirent bientôt. Cette révolution du *Due Process* permit aux cours fédérales d'intervenir dans de nombreux aspects de la procédure pénale au niveau des Etats. Les polices des différents Etats durent changer leurs approches respectives de la procédure. Les critères libéraux de la Constitution fédérale allaient s'appliquer aussi dans les Etats. Cette jurisprudence a suscité de nouvelles rédactions des lois de procédure dans les Etats afin qu'elles se conforment aux nouvelles règles définies par la juridiction suprême.

Le livre de Rolando V. del Carmen recouvre exactement le même domaine que celui de Zalman et Siegel. Très didactique comme le premier, il présente au début de chaque chapitre une liste de mots clés ce qui facilite la compréhension des termes pour les lecteurs. Des questions tests se trouvent à la fin des chapitres pour l'auto-évaluation des connaissances acquises. Un rare livre de droit américain où parfois les solutions retenues par les cinquante Etats sont explicitement énoncées. Bien entendu, ces deux ouvrages possèdent des tables d'arrêts, des index mais malheureusement pas de bibliographie ce qui aurait aidé le chercheur à trouver l'origine des sources. Deux très beaux ouvrages qu'on devrait trouver dans toutes les bibliothèques où on s'intéresse au droit des Etats-Unis d'Amérique, à la *Common Law*, aux droits de l'homme et aux libertés publiques.

Antoine J. BULLIER

The Criminal Courts. Structures, Personnel, and Processes, par N. Gary Holten et Lawson L. Lamar, New York (N.Y.), McGraw Hill, Inc., 1991, 398 pages.

Les cours pénales américaines sont très diversifiées sur l'immense territoire des Etats-Unis d'Amérique. Voici un livre destiné aux étudiants de deuxième ou de troisième année de *College*, ce qui correspond chez nous à la deuxième année du premier cycle ou à la première année du deuxième. Ce volume n'est donc pas destiné à des étudiants en droit mais à des étudiants de *Bachelor of Arts (BA)* qui prennent une unité de valeur en science criminelle avec peut-être l'intention d'obtenir après le *BA* un *Juris Doctor (JD)*, diplôme indispensable pour les carrières juridiques outre-Atlantique. Il s'agit donc d'un livre didactique destiné à de jeunes étudiants qui ont besoin des bases élémentaires qui fondent le droit américain. Il faut avouer que l'ouvrage est une grande réussite. En effet, les deux auteurs nous brossent un portrait très complet du système judiciaire pénal aux Etats-Unis d'Amérique. Dans un style simple, très agréable à lire, Holten et Lamar nous font une description magistrale du droit judiciaire pénal américain aussi bien étatique que fédéral. Depuis des années, l'auteur de ces lignes recherchait un livre qui décrirait de façon simple mais complète l'organisation des cours pénales outre-Atlantique. Ce volume répond parfaitement à son attente. Holten et Lamar, l'un étant enseignant et l'autre *State Attorney*, arrivent à nous faire comprendre la procédure pénale américaine en quinze chapitres. Ces chapitres sont destinés à faire comprendre aux étudiants le fonctionnement du droit judiciaire. Dans chaque tête de chapitre, les auteurs définissent un certain nombre de mots dont les acceptions devront être retenues par les étudiants.

Les cours de justice font l'objet d'analyses détaillées, avec le personnel qui les compose au fédéral comme dans les Etats, le droit des preuves traité dans un chapitre, ainsi que le déclenchement et le déroulement du procès. La détermination de la peine fait aussi l'objet de commentaires intéressants.

Ce livre est non seulement une excellente introduction au droit pénal mais aussi au droit américain, car il résume tout un système juridique en quelques pages et d'une façon agréable et particulièrement attrayante. Le droit comparé n'est pas oublié et les auteurs ne manquent pas de faire référence au droit anglais pour préciser les origines du droit pénal d'outre-Atlantique.

Chaque chapitre est suivi de notes, ce qui permet aux étudiants de pousser plus loin leurs recherches. L'auteur de cette recension ne connaît pas de livre de droit qui en si peu de pages peut faire un tel panorama du droit pénal américain. Un livre que l'on doit recommander à tous ceux qui enseignent le droit des Etats-Unis d'Amérique et le droit comparé. Un manuel à utiliser en France pour un cours d'introduction au droit américain.

Antoine J. BULLIER

Tribunalul municipiului Bucuresti. Culegere de practică judiciară penală pe anul 1990, Annotations de Vasile Papadopol, Bucarest, Casa de editură si presă « Sansa », SRL, 1992, 171 pages.

Tribunalul municipiului Bucuresti. Culegere de practică judiciară penală pe anul 1991, Annotations de Vasile Papadopol, Bucarest, Casa de editură si presă « Sansa », SRL, 1992, 290 pages.

L'avant-propos de ces deux volumes signés par Dr Corneliu Turianu, président du tribunal de la municipalité de Bucarest, souligne l'utilité de la publication de ces répertoires par rapport à la cessation des publications des décisions de la Cour suprême. Cette préface fournit aussi des explications concernant les notes qui accompagnent quelques-unes des décisions publiées tout en mentionnant que ces notes « expriment exclusivement les opinions de l'auteur ».

Nous considérons que le choix des décisions a été judicieux ; elles mettent en évidence les difficultés rencontrées par la pratique des instances, provoquant parfois des solutions contradictoires. Quelques notes sont longues surtout dans le répertoire de l'année 1991 ; il contient des références bibliographiques et des argumentations caractérisées par un niveau spécifique pour un cours universitaire et dans ce sens nous citons, par exemple, pour le répertoire de 1990 la note (p. 6-9) concernant la date à laquelle l'infraction d'abandon familial est considérée comme réalisée, la note (p. 103-104) concernant l'utilisation des parents jusqu'au quatrième degré y compris dans le procès pénal même s'il s'agit seulement de l'action civile, la note (p. 122-124) concernant la provocation, les notes (p. 128-131) concernant la récidive, la note (p. 144-146) concernant le brigandage ; pour le répertoire de l'année 1991 la note (p. 12-13) concernant la possibilité d'obliger aux paiements comminatoires alors que l'instance pénale se prononce aussi sur l'action civile, la note (p. 22-23) sur le caractère de la nullité résultant de l'omission d'interroger l'inculpé, la note (p. 24-25) concernant les conséquences de la désignation par l'instance d'un avocat nommé d'office alors que l'avocat choisi est absent et ceci dans les cas où l'assistance de celui-ci est obligatoire, la note (p. 35-36) concernant l'infraction de calomnie par la presse, la note (p. 51-52) sur la question de savoir si la concurrence déloyale peut avoir aussi comme sujet actif une personne juridique ou non, la note (p. 68-71) concernant principalement le problème de la présomption d'appropriation à la charge du gestionnaire, la note (p. 83-84) concernant la question de savoir si le monument funéraire doit ou ne doit pas être inclus dans les dépenses d'enterrement qui doivent être retournées par l'inculpé, la note (p. 99-101) concernant les traits distinctifs de la tentative.

Les notes, très nombreuses, surtout dans le répertoire de 1991, sont critiques face aux solutions commentées. Un très petit nombre a un caractère approbatif. L'auteur expose, en quelques cas, les points de vue exprimés par la doctrine. Pour quelques cas, l'auteur des notes approuve le point de vue contenu dans les décisions respectives, mais il y ajoute aussi ses propres arguments. Ses opinions sont soutenues par la doctrine ou par les solutions de la Cour suprême. Parfois le langage de l'auteur est extrêmement prudent, par exemple : « On pourrait soutenir aussi un point de vue différent... ».

Les commentaires peuvent être classés en plusieurs catégories : critiques, approbatifs, partiellement critiques, partiellement approbatifs, approbatifs avec renforcement de la motivation du jugement par de nouveaux raisonnements, neutres (l'auteur des notes expose aussi un autre point de vue que celui contenu dans la décision commentée mais sans mentionner son opinion).

Nous espérons que ces deux répertoires sont les premiers d'une série qui sera de plus en plus riche en commentaires de bonne qualité et de réelle utilité pour les juristes praticiens.

Betinio DIAMANT

Practica judiciară penală. Vol. IV : Procedură penală (art. 1-524 Codul de procedură penală), par Dr George Antoniu, Dr Nicolae Volonciu, Dr Neagu Ion, Dr Valeriu Stoica, Dana Popescu, Vasile Papadopol, sous la direction de : Dr George Antoniu, Dr Nicolae Volonciu, Bucarest, Academia română, Institutul de cercetări juridice, Editura Academiei române, 1993, 331 pages.

Ce volume est le dernier de la série consacrée à la pratique judiciaire pénale et a pour objet la procédure pénale dans son entier (524 articles), étant précisé que ces articles sont mis à jour jusqu'au 1^{er} janvier 1993. La contribution de chaque auteur est précisée à part. De très importantes modifications de la procédure pénale roumaine contenues dans la loi 45 de juillet 1993 n'ont pas été prises en compte : modifications du système procédural pénal roumain réformé essentiellement par l'introduction de la voie de l'appel (évolutif par sa nature), appel qui dans le régime socialiste avait été abrogé.

On a suivi la même technique que dans les trois premiers volumes, l'article du code de la procédure pénale est mentionné sans être reproduit. Cet ouvrage comporte un sommaire en français. Quelques solutions reproduites dans le répertoire sont devenues inactuelles et quelques-unes des propositions de *lege ferenda* faites par les commentateurs (par exemple la proposition concernant le serment du témoin, page 139) sont passées en force de loi.

En ce qui concerne la notion de « propriété socialiste », utilisée dans quelques-unes des décisions reproduites, le commentateur précise : « Par conséquent, nous croyons qu'il n'y a plus aujourd'hui aucune justification pour faire une distinction entre la propriété collective et la propriété particulière. Au lieu de cette distinction est redevenue actuelle la différence entre le domaine public et le domaine privé. Seulement, le domaine public de l'Etat a un régime privilégié. Le régime privé de l'Etat est soumis au régime général de la propriété privé » (p. 77-78). La même position a été adoptée, d'une manière constante, par la Cour constitutionnelle roumaine.

Les commentateurs expriment des positions diverses par rapport aux solutions analysées.

« On pourrait soutenir aussi une opinion contraire » ; « Contre cette solution on a argumenté d'une manière convaincante » ; « Les solutions sont correctes et nuancées » ; « La solution est partiellement critiquable » ; « La solution nous semble être raisonnable » ; « Les solutions sont correctes, dans notre opinion » ; « La solution est correcte,

mais la motivation n'est pas adéquate » ; « La solution est correcte, mais elle a besoin d'être nuancée ».

Les commentaires parfois très longs font une analyse approfondie de la matière et notamment sur les articles 10, 14, 46, 171, 172, 292 du code de la procédure pénale roumaine.

Et si le dicton *Opus finis coronat* exprime une vérité, alors on peut dire que la série des volumes consacrés à la pratique judiciaire pénale roumaine a été conclue d'une manière brillante par ce quatrième volume.

Betinio DIAMANT

Droit pénal, tome II, *Procédure pénale*, par Jean Pradel, 7^e édition revue et augmentée à jour au 15 novembre 1993, Paris, Editions Cujas, 1993, 808 pages.

Un an après une 6^e édition (février 1992) de son ouvrage de *Procédure pénale*, le professeur Jean Pradel publie une 7^e édition qui présente le grand avantage d'être à jour au 15 novembre 1993, ce qui permet d'intégrer les principales réformes ou « contre-réformes » opérées par diverses lois de l'année 1993 (Loi n° 93-2 du 4 janv. ; réforme constitutionnelle du 27 juill. ; loi n° 93-992 du 10 août et loi n° 93-1013 du 24 août 1993). Compte tenu de l'importance de ces réformes et peut-être plus encore à cause des hésitations, des débats qui marquèrent l'opinion lors de leur élaboration, il est commode et rassurant pour les lecteurs (notamment étudiants, mais aussi enseignants et professionnels voulant s'informer rapidement et clairement sur ces changements) de pouvoir aussi vite disposer d'un ouvrage à jour.

Evidemment cette 7^e édition, par rapport à la précédente, vieille d'à peine un an, n'a pas eu à analyser de nouvelles jurisprudences, ni à ajouter beaucoup aux bibliographies toujours très complètes. Tout au plus quelques statistiques ont été mises à jour (p. 407, 456). En outre, et heureusement, l'ouvrage devenu référence classique et indispensable n'a subi aucun remaniement de fond dans sa structure générale : la 1^{re} Partie (p. 17 à 265 : « Les éléments du procès pénal ») opère présentation des rouages de la procédure pénale (juridictions pénales, ministère public, organes auxiliaires) et des actions publique et civile. Le cadre étant établi, la 2^e partie (p. 267 à 726 : « Le déroulement du procès pénal ») peut développer plus longuement une analyse dynamique et chronologique des diverses étapes de la procédure (d'abord phase préparatoire du procès : enquête, poursuite, instruction ; puis phase décisive : premier degré, voies de recours et effets de la décision). Le lecteur retrouvera toutes les qualités qui font le succès de ce manuel depuis bientôt vingt ans : plans adaptés et faciles à retenir ; développements complets sans être surchargés de notes ; références fréquentes aux pratiques.

Mais comme annoncé, il s'agit d'une édition « revue et augmentée ».

« *Edition revue* » effectivement sur tous les points touchés par les récentes réformes. D'une façon générale, les références sont faites aux nouveaux articles du code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, avec notamment intégration des règles de compétence concernant les infractions commises à l'étranger (p. 73). De façon plus spéciale, sont exposées les dispositions nouvelles relatives à la Cour de justice de la République (p. 58 et 66) ; au renforcement de la présomption d'innocence (p. 286 et s.) ; aux contrôles d'identité (p. 342 et s.) ; à la garde à vue (p. 348 et s. avec passage d'une situation « d'absence d'un défenseur » à celle d'une « présence limitée d'un défenseur ») ; à la mise en examen (interrogatoire de 1^{re} comparution, p. 472 et s. ; interrogatoires subséquents, p. 478) ; à la procédure du référé-liberté (p. 516 et s.) ; au régime des nullités de l'instruction (p. 448 et 529 et s.) ; etc. Sont tirées toutes conséquences de diverses suppressions : des privilèges de juridictions (p. 91) ; des pouvoirs d'officier de police

judiciaire (OPJ), du préfet (p. 139 et s.); de l'arrestation autrefois possible d'un témoin (p. 365); du paiement des frais de justice (p. 721) avec incidence sur la consignation (p. 421) et instauration d'une amende civile (p. 428). Si, le plus souvent, l'auteur expose de façon neutre ces diverses réformes, il n'hésite cependant pas à laisser percer son opinion, tantôt favorable (par exemple, sur le référé-liberté (p. 516), sur le régime des nullités (p. 530) ou à propos du caractère humaniste de la procédure applicable aux mineurs (p. 556)...), tantôt critique (notamment lorsque la réforme issue de la loi du 4 janvier 1993 a cherché à limiter les pouvoirs du juge d'instruction ou à introduire une procédure accusatoire de type anglo-saxon lors de l'audience de jugement ((p. 566) mais la loi du 24 août 1993 est sagement revenue au *statu quo ante*). L'auteur est toujours à la fois soucieux du respect des libertés et de l'efficacité répressive.

« *Edition augmentée* » : l'exposé du droit positif issu des récentes réformes, qui est le souci primordial de l'auteur, ne peut se faire sans rappel des solutions anciennes. Aussi sans développements superflus, l'auteur résume les solutions antérieures aux réformes. L'évolution est ainsi mieux perçue (et d'ailleurs, pour plus de détails, le lecteur pourra utilement se référer aux éditions antérieures car les numéros de paragraphes sont pratiquement restés identiques). Sont également ajoutées de nombreuses remarques sur les pratiques judiciaires : cf. par ex. p. 79, 114, 306, 389, 505 et s. (Beaucoup de passages en typographie plus serrée débutent ainsi par la formule « En pratique » ou par « Pratiquement » et les annexes (p. 735 à 778) sont constituées de fac-similés de formulaires procéduraux). Il résulte de ces augmentations que, à typographies identiques, le texte passe de 682 pages pour la 6^e édition à 726 pages et nous pouvons affirmer que ces pages supplémentaires sont bien réellement consacrées à exposer les règles nouvelles.

On conçoit en conséquence tout l'intérêt de cet ouvrage pour les lecteurs français ou étrangers qui veulent connaître, en détail et de façon claire et complète, l'état de la procédure pénale française. Une fois de plus, le Professeur Jean Pradel réussit, dans les plus brefs délais, à mettre à la disposition de ceux qui étudient le droit criminel, si changeant ces dernières années (et la loi du 1^{er} février 1994 conduit déjà à des retouches !) un magistral outil de formation et d'actualisation.

Jean-François SEUVIC

V. - PÉNOLOGIE ET EXÉCUTION DES PEINES

Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences, par Hélène Dumont, Montréal, Editions Thémis, 1993, 684 pages.

Depuis A. de Tocqueville, les pénologues européens ont tendance à s'informer sur les expériences américaines. L'importance de la criminalité aux Etats-Unis d'Amérique a conduit en effet les Américains, et par contre-coup les Canadiens, à imaginer des solutions originales, qui peuvent inspirer les Européens, d'autant plus que les problèmes à résoudre sont à peu près les mêmes des deux côtés de l'Atlantique. Mais, jusqu'à ce jour, nul traité nord-américain de pénologie n'avait été écrit en français. Cette lacune est aujourd'hui comblée, et de la plus heureuse façon, par H. Dumont, brillante universitaire québécoise et adepte d'une méthode d'exposition qui est à peu près celle de ses collègues français.

L'ouvrage – un énorme travail de près de 700 pages – est divisé en deux parties, intitulées respectivement « De la légalité et de la justesse des peines et des sentences » et « La punition et le pardon ».

La *première partie* constitue en réalité une théorie générale de la peine, un exposé extrêmement clair des principes directeurs de la sanction. Et l'auteur y considère successivement les peines et les sentences.

S'agissant en premier lieu de ce qu'elle appelle la « légalité des peines », l'auteur examine tour à tour la peine légale, la peine la plus douce et, notion chère aux Canadiens grâce à leur Charte des droits et libertés, la peine ou le traitement « cruel et inusité ». Quelques mots sur ces divers développements. On retiendra, par exemple, le souci du législateur canadien de concilier légalité et protection sociale, à travers des dispositions du code criminel qui précisent que lorsque le législateur a omis de prévoir une peine à une incrimination qu'il vient d'instituer, il existe dans ce code une peine préétablie : le législateur « général » offre ainsi au législateur « spécial » une peine toute préparée au cas où ce dernier aurait omis d'en prévoir une. Il faut insister aussi sur le concept de sanction « cruelle ou inusitée » inscrit à l'article 12 de la Charte. La Cour suprême a été amenée à apprécier au regard de cette disposition la constitutionnalité de certaines normes comme les peines-plancher, son idée essentielle étant de s'attacher aux circonstances ; et c'est ainsi qu'une peine de 90 jours d'emprisonnement, avec suspension du permis de conduire, peut légitimement sanctionner une conduite en ébriété en cas de seconde récidive.

En second lieu, de larges développements sont consacrés à la « justesse des sentences ». On y trouve une analyse de décisions canadiennes sur les fondements de la peine, les juges de *common law* aimant bien exprimer leurs opinions personnelles ; et il apparaît que ces juges sont souvent convaincus de la valeur de la dissuasion, peut-être pour ne pas se couper de l'opinion publique (alors pourtant que des enquêtes, évoquées par l'auteur, ont montré que la certitude du châtement a un meilleur effet dissuasif que la sévérité de celui-ci). L'auteur regrette les excès d'individualisation chez les juges canadiens et compare son pays au voisin du sud où ont pris corps la fameuse doctrine du juste dû et une législation qui limite l'étendue de la variation des peines (*sentencing guidelines*). A ce sujet, elle évoque les conclusions de la Commission sur la détermination de la peine, dite Commission Archambault (1988), qui tendait à dégager des lignes directrices sur la fixation du quantum, afin de parvenir à certaine égalité entre condamnés.

La *seconde partie* a pour objet de décrire les différentes sanctions prévues par la loi et, subsidiairement – car c'est assez peu important en droit canadien –, les techniques de pardon pénal.

En premier lieu, H. Dumont s'attache aux diverses peines au sens large que contient la législation canadienne : l'emprisonnement, l'amende, la probation, l'absolution (inconditionnelle ou conditionnelle), la détention préventive et quelques autres... On se bornera ici à souligner quelques particularités. Il a déjà été fait allusion aux peines minimales d'emprisonnement et il faut maintenant ajouter que l'un des seuls cas où le juge peut descendre en dessous du minimum est celui où il croit devoir accorder au prévenu une réparation pour violation d'un droit constitutionnel. Toujours sur l'emprisonnement, on peut signaler, à partir de 1980, l'existence d'un contrôle par le juge (ordinaire, notamment fédéral, car il n'y a pas de juge de l'application des peines) de l'activité des autorités pénitentiaires. Ce contrôle va évidemment être renforcé à partir de 1982, date de la Charte. Et l'on s'explique alors facilement qu'un document du Solliciteur général (de 1987) indique que « les détenus conservent tous les droits des membres de la société, à l'exception de ceux qui leur sont retirés ou qui sont limités du fait même de leur incarcération ». Quant à la libération conditionnelle, dont le fondement a varié au cours de l'histoire, elle est aujourd'hui contestée au Canada (et plusieurs Etats des Etats-Unis d'Amérique l'ont même supprimée). En 1988, la Commission Archambault a recommandé sa suppression (sauf en cas de peine perpétuelle), son efficacité étant contestable. Mais il est vrai que le législateur canadien n'a pas suivi cette suggestion.

L'amende est bien vue par le législateur, qui autorise le juge à prononcer cette peine à la place de la privation de liberté lorsque le montant légal de cette dernière ne dépasse pas cinq ans. Et pour les personnes morales, l'amende est illimitée, son montant étant décidé par le juge. Une loi du 31 décembre 1989 a créé la suramende

compensatoire, que le juge peut prononcer en sus de l'amende « ordinaire » et dont le montant (15 % de cette dernière) ira alimenter un fonds d'aide aux victimes. Il faut y voir un clin d'œil aux victimes qui, on le sait, ne peuvent pas exercer l'action civile au Canada.

La probation, un peu comme en France, peut être appliquée soit dans le cadre d'une suspension du prononcé de la peine, soit dans le cadre d'un emprisonnement effectivement prononcé. Les mesures de probation sont là proches de celles qu'énumère le nouveau code pénal français, à ceci près que la liste indiquée au code criminel canadien n'est pas limitative puisque le juge peut prévoir « telles autres conditions raisonnables ». Et c'est ainsi que dans cette clause générale, les juges font appel aux « travaux communautaires » qui, à l'inverse du travail d'intérêt général français, ne constituent pas une peine autonome.

On peut encore évoquer la détention préventive (qui n'est pas du tout la détention provisoire de la procédure). Elle constitue une incarcération d'une personne dans un pénitencier pour une durée indéterminée, en raison du caractère violent de ses crimes et du danger qu'elle représente. Cette sanction, véritable mesure de sûreté d'inspiration positiviste et d'origine anglaise, est prononcée à la place de l'emprisonnement.

On citera encore – mais ici, on notera une très grande similitude avec le droit français – les privations de droits, la confiscation, l'interdiction de posséder une arme à feu ou de conduire un véhicule ou un avion, la perte d'un emploi de fonctionnaire. On insistera sur deux particularités par rapport aux droits d'Europe continentale : l'engagement de ne pas troubler la paix qui présente l'originalité d'être une mesure préventive prise par le juge en faveur d'un tiers qui redoute d'être la victime de voies de fait (comp. le cautionnement préventif du droit suisse et du droit camerounais) ; la réparation des préjudices matériels subis par la victime, suite à une requête de celle-ci.

En second lieu, quelques développements sont consacrés au pardon. Nous disons bien quelques, à peine 30 pages, car la théorie de la clémence est relativement peu riche en *common law*. Le point de départ est la prérogative royale de clémence qui est exercée par le gouverneur général du Canada, agissant en conseil. Très souvent, cette forme de pardon est appliquée pour réduire l'excessive sévérité de certaines condamnations. Une seconde forme de clémence est la tenue d'un nouveau procès : cette possibilité est décidée par le ministre fédéral de la Justice, sur requête du condamné. L'amnistie existe également, mais elle est très rarement appliquée. Enfin, la loi sur le casier judiciaire prévoit, suite à une requête en réhabilitation formée par le condamné, la radiation de sa condamnation du casier judiciaire. Cette radiation est décidée par la Commission nationale des libérations conditionnelles.

L'ouvrage d'H. Dumont est donc extraordinairement riche. Il ne peut que susciter la réflexion des pénologues d'Europe continentale et des comparatistes. Il montre, en effet, que, sur certains points importants, des différences essentielles existent entre la pénologie canadienne et la pénologie française. Et il fait apparaître tout le profit qu'un Européen peut tirer d'un ouvrage nord-américain, surtout si documenté.

Jean PRADEL

Les prisons, un exposé pour comprendre. Un essai pour réfléchir, par Jean Favard, Paris, Flammarion, 1994, 126 pages.

Telle collection, tel livre. L'ambition de la collection « Dominos » est de publier sous un format de poche, avec une présentation claire et dont l'agrément est rehaussé par une iconographie de qualité, un ensemble traitant, à l'intention notamment des étudiants et des cadres, quelques-uns des problèmes majeurs de notre époque. Le livre de Jean Favard, conseiller à la Cour de cassation après avoir été en charge des problèmes

carcéraux à la Direction pénitentiaire puis au cabinet de M. Badinter, alors garde des Sceaux, satisfait pleinement, eu égard aux contraintes imposées à l'auteur par le format réduit de son ouvrage, à la curiosité du lecteur qui cherche à trouver son chemin dans la mystérieuse et inquiétante opacité du « dédale pénitentiaire ».

Deux parties dans cet ouvrage : l'une, d'information, l'autre de réflexion.

La première apporte au lecteur, avec le support des statistiques essentielles concernant la population pénale et d'un glossaire précisant pour le lecteur non initié le sens de quelques mots clés, des éléments précis de connaissance du monde carcéral.

C'est tout d'abord de l'histoire des prisons dont il s'agit. Histoire chaotique, avec ses ambitions affichées et ses réalités qui déçoivent, ses revirements, ses fiascos, ses crises paroxystiques, ses révolutions et ses retouches, ses éternels problèmes de surpopulation, de budget, de conciliation entre sécurité et humanisation, et la tendance générale, depuis le début des années 70, à la mise en œuvre d'une politique à la fois humaniste et réaliste, afin d'éviter le recours systématique à l'enfermement, ou, dans la perspective de celui-ci, l'exclusion du détenu par rapport au monde extérieur.

Le « cadre », ensuite, c'est la description des cinq catégories actuelles d'établissements pénitentiaires ; de la « diabolique course-poursuite » engagée, avec, notamment, le fameux « programme 13 000 » initié par Albin Chalandon, entre l'effectif des prisonniers à accueillir et les possibilités d'hébergement et de garde ; des difficultés quotidiennes et du « mal être » des gardiens de prison, et enfin de toutes les distinctions à opérer entre détenus et condamnés, courtes et longues peines et selon, aussi, les infractions commises.

Quant aux conditions de détention, elles ne peuvent s'apprécier, souligne Jean Favard, qu'au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment en ce qu'elles prohibent les traitements inhumains ou dégradants. Mais en sachant que si la punition de cellule, comme la nostalgie, n'est plus ce qu'elle était, elle n'en demeure pas moins infligée sans référence à une échelle des peines ni assistance d'un avocat. Visites, information par la lecture, la radio et la télévision, action d'élévation du niveau d'instruction et de formation professionnelle, médecine « décloisonnée » insérée dans la politique de santé de l'Etat, tous ces efforts, s'interroge l'auteur, ne sont-ils pas compromis par les effets de la crise économique, en ce qu'elle frappe tout particulièrement le travail des détenus, « facteur capital » d'équilibre dans les prisons et « élément essentiel » de réinsertion sociale ?

Dernier volet, enfin, de cette information succincte mais précise sur le monde des prisons : les aménagements de la peine, certains qui interviennent en cours d'incarcération – placements à l'extérieur, permissions de sortir et semi-liberté – alors que d'autres se situent « hors les murs », ce qui est le cas de la libération conditionnelle, du sursis avec mise à l'épreuve et du travail d'intérêt général.

Après « l'exposé pour comprendre » vient « l'essai pour réfléchir » sur ce que l'auteur dénomme les « paradoxes du monde pénitentiaire ».

Comment réinsérer alors qu'on incarcère, et que les murs, les grilles et les miradors constituent le nécessaire barrage aux évasions et aux explosions de violence ? Comment satisfaire aux impératifs d'ordre et de sûreté sans engendrer l'écèlement du système, tant il est vrai, souligne Jean Favard, que « trop de sécurité tue la sécurité » en rendant intenable l'atmosphère des prisons ? Il faut donc récuser « l'artificielle opposition » entre sécurité et humanisation, les deux politiques pouvant être menées de pair sans engendrer un supplément de troubles, comme il s'est avéré après la suppression, en 1982, des quartiers de haute sécurité. Ainsi s'explique la progressive reconnaissance des droits des détenus, dans les domaines de l'information, du travail, de la participation aux votes comme tout citoyen et de la communication avec les proches par la correspondance et l'utilisation de parloirs sans séparation, cette évolution connaissant cependant ses limites naturelles imposées par les « restrictions légitimes » qu'implique le souci de sécurité, et

laissant subsister des problèmes aussi épineux que ceux des droits revendiqués par les prisonniers à la vie sexuelle, à la liberté d'association, et à l'exercice des droits de la défense en matière de poursuites disciplinaires.

La répression par l'incarcération est un procédé qui connaît ses limites, tant en surpopulation qu'en budget. 80 à 90 000 personnes, en effet, entrent en prison chaque année, dont près des quatre cinquièmes au titre de la détention provisoire ; un nombre comparable en sort. Malgré grâces et amnisties, le nombre des détenus condamnés à des peines supérieures à 5 ans est passé du seuil de 4 000 en 1977 à celui de 9 000 en 1992. Le système pénitentiaire est donc confronté à la fois à un incessant « va et vient », du fait des détenus provisoires et des courtes peines, et au problème spécifique des « longues peines » dont, notamment, celles infligées aux condamnés à une peine perpétuelle ou aux condamnés à mort graciés, dont la durée de détention se situe en moyenne entre 17 et 18 ans. L'élargissement continu du parc pénitentiaire pour faire face à ce flot montant de prisonniers n'est donc, selon Jean Favard, qu'un « piège diabolique » et coûteux, comme le confirme le fait que les prévisions de M. Chalandon tendant à la création de 40 000 places supplémentaires en 5 ans ont dû être ramenées par son successeur au chiffre de 13 000. D'où le développement actuel des peines de substitution, et notamment des travaux d'intérêt général, et l'enchaînement infernal de l'allongement des peines au moment de leur prononcé et de leur raccourcissement lors de leur exécution, notamment par l'effet des réductions de peine, chaque tendance se nourrissant de l'autre pour tenter d'en corriger les excès.

Le livre de Jean Favard ne peut avoir pour ambition d'entrer dans le détail d'aucun de ces problèmes. Il les pose cependant tous de manière logique et précise. Il est en ce sens un guide à la fois précieux et d'une présentation agréable. Le labyrinthe pénitentiaire a peut-être trouvé son nouveau Dédale.

Christian PIERRE

VI. - CRIMINOLOGIE

De l'anthropologie à la criminologie comparée, par Denis Szabo, 1 vol., Librairie philosophique Vrin, Paris, 1993, 127 pages.

Un nombre considérable de recherches et publications relatives aux transformations sociales et à la prospective a été diffusé dans le monde occidental, au cours des quarante dernières années. Prenant généralement en compte les avancées de la science et de la technologie, ces différentes sources de réflexion ont tenté de dégager les paramètres de ce que l'on a qualifié de « choc du futur » (A. Toffler). Force est, toutefois, de constater que peu de place a été réservée, dans ces études, aux modifications des valeurs reconnues par la société alors que l'évolution des valeurs est cependant « un des aspects du changement social » (K. Mannheim). En effet, si l'avenir doit être différent du présent, ce sera en partie parce que les valeurs qui dominent l'activité sociale auront évolué. Or, l'influence des valeurs sociales sur le comportement humain est essentielle pour la criminologie.

En réunissant quatre leçons magistrales données à Paris en 1990 au Collège de France - institution prestigieuse - sous le titre général *De l'anthropologie à la criminologie comparée*, le Professeur Denis Szabo de l'Université de Montréal (Canada) nous offre un guide précieux pour évoluer dans ce qu'il qualifie de « domaine des interdits, des déviances, des crimes et de la justice » qui est celui du criminologue. Mais c'est aussi une remarquable synthèse de problèmes essentiels que pose la criminologie, en cette fin du deuxième millénaire.

Situer résolument la criminologie – peut-être la plus contestée des sciences de l'homme – dans une perspective anthropologique confère toute sa signification à la démarche intellectuelle de l'auteur. La personnalité et la culture étant des éléments constitutifs de toute science de l'homme, la criminologie doit être à l'écoute de la biologie, de la psychologie et de l'anthropologie culturelle et sociale.

Mais il importe, aussi, d'envisager la criminologie en situation, dans ses rapports nécessaires avec la norme sociale changeante et le droit, qui en est le produit. Cependant si l'objectif du droit est l'imposition d'une règle générale, l'approche de la criminologie se situe dans la variation de cette règle dans divers contextes socioculturels.

Denis Szabo envisage ainsi, successivement, les bases anthropologiques de la personnalité et de l'organisation sociale. Normalité (statistique), déviance, crime sont les vastes catégories comportementales sur lesquelles s'appliquent les procédures du contrôle social. S'il y a, selon l'auteur, « dans chaque société une tendance naturelle vers la cohésion autour des valeurs fondatrices des normes qui sous-tendent le système social », la criminologie a un rôle différent à jouer suivant le modèle de société et le degré d'intégration sociale que présente chaque modèle. Les changements rapides que connaissent les systèmes et les pratiques socioculturelles dans les sociétés contemporaines développées exigent, par suite, une réflexion critique souvent renouvelée sur la nature des conduites qualifiées d'antisociales, sur la meilleure manière de les prévenir ou d'y mettre un terme.

Si la démarche intellectuelle de l'auteur – on l'aura compris – est ambitieuse, elle n'est pas pour autant théorique. Le criminologue digne de ce nom évolue dans le champ pénal, qui est éminemment concret. C'est la connaissance des diverses formes de criminalité et du fonctionnement des mécanismes des systèmes de justice pénale qui autorisent par suite la prise de parole du criminologue. Sur ce terrain, la parole du professeur Szabo est particulièrement autorisée, à la fois par ses recherches mais aussi, par son expérience internationale toujours actualisée. Fondateur et directeur du Centre international de criminologie comparée, il a enseigné dans de nombreuses universités étrangères. On en appréciera davantage les perspectives offertes notamment par cet ouvrage sur *Crime et justice en l'an 2000*, qui font l'objet de la quatrième leçon.

Il ressort des analyses de l'ouvrage que le crime doit être considéré comme une structure sociale : les mêmes forces qui façonnent l'homme et la société, façonnent à leur tour la criminalité.

Si de nouveaux secteurs d'activité prennent de l'expansion, ils se prêteront, par conséquent, à un nombre croissant d'activités illégales. Mais ce constat doit s'accompagner de la prise en compte de la logique scientifique qui doit renouveler à chaque génération notre compréhension du crime et, par voie de conséquence, améliorer les procédures destinées à le prévenir et le contrôler.

Il faut éviter, face à l'avenir prévisible mais inconnu, le pessimisme froid et l'optimisme béat. Nous sommes dans un domaine dans lequel les enseignements du siècle précédent doivent incliner vers la modestie. Le scientisme triomphant de la fin du XIX^e siècle et la foi dans le progrès humain ont pu laisser croire que la criminalité se réduirait, en corrélation avec le progrès social. Nous savons, depuis déjà longtemps, qu'il n'en est rien et que les défis de la criminalité se renouvellent, se transforment et s'adaptent à l'évolution des sociétés. Si, comme nous le croyons, le crime est un produit du fonctionnement de la société, nous sommes contraints de vivre avec. En revanche, ainsi que le souligne Denis Szabo, va-t-on se borner à continuer à imputer l'aggravation de la criminalité à l'appareil jugé peu efficace de la justice pénale ou, plutôt, à l'inapplicabilité du droit pénal « décryptant mal les valeurs de la société moderne » ? Ce n'est probablement pas tout le débat de l'avenir, mais c'est un de ses éléments essentiels. Ce n'est pas le moindre mérite de cet ouvrage que d'avoir ouvert un tel débat.

Ecrit dans un style clair et sans détours inutiles, ce livre devrait être une référence obligée pour tous ceux qui peuvent souhaiter, au-delà de l'anecdote et des idées reçues, se faire une opinion sur l'état actuel de la connaissance sur le crime, la criminalité et la criminologie.

Georges PICCA

B. – BIBLIOGRAPHIE DES PÉRIODIQUES DE LANGUE FRANÇAISE

PÉRIODIQUES PROFESSIONNELS ET ASSIMILÉS

Michel GENDREL

*Ancien chargé de cours des facultés de droit
Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles
à l'Université Panthéon-Assas (Paris-2)*

I. – HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

1. – GALASSI (C.), Des Tuileries aux ciseaux de Danton, *Vie jud.*, 1993, 21-27 juin, p. 5.
2. – GALASSI (C.), Un œillet à la boutonnière, *Vie jud.*, 1993, p. 5 (La conspiration de l'œillet, 1793).
3. – GRIGNON DUMOULIN (J.), Été 93 : la fatale ascension du Tribunal révolutionnaire, *Vie jud.*, 1993, 19-25 juill., p. 5 ; 2-8 août, p. 5.
4. – VAULTIER (Roger), Les procès d'animaux, *Vie jud.*, 1993, 4-10 oct., p. 5.

II. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

5. – BARBERGER (C.), Les peines de substitution, *Informations sociales*, n° 31, 1993, p. 39-45.
6. – BOUVIER (J.-C.), Les méfaits de l'article 338 du code des douanes. La prison à tout prix, *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1994, janv., p. 13-15 (La contrainte par corps en matière douanière).
7. – BRAHINSKI (C.), Le travail d'intérêt général, *Informations sociales*, n° 31, 1993, p. 46-51.
8. – DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), La légitime défense contre les voleurs et les pillards violents. L'affaire de Hienghène, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 263-279.
9. – DUBOIS (J.), La philosophie des peines de substitution, *La Revue de la gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 55 et 56.
10. – FORTIS (E.), Sur les incidences de la réforme du code pénal sur le droit du travail, *Dr. soc.*, 1993, p. 884-895.
11. – JEANDIDIER (W.), Classification des infractions, *J.-Cl. Pénal*, art. 111-1, 11-1993, 24 pages.

12. - JOUVE (B.), Trois années de contentieux de l'application des peines à la maison d'arrêt de Rennes 1986-1989 (article 733-1 c. de proc. pén.), *Rev. pénit.*, 1993, p. 193-301.
13. - LALLEMAND (D.), Condamnés à travailler, *Informations sociales*, n° 31, 1993, p. 52-56 (« tigiste »).
14. - LEPAGE JESSUA (C.), La responsabilité pénale des personnes morales en matière d'environnement, *Petites affiches*, 1993, 22 déc., p. 4-9.
15. - LESCLOUS (V.), Concours d'infractions. Concours idéal de qualification 1, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-1 à 132-7, fasc. 10, 1-1993, 14 pages.
16. - LESCLOUS (V.), Concours d'infractions. Concours réel d'infractions, *J.-Cl. Pénal*, art. 132-1 à 132-7, fasc. 20, 11-1993, 34 pages.
17. - LORHO (G.), Les peines de substitution ont-elles disparu ?, *Dr. pénal*, 1993, oct., p. 1-3.
18. - PELISSIER (P.), Réformer l'application des peines ?, *Rev. pénit.*, 1993, p. 303-310.
19. - RASSAT (M.-L.), Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte, *J.-Cl. Pénal*, art. 122-1 et 122-2, 11-1993, 21 pages.
20. - RIEUNEAU (L.), Mise à l'épreuve et confusion : le désordre dans la probation ?, *Dr. pénal*, 1993, août-sept., p. 1-3.
21. - ROYER (P.), Evolution de la notion d'irresponsabilité pénale, *La Revue de la gendarmerie nationale*, 1993, janv.-mars, p. 33-36.
22. - SALVAGE (P.), Complicité, *J.-Cl. Pénal*, art. 121-6 et 121-7, 11-1993, 22 pages.
23. - X..., Contrainte par corps, *Pratique des parquets* (Juris-Classeurs), 1-1994, 12 pages.
24. - X..., Réhabilitation. Généralités, *Pratique des parquets* (Juris-Classeurs), 1-1994, 2 pages ; Réhabilitation légale, *Pratique des parquets* (Juris-Classeurs), 1-1994, 6 pages.
25. - Actualité. Réflexions sur la peine perpétuelle, *Lettre de l'APM* (Assoc. professionnelle des magistrats), 1993, oct-déc., p. 3-6.
26. - Code pénal année zéro, *Lettre de l'APM*, 1994, janv.-mars, p. 5-7.
V. aussi, *infra*, n° 139.

III. - PROCÉDURE PÉNALE

27. - ANGEVIN (H.), Contumace, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 627 à 641, 9-1993, 13 pages.
28. - ANGEVIN (H.), Chambre d'accusation, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 191 à 230, fasc. 20, 1-1994, 22 pages ; fasc. 30, 1-1994, 16 pages ; fasc. 40, 1-1994, 24 pages ; fasc. 50, 1-1994, 22 pages.
29. - ANGEVIN (H.), Cour d'assises. Formulaire de questions (nouveau Code pénal), *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 347 à 354, 1-1994, 20 pages.
30. - AZIBERT (G.), Réformes de la procédure pénale. Présentation générale des lois du 16 décembre 1992 et du 4 janvier 1993, *J.-Cl. Procédure pénale*, 6-1993, 8 pages.
31. - BOULOC (B.), La réforme de la réforme du Code de procédure pénale, *Rev. pénit.*, 1994, p. 14-39, (la future L. 24 août 1993).
32. - BROCHOT-DENYS (A.), La médiation pénale : une réponse proche du citoyen, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 52 et 53.

33. - BUISSON (J.), Force publique, *Répert. Dalloz dr. pénal*, 1994, janv., 14 pages.
34. - CHAMPAUD (C.), La 20^e heure, *Vie jud.*, 1993, 1-7 nov., p. 2.
35. - DREYFUS (M.), L'aide aux victimes : de la commiseration à la médiation, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, avr.-juin, p. 58-60.
36. - DUMONT (J.), Mandats, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 122 à 136, 1-1994, 26 pages.
37. - GARAY (A.), et GONI (P.), L'exclusion de la mention d'une condamnation du bulletin n° 2 du casier judiciaire, *Petites affiches*, 1993, 1^{er} sept., p. 12-16.
38. - GUILLAUME (N.), Expérience de médiation pénale au tribunal de grande instance de Créteil, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 54.
39. - MAILLARD (J. de), Note sous Orléans, 6 mai 1993, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 60-62 (prolongation d'une garde à vue sans présentation de l'intéressé : notion de circonstance exceptionnelle).
40. - MARON (A.), Mémoires et conclusions, *Dr. pénal*, 1993, déc., p. 1 et 2 ; 1994, janv., p. 1-3.
41. - MOINARD (M.), Le traitement en temps réel des procédures pénales, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 49-51.
42. - MONNET (Y.), Pourvoi en cassation. Arrêts rendus par la Cour de cassation (art. 605 à 619). Arrêts autres que les arrêts de cassation, *J.-Cl. Procédure pénale*, 9-1993, 14 pages.
43. - MONTREUIL (J.), Camping, caravannage, habitations légères de loisirs, *J.-Cl. Pénal annexes*, 9-1993, 19 pages.
44. - ROBERT (J.-H.), L'exercice par mandataire de l'action civile devant les juridictions répressives, *Dr. pénal*, 1993, juill., p. 1 et 2.
45. - ROBERT (P.) et TOURNIER (P.), La détention provisoire, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, avr.-juin, p. 13-16.
46. - RUDOLPH (L.), La départementalisation de la police, *Rev. adm.*, 1993, p. 282 et 283.
47. - WATIN-AUGOUARD (M.), Polices municipales : la fin des incertitudes ?, *Droit et défense*, 1994, n° 1, p. 58-62.
48. - X..., Contumace, *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1994, 7 pages.
49. - X..., Cours d'assises. Guide schématique de l'audience, *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1994, 24 pages.
50. - X..., Détention provisoire et mise en liberté, *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1994, 28 pages.
51. - X..., Tribunal correctionnel. Difficultés pouvant survenir en cours d'instance, *Pratique des parquets* (Juris-classeurs), 1-1994, 11 pages.
52. - La procédure pénale après la loi du 4 janvier 1993, *Rev. pénit.*, 1993, p. 327-346 (séance de travail dirigée par le président BRAUNSCHEWIG, avec *FORSTER, *RICARD ET J. PRADEL. Suivent, p. 346-384, de nombreuses interventions).
- V. aussi, *infra*, n° 102, 136, 146, 151, 152, 155.

IV. - DROIT PÉNAL SPÉCIAL

53. - BERTHIAU (P.), Discriminations raciales et autres, *J.-Cl. Pénal*, art. 225-1 à 225-4, 11-1993, 12 pages.

54. – BERTHIAU (P.), Discriminations raciales et autres par des personnes exerçant une fonction publique, *J.-Cl. Pénal*, art. 432-7, 11-1993, 7 pages.
55. – BORRICAND (J.), De quelques stratégies de réponse à la Mafia, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 57-59.
56. – BRESSON (J.-J. de), Radiodiffusion-télévision, *Répert. Dalloz dr. pénal*, 1993, nov., 26 pages.
57. – CHEVALLIER (J.-Y.), Le risque pénal encouru par le commerçant en difficulté, *Petites affiches*, 1994, 12 janv., p. 16-19.
58. – CULIÉ (P.), Menaces, *J.-Cl. Pénal*, art. 222-17 et 222-18, 11-1993, 12 pages.
59. – CULIÉ (P.), Extorsion. Chantage, *J.-Cl. Pénal*, art. 312-1 à 312-15, 11-1993, 14 pages.
60. – DREYFUS-NETTER (F.), Délaissement de mineur, *J.-Cl. Pénal*, art. 227-1 et 227-2, 11-1993, 7 pages.
61. – DUMONT (J.), Atteintes involontaires à la vie, *J.-Cl. Pénal*, art. 221-6 et 221-7, 11-1993, 35 pages.
62. – DUMONT (J.), Atteintes involontaires à l'intégrité de la personne, *J.-Cl. Pénal*, art. 222-19 à 222-21, 11-1993, 10 pages.
63. – DUMONT (J.), Risques causés à autrui, *J.-Cl. Pénal*, art. 223-1 et 223-2, 11-1993, 9 pages.
64. – DUMONT (J.), Contraventions contre les personnes (Deuxième classe). Atteintes involontaires à l'intégrité de la personne sans incapacité de travail, *J.-Cl. Pénal*, art. R. 622-1, 11-1993, 3 pages ; (Cinquième classe). Atteintes involontaires à l'intégrité de la personne, *J.-Cl. Pénal*, art. R. 625-2 à R. 625-6, 11-1993, 7 pages.
65. – FORTIS (E.), Sur les incidences de la réforme du Code pénal sur le droit du travail, *Dr. soc.*, 1993, p. 884-895.
66. – GUILBOT (M.), La répression de la conduite sous influence de l'alcool : une évolution historique complexe, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, avr.-juin, p. 48-52.
67. – HARREMOES (E.), Conférence du Conseil de l'Europe sur le blanchiment des capitaux, Strasbourg, 28-30 septembre 1992. Conclusions formulées à l'occasion de la clôture de la Conférence, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 280-284.
68. – HUE (G.), Le travail clandestin, dix ans après..., *Dr. soc.*, 1993, p. 227-234.
69. – LAUR (R.), Sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux, *J.-Cl. Pénal*, art. 511-1 et 511-2, 11-1993, 21 pages.
70. – LAVAUD (J.), Le préfet, le juge et le permis à points. A propos des mesures restrictives du droit de conduire..., *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, avr.-juin, p. 27-30.
71. – MALIBERT (P.), Dénonciation calomnieuse, *J.-Cl. Pénal*, art. 226-10 à 226-12, 11-1993, 14 pages.
72. – MONTREUIL (J.), Attroupements, *Répert. Dalloz dr. pénal*, 1994, janv., 11 pages.
73. – MONTREUIL (J.), Manifestations, *Répert. Dalloz dr. pénal*, 1994, janv., 9 pages.
74. – MONTREUIL (J.), Réunions publiques, *Répert. Dalloz dr. pénal*, 1994, janv., 10 pages.
75. – PENNEAU (J.), Médecine. Auxiliaires médicaux, *J.-Cl. Pénal annexes*, fasc. 60, 9-1993, 22 pages.

76. – PUGNIÈRE (R.), Contraventions contre les personnes (Première classe). Diffamation et injure non publiques, *J.-Cl. Pénal*, art. R. 621-1 et R. 621-2, 11-1993, 24 pages.
 77. – VÉRON (M.), Bruits ou tapages injurieux ou nocturnes. De l'ancien au nouveau code pénal, *Dr. pénal*, 1993, nov., p. 1 et 2.
 78. – VITU (A.), Destructures, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, *J.-Cl. Pénal*, art. 322-1 à art. 322-4, 11-1993, 14 pages.
 79. – VITU (A.), Destructures, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, *J.-Cl. Pénal*, art. 322-5 à 322-11, 11-1993, 12 pages.
 80. – VITU (A.), Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, *J.-Cl. Pénal*, art. 432-11, 11-1993, 25 pages.
 81. – VITU (A.), Corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers, *J.-Cl. Pénal*, art. 433-1 et 433-2, 11-1993, 10 pages.
 82. – VITU (A.), Participation à une association de malfaiteurs, *J.-Cl. Pénal*, art. 450-1 à 450-3, 11-1993, 13 pages.
 83. – Dossier. La gendarmerie dans la lutte contre les stupéfiants, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, janv.-mars, p. 13-32 (noter particulièrement, p. 21 et 22, l'étude de P. MAZY, Drogue : doit-on dépénaliser ?).
- V. aussi, *infra*, n° 144.

V. – DÉLINQUANCE JUVÉNILE ET ASSISTANCE ÉDUCATIVE

84. – LAHALLE (A.), La justice des mineurs, *Inform. sociales*, n° 31, 1993, p. 78-88.
 85. – NIVOSE (L.-M.), La composition du tribunal pour enfants au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial. Rapport pour l'arrêt de la chambre criminelle du 7 avril 1993, *Dr. pénal*, 1993, juin, p. 1-4.
 86. – PETRIAT (P.), Justice des mineurs, justice mineure ?, *Lettre de l'APM* (Association professionnelle des magistrats), 1993, oct.-déc., p. 12 et 13.
 87. – X..., Mineurs-Mineurs délinquants, *Pratique des parquets* (Juris-Classeurs), 1-1994, 29 pages.
 88. – X..., Mineurs. Protection judiciaire du mineur, *Pratique des parquets*, 1-1994, 13 pages.
 89. – Le « dépaïsement » des jeunes délinquants, *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1993, oct., p. 12-14.
 90. – Prédélinquance : réalité ou mythe ?, *Messages du Secours catholique*, 1994, févr., p. 15-18.
- V. aussi, *supra*, n° 60.

VI. – DROIT PÉNAL MILITAIRE

91. – CAYET (T.), Les détachements prévotaux de circonsstance, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, juill.-sept., p. 46-48.
92. – GARAY (A.), Service national et témoins de Jéhovah, *Droit et défense*, 1993, n° 2, p. 62 et 63.

VII. – SCIENCE PÉNITENTIAIRE

93. – PEDRON (P.), Administration pénitentiaire : les limites d'une révolution tranquille, *Rev. pénit.*, 1994, p. 41-69.
94. – TIEVANT (S.), L'hôpital et la prison, *Inform. sociales*, n° 33, 1994, p. 100-102.
V. aussi, *supra*, n° 7, 12, 13.

VIII. – DROIT PÉNAL ÉTRANGER ET DROIT PÉNAL COMPARÉ

A. – Droit pénal étranger

1. Belgique
- V. *infra*, n° 121.
2. Canada
95. – JOFFRE (A.), Les crimes contre l'humanité dans le code criminel canadien, *RI crim. et pol. tech.*, 1993, p. 438-455.
96. – LEBEUF (M.-E.), Les perceptions du contrôle sur la police selon les policiers de la région de Montréal, *RI crim. et pol. tech.*, 1993, p. 465-491.
97. – NORMANDEAU (A.), Une perspective nouvelle sur la formation des policiers pour l'an 2000 (A propos d'un rapport d'étude canadien), *RI crim. et pol. tech.*, 1993, p. 492-499.
V. aussi, *infra*, n° 150.
3. États-Unis d'Amérique (USA)
98. – BOUCCARA (M.), Justice pénale made in USA, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, janv.-mars, p. 37-40.
4. Ukraine
99. – VASILISHYN (A.V.), La police en Ukraine, *Rev. intern. police crimin.*, 1993, juill.-août, p. 2-5.

B. – Droit pénal comparé

100. – GUYOT (N.), Le chèque en bois dans tous ses états... européens, *Banque*, 1993, janv., p. 24-27.

IX. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

101. – BORRICAND (J.), De quelques stratégies de réponses à la Mafia, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 57-59.
102. – COURCELLE-LABROUSSE (V.), La coopération policière transfrontalière, *Droit et défense*, 1994, n° 1, p. 51-58.
103. – COUV RAT (P.), Convention européenne des droits de l'homme et infractions routières, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, avr.-juin, p. 43-47.
104. – KOUASSI (K.B.), De la nécessaire actualisation de la répression internationale des crimes contre l'humanité », *Les petites affiches*, 1993, 20 août, p. 3-8.

105. – RUTLER (*), L'Europe de la libre circulation peut-elle devenir l'Europe de la sécurité? Un défi à relever, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, janv.-mars, p. 54-59.
106. – RUZIÉ (D.), Le Tribunal des Nations Unies chargé de juger les violations du droit humanitaire en Yougoslavie, *Droit et défense*, 1994, n° 1, p. 47-50.
- V. aussi, *infra*, n°s 165, 167.

X. – CRIMINOLOGIE

107. – AGRAPART-DELMAS (M.), Victime : sa psychologie et ses attentes, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 26-28.
108. – BEDOU (J.-P.), Le conditionnement social créateur de délinquants, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 21 et 22.
109. – BORRICAND (J.), La notion de prévention de la délinquance en milieu urbain, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 409-418.
110. – BROCHU (S.), L'état des connaissances scientifiques concernant la relation drogue-crime, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 309-316.
111. – CUSSON (M.), Quelques principes d'une action stratégique en criminologie appliquée, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, juill.-sept., p. 56-58.
112. – CUSSON (M.), Le virage stratégique en criminologie appliquée, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 295-308.
113. – DATTA (S.K.), Le crime organisé en Inde, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, juill.-août, p. 14-17.
114. – DUHAMEL (L.), La corruption en Sibérie sous le régime soviétique (1975-1991), *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 425-437.
115. – GÖNCZÖL (K.), La peur du crime, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 394-408.
116. – IQBAL HUSSAIN RIZVI, Le trafic de drogue au Moyen-Orient, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, juill.-août, p. 18-23.
117. – KOUDOU (O.), Pratiques éducatives parentales et identité négative chez les adolescents inadaptés sociaux en Côte d'Ivoire, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 345-358.
118. – LAGRANGE (H.), Formes de sociabilité, insécurité et sentiment d'insécurité, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 15-20.
119. – LAMONTAGNE (Y.) et LACERTE-LAMONTAGNE (C.), Le vol à l'étalage : aspects psychosociaux, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 317-320.
120. – MARTINEZ (H.), Flux de prostitution, organisation des « euro-criminels » et ripostes policières, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, juill.-sept., p. 51-55.
121. – MARY (P.), Changements socio-politiques et réinsertion sociale des détenus en Belgique, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 419-424.
122. – MESSIAS (B.), La drogue : vraies et fausses solutions, *Lettre de l'APM* (Association professionnelle des magistrats), 1994, janv.-mars, p. 18-20.
123. – OUIMET (M.) et LEBLANC (M.), Événements de vie et continuation de la carrière criminelle au cours de la jeunesse, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 321-344.
124. – SHKĚMBT (H.), La vendetta en Albanie. Recrudescence actuelle des actes de vengeance sanglants, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 285-294.

125. – SUSINI (Jean), La prévention du crime, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, juill.-sept., p. 59-61.
126. – TULARD (J.) et THUILLIER (G.), Administration et corruption, *Rev. adm.*, 1993, p. 111-113.
127. – VIÉ (J.-E.), A propos de sécurité, *Rev. adm.*, 1993, p. 52 et 53.
128. – ZAUBERMANN (R.), L'enquête de victimation, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 23-25.
V. aussi, *infra*, n° 129, 169.

XI. – MÉDECINE LÉGALE ET MÉDECINE MENTALE

A. – Médecine légale

V. *infra*, n° 132.

B. – Médecine mentale

129. – BOUCHARD (J.-P.), Les malades mentaux dangereux, délinquants et criminels en service psychiatrique de sûreté, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 11-13.

XII. – POLICE SCIENTIFIQUE ET POLICE TECHNIQUE

A. – Police scientifique

130. – BUQUET (A.) et PASCAL (O.), Identification d'un individu par la colle des timbres ou des enveloppes, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, sept.-oct., p. 27-33.
131. – EVERETT (I.W.), L'interprétation de la preuve, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, sept.-oct., p. 12-17.
132. – KEARNEY (J.J.), Les progrès de la recherche médico-légale sur le sang depuis 1989, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, sept.-oct., p. 18-26.

B. – Police technique

133. – BOON (K.), La fonction d'enquête dans le secteur privé. Développements et conséquences pour les polices publiques, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, juill.-août, p. 24-36.
134. – MORVAN (P.), L'action du policier face à l'auteur du flagrant délit, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 359-375.
135. – Dossier. La gendarmerie dans la lutte contre les stupéfiants, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, janv.-mars, p. 13-32 (noter particulièrement, p. 21 et 22, l'étude P. MAZY, Drogue : doit-on dépénaliser ?).

XIII. – VARIA

A. – Etudes

136. – BARTHOLOMET (L.), Les sentiments d'insécurité d'un procureur, *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1994, janv., p. 22 et 23.
137. – BEAUD (O.), Propos inactuels sur le droit d'asile : asile et théorie générale de l'Etat, *Petites affiches*, 1993, 13 oct., p. 16-21.

138. – CHALUMEAU (E.), La police de proximité en France et à l'étranger : un concept opérationnel ? *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 45-47.
139. – DELCAMBRE (G.), L'émission « Jury d'honneur » sur la perpétuité réelle. Chronique d'une opération de désinformation, *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1994, janv., p. 18 et 19.
140. – DIEU (F.), Maintien de l'ordre et Gendarmerie nationale, *Droit et défense*, 1993, n° 2, p. 17-26.
141. – DIEU (F.), Le légalisme, valeur fondamentale de l'action des gendarmes, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, juill.-sept., p. 5-8.
142. – FAGET (J.), La Justice buissonnière, *Inform. sociales*, n° 31, 1993, p. 66-77.
143. – FRÉLAUT (D.), Le rapport annuel de la CNIL. Concilier l'intérêt de la personne et celui de la société, *Vie jud.*, 1993, 5-11 juill., p. 1 et 3.
144. – GRIGNON DUMOULIN (J.), Il y a 100 ans, Paris perdait ses grandes arènes. Corridas « à l'espagnole » et loi française, *Vie jud.*, 1993, 11-17 oct., p. 5.
145. – JONCOUR (P.), La sécurité : une nouvelle dimension pour l'entreprise de transports publics. La RATP, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 40-44.
146. – MARTIN (G.J.), L'environnement, *Inform. sociales*, n° 31, 1993, p. 124-132.
147. – MONET (J.-C.), La nécessaire adaptation de la police dans les démocraties occidentales, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, sept.-oct., p. 2-11.
148. – NORMAND (B.), Domaine public ou domaine privé militaire : le cas des casernes de gendarmerie, *Droit et défense*, 1994, n° 1, p. 41 et 42.
149. – NORMAND (R.), Les aventures de la Joconde, *Vie jud.*, 1993, 10-16 mai, p. 5.
150. – NORMANDEAU (A.) et LEIGHTON (B.), Les ressources stratégiques dans la police. Une vision canadienne, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, juill.-août, p. 6-13.
151. – RUDOLPH (L.), « L 627 » : une police à refaire, *Rev. adm.*, 1993, p. 94 et 95 (à partir du film de Bertrand Tavernier).
152. – RUDOLPH (L.), L'histoire bégaye, la police aussi..., *Rev. adm.*, 1993, p. 520 et 521.
153. – SARDET (J.-F.), Informatique, libertés individuelles et défense de la société, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 6-10.
154. – VERDANT (M.), Saint-Louis et la justice, *Vie jud.*, 1993, 14-20 juin, p. 7.
155. – VOGELWEITH (A.) et JACQUIN (P.), Des juges en liberté très surveillée. Le contrôle du pouvoir sur l'instruction par l'encadrement des moyens des juges, *Justice* (Syndicat de la magistrature), 1994, janv., p. 3, 4, 6-9.
156. – WATIN-AUGOUARD (M.), Missions de police et statut militaire, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, janv.-mars, p. 2-6.
157. – WATIN-AUGOUARD (M.), Gendarmerie et République, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, juill.-sept., p. 64 et 65.
158. – WATIN-ANGOUARD (M.), La proximité : un défi pour la Gendarmerie, *La Revue de la Gendarmerie nationale*, 1993, oct.-déc., p. 32-36 (aussi *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 456-464).
159. – L'Etat de droit au quotidien. Le cas du droit des étrangers, *Petites affiches*, 1993, 24 nov., p. 31-49.

B. – Affaires criminelles

160. – FERRARI (M.), Autour des peintures de Vermeer. Le procès d'un faussaire, *Vie jud.*, 1993, 31 mai-6 juin, p. 5.
161. – GRIGNON DUMOULIN (J.), Il y a 60 ans : l'affaire Stavisky, *Vie jud.*, 1993, 30 août-5 sept., p. 5.
162. – GRIGNON DUMOULIN (J.), Procès Villemin, *Vie jud.*, 1993, 8-14 nov., p. 4.
163. – NORMAND (R.), Le fiancé de la guillotine, *Vie jud.*, 1993, 9-15 août, p. 5 (L'affaire Lacenaire).

C. – Biographies

164. – BOLLE (P.-H.), Hommage à Fernand Boulan (1939-1993), *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 500 et 501.
165. – FIJNAUT (C.), Florent Louwage, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, sept.-oct., p. 34-36 (« l'un des principaux artisans de la renaissance d'Interpol après la Deuxième Guerre mondiale »).
166. – MARC (G.), Le président Dutheillet-Lamonthézie, *Rev. pénit.*, 1994, p. 9-13.

D. – Congrès et autres rencontres

167. – CAMERON-WALLERS (S.), La 22^e Conférence régionale européenne (d'Interpol), *RI crim. et pol. techn.*, 1993, juill.-août, p. 37-40.
168. – HARREMOES (E.), Conférence du Conseil de l'Europe sur le blanchiment des capitaux, Strasbourg, 28-30 septembre 1992. Conclusions formulées à l'occasion de la clôture de la Conférence, *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 280-284.
169. – PICCA (G.), Le XI^e Congrès national de la Société internationale de criminologie », *RI crim. et pol. techn.*, 1993, p. 391-393.

E. – Curiosités

170. – PRADE (C.), Le Musée pénitentiaire, *Rev. pénit.*, 1994, p. 71-73.

C. – OUVRAGES REÇUS *

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

Politique criminelle et théorie générale du droit

Verso un'Europa dei diritti dell'uomo. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, traduction en italien de l'ouvrage *Raisonnement la raison d'Etat* (Paris, Presses Universitaires de France, 1989), Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 355 pages.

* Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

BROCHU (Serge), DELMAS SAINT-HILAIRE (Jean-Pierre), PICCA (Georges), RASSAT (Marie-Laure), SYR (Jean-Hervé), BORRICAND (Jacques), *Problèmes actuels de science criminelle*, volume VII, Aix-en-Provence, Université de droit, d'économie et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de sciences pénales et de criminologie, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, 125 pages.

Justice in Error, publié par Clive WALKER et Keir STARMER, Londres, Blackstone Press Limited, 1993, 257 pages.

WASEK (Andrzej), *Wprowadzenie do belgijskiego prawa karnego*, Lublin, Redakcja Wydawnictw Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1994, 136 pages.

The Laws of the People's Republic of China, 1979-1982, compiled by the Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China, Beijing, Foreign Languages Press, 1987, 431 pages.

The Laws of the People's Republic of China, 1983-1986, compiled by the Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China, Beijing, Foreign Languages Press, 1987, 360 pages.

The Laws of the People's Republic of China, 1987-1989, compiled by the Legislative Affairs Commission of the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China, Beijing, Science Press, 1990, 361 pages.

PRADEL (Jean), VARINARD (André), *Les grands arrêts du droit criminel*, 3^e édition, tome I, *Les sources du droit pénal. L'infraction*, tome II, *Le procès. La sanction*, Paris, Editions Sirey, 1992, 502 et 353 pages.

La légalité : un principe à géométrie variable, publié par Charles-Albert MORAND, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Faculté de droit de Genève, 1992, 165 pages.

Droits de l'homme

La personne humaine, sujet de droit. Quatrièmes journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), Paris, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, tome 24, 1994, 232 pages.

Université de la Laguna. La réforme des institutions internationales de protection des droits de l'homme. Premier Colloque international sur les droits de l'homme, La Laguna, Ténérife, 1^{er}-4 novembre 1992, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 1993, 453 pages.

The Bill of Rights in Modern America After 200 Years, publié par David J. BODENHAMER et James W. ELY Jr., Bloomington et Indianapolis, Indiana University Press, 1993, 246 pages.

Médiateur de la République. Rapport au Président de la République et au Parlement, 1993, Paris, Imprimerie Nationale, 1993, 264 pages.

BAILEY (S.H.), HARRIS (D.J.), JONES (B.L.), *Civil Liberties : Cases and Materials*, 3^e édition, Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1991, 863 pages.

Droit constitutionnel

MALAIZE (Patrick), *De la Haute Cour de justice à la Cour de justice de la République. Dictionnaire à usage du citoyen*. Préface de Bernard BOULOC, Lyon, Les Editions Juris Service, 1993, 123 pages.

Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Faculté de droit de Genève, 1991, 475 pages.

Histoire du droit pénal

McKNIGHT (Brian E.), *Law and Order in Sung China*, Cambridge University Press, 1992, 557 pages.

FORD WILTSHIRE (Susan), *Greece, Rome, and the Bill of Rights*, Norman et Londres, University of Oklahoma Press, 1992, 247 pages.

DUGAN (Mark) et BOESSENECKER (John), *The Grey Fox. The True Story of Bill Miner, Last of the Old-Times Bandits*, Norman et Londres, University of Oklahoma Press, 1992, 260 pages.

Codice penale per gli Stati di S.M. Il Re di Sardegna (1839) (Ristampa anastatica), présenté par Sergio VINCIGUERRA et Mario da PASSANO, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, L + 244 pages.

PRATT (John), *Punishment in a Perfect Society. The New Zealand Penal System 1840-1939*, Wellington, Victoria University Press, 1992, 288 pages.

RAWLINGS (Philip), *Drunks, Whores and Idle Apprentices. Criminal Biographies of the Eighteenth Century*, Londres et New York, Routledge, 1992, 224 pages.

Droit pénal général

DUBOIS (Alain), *Code criminel annoté et lois connexes - 1994*. Annotations par Alain DUBOIS et Philip SCHNEIDER, Cowansville (Qué.), Les Editions Yvon Blais Inc., 1993, 1382 pages.

PRADEL (Jean), *Droit pénal général*, 9^e édition à jour au 15 mars 1994, Paris, Editions Cujas, 1994, 875 pages.

Codice penale e leggi complementari, nouvelle édition, publié par Vincenzo PATALANO, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1992, 936 pages.

JASON-LLOYD (Leonard), *The Criminal Justice Acts. The Criminal Justice Act 1991 as amended by the Criminal Justice Act 1993. A Basic Guide*. Huntingdon (G.B.), ELM Publications, 1993, feuillets mobiles.

SMITH (John C.), HOGAN (Brian), *Criminal Law. Cases and Materials*, 5^e édition, Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1993, 676 pages.

GRANDE (Elisabetta), *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, 332 pages.

Droit pénal spécial

LIBSTER (Mauricio), *Delitos ecologicos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, 311 pages.

ZANOBINI (Luciano), *Codice della legge penale speciale annotato con la giurisprudenza della Corte costituzionale, della cassazione e di giurisdizioni di merito... a cura di Mario CORBETTA et Luigi FENIZIA. Primo aggiornamento 1993*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1445 pages.

- MANTOVANI (Ferrando), *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio. Appendice di aggiornamento sui reati di truffa, di usura, di riciclaggio e di impiego di capitali di illecita provenienza* (L. n. 55/1990, L. n. 356/1992), Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 14 pages.
- RICCIOTTI (Romano), RICCIOTTI (Maria Maddalena), *Gli stupefacenti. Commento del T.U. 9 ottobre 1990 n. 309. Giurisprudenza, decreti ministeriali, tabelle, relazioni parlamentari*, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1993, 335 pages, + *Aggiornamenti* (N. 1), 1994, 15 pages.

Justice militaire

- VENDITTI (Rodolfo), *Il processo penale militare e il nuovo Codice di procedura penale*, 3^e édition, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 144 pages.
- HAUSER (Peter), *Disziplinarstrafordnung. Das militärische Disziplinarstrafrecht. Mit 30 praktischen Beispielen, wie Fälle rechtlich zu erledigen sind*, 3^e édition complètement renouvelée et élargie, Frauenfeld, Huber & Co. AG, Verlag Zeitschriften, 1991, 277 pages.

Droit médical et bioéthique

- Unione giuristi cattolici italiani. Problemi giuridici della biomedicina* (Atti del XXXVIII Convegno nazionale di studio, Roma, 4-6 dicembre 1987), par Francesco DONATO BUSNELLI, Piero PAJARDI, Giorgio BERTI, Rinaldo BERTOLINO, Mario TIENGO, Tiziana NEGRI, Marco SINISCALCO, Francesco D'AGOSTINO, Milan, Editrice Giuffrè, Quaderni di Iustitia n° 38, 1989, 214 pages.
- WESTERHÄLL (Lotta), *An Introduction to Medical Malpractice Law in the United States and Sweden. The Rights of Patients*, Stockholm, Norstedts Juridik, 1992, 146 pages.

Procédure pénale

- SERVAIS et MECHELYNCK, *Le Code judiciaire mis à jour au 1^{er} janvier 1993*. Extrait du Tome Premier des Codes belges, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 1993, p. 185-320, + *Supplément mettant le texte à jour jusqu'au 15 mars 1993*, 1993, 15 pages.
- COMMISSION POUR LE DROIT DE LA PROCEDURE PENALE - 1994. 1 - *Rapport de la Commission*, 2 - *Avant-projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*; 3 - *Enquête dans les milieux judiciaires*. COMMISSIE STRAFPROCESRECHT - 1994. 1 - *Verslag van de Commissie*; 2 - *Voorontwerp van wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporings- en gerechtelijk onderzoek*; 3 - *Onderzoek in de gerechtelijke kringen*, Liège, Editions Maklu, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1994, 194 pages.
- Code de procédure pénale 1994*, 7^e édition réalisée par André BRAUNSCHWEIG et Gilbert AZIBERT, Paris, Editions Litec, 1994, 1259 pages.
- CHIAVARIO (Mario), *Procedura penale. Un codice tra « storia » e cronaca*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1994, 197 pages.
- KEANE (Adrian), *The Modern Law of Evidence*, 3^e édition, Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1994, 550 pages.
- PIQUEREZ (Gérard), *Précis de procédure pénale suisse*, 2^e édition revue et complétée, Lausanne, Editions Payot, 1994, 607 pages.

MEISTER (Frank), *L'autorité de poursuite et le classement pour des raisons d'opportunité en procédure pénale. Etude des droits français, allemand et suisse (droit fédéral et droit vaudois)*, thèse, Tolochenaz, Imprimerie Chabloz S.A., 1993, 507 pages.

Droit pénal international et droit communautaire

OSCHINSKY (Susanne) et JENARD (Paul), *L'espace juridique et judiciaire européen. Examen de 250 conventions*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 1993, 860 pages.

CAMERON (Iain), *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Aldershot, Brookfield (USA), Hong Kong, Singapour, Sydney, Dartmouth Publishing Company Limited, 1994, 395 pages.

SCHABAS (William A.), *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993, 384 pages.

HERZOG (Thomas), *Terrorismus. Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung*, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris, Peter Lang, 1991, 488 pages.

International Conventions on Protection of Humanity and Environment, publié par Günter HOOG et Angela STEINMETZ, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1993, 628 pages.

Manual for National Implementation of the Chemical Weapons Convention, préparé par Barry KELLMAN, Edward A. TANZMAN, David S. GUALTIERI, S. William GRIMES, s.v., Committee of Legal Experts on National Implementation of the Chemical Weapons Convention, déc. 1993, 149 pages.

Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992, Actes du Colloque de Montpellier, février 1993, organisé conjointement par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH) de l'Université Montpellier I et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Montpellier avec le soutien de la Région Languedoc-Roussillon, sous la direction de Frédéric SUDRE, Kehl, Strasbourg, Arlington, Editions N.P. Engel, 1994, 315 pages.

La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de 1992 (présentation, commentaires et débats), sous la direction de Paul TAVERNIER, Actes de la Session d'information sur « La France et la Cour européenne des droits de l'homme. Les arrêts rendus en 1992 » tenue à la Faculté de droit de l'Université de Rouen le 31 mars 1993, Université de Rouen, Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion, Cahiers du Centre de recherches et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CREDHO), n° 1, 1994, 134 pages.

PISANI (Mario), MOSCONI (Franco), *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 2^e édition, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1066 pages.

Enfance et adolescence

BERNARD (Thomas J.), *The Cycle of Juvenile Justice*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, 195 pages.

RENUCCI (Jean-François), *Droit pénal des mineurs*, Paris, Milan, Barcelone, Masson, 1994, 237 pages.

Pénologie et exécution des peines

- La condition juridique du détenu*, sous la direction de Jean PRADEL, Paris, Editions Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, 1993, 316 pages.
- FAVARD (Jean), *Les prisons. Un exposé pour comprendre. Un essai pour réfléchir*, Paris, Flammarion, 1994, 126 pages.
- CATELANI (Giulio), *Manuale dell'esecuzione penale*, 3^e édition, Milan, Giuffrè Editore, 1993, 696 pages.
- LIEBLING (Alison), *Suicides in Prison*, Londres et New York, Routledge, 1992, 273 pages.

Criminologie

- LARGUIER (Jean), *Criminologie et science pénitentiaire*, 6^e édition, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1989, 130 pages.
- LOMBARD (Françoise), GODEFROY (Thierry), LAFFARGUE (Bernard), *Les coûts du crime. Prévention et répression. Une approche locale*, 2 tomes, Paris, Ministère de la Justice, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP), Etudes et données pénales n° 68, 1993, 134 et 63 pages.
- CHRISTIE (Nils), *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style?*, Londres et New York, Routledge, 1993, 192 pages.
- Crime in Europe*, publié par Frances HEIDENSOHN et Martin FARRELL, Londres et New York, Routledge, 1993, 226 pages.
- ROTH (Siegward), *Die Kriminalität der Braven*, Munich, Verlag C.H. Beck, 1991, 164 pages.
- Forum européen pour la sécurité urbaine. Sécurité et démocratie. Collège analytique de la sécurité urbaine. Rapport 1993. Analytical College on Urban Safety. Security and Democracy. Analytical College on Urban Safety. 1993 Report*, s.v., Forum européen pour la sécurité urbaine, avec le soutien de l'Union européenne, s.d., 214 pages en français, 199 pages en anglais.
- MORRIS (Lydia), *Dangerous Classes. The Underclass and Social Citizenship*, Londres et New York, Routledge, 1994, 177 pages.
- HUSAK (Douglas N.), *Drugs and Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 312 pages.
- Coping with Corruption in a Borderless World. Proceedings of the Fifth International Anti-Corruption Conference*, publié par Maurice PUNCH, Emile KOLTHOFF, Kees van der VIJVER, Bram van VLIET, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Arnhem, Gouda Quint bv, 1993, 172 pages.
- WING LO (T.), *Corruption and Politics in Hong Kong and China*, Buckingham (MK), Philadelphie, Open University Press, 1993, 178 pages.
- EIJKEN (A.W.M.), WAARD (J.J. de), *Autodiefstal. Omvang, spreiding, achtergronden en preventie*, La Haye, Ministerie van Justitie, Directie Criminaliteitspreventie, Stafafdeling Informatievoorziening, 1994, 72 pages.
- ARCAND (Bernard), *Le jaguar et le tamanoir. Anthropologie de la pornographie*, Montréal, Les Editions du Boréal, 1991, 397 pages.
- MOUTIN (Pierre), SCHWEITZER (Marc), *Les crimes contre l'humanité. Du silence à la parole. Etudes cliniques*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, Fondation pour la mémoire de la déportation, 1994, 128 pages.

NASR (Philomène), *Crimes contre l'humanité et droit d'ingérence*, Kaslik (Liban), Publications de l'Université Saint-Esprit, Faculté de droit Jbeil-Byblos, 1994, 174 pages.

Police

GLEIZAL (Jean-Jacques), GATTI-DOMENACH (Jacqueline), JOURNES (Claude), *La police. Le cas des démocraties occidentales*, Paris, Presses Universitaires de France, Thémis Droit public, 1993, 390 pages.

FOGEL (David), *Policing in Central and Eastern Europe. Report on a Study Tour*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Publication Series No. 23, 189 pages.

LA MONICA (Mario), MARINI (Giuliano), MAZZA (Leonardo), RIONDATO (Silvio), *Manuale del diritto di polizia*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 621 pages.

Varia

Livre blanc des Assises nationales de la recherche juridique, sous la direction de Brigitte STERN, organisées par la Direction de la recherche et des études doctorales du ministère de l'Education nationale en association avec le ministère de la Justice et le CNRS, sous le haut patronage de M. le Ministre d'Etat chargé de l'Education nationale, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, 220 pages.

Erratum

Une erreur a été faite dans le texte de M. Massimo Vogliotti : « Règles probatoires et intime conviction sur la balance de la Cour constitutionnelle italienne » (cette *Revue*, n° 2, p. 413, dernier paragraphe).

En effet, il faut lire à la place de la première phrase du dernier paragraphe : « Il faut enfin remarquer qu'aussi bien la Cour constitutionnelle que la législation d'urgence ont montré avoir eu foi dans la capacité des juges de bien apprécier les informations dont ils ont eu connaissance pendant la phase des débats. »

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser cette erreur.

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Président de Chambre à la Cour d'appel de Bordeaux. – **J.-M. AUSSEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. – **J. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. – **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. – **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **A. CHAVANNE**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président de l'Association française de droit pénal. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **P. DARBEDA**, Magistrat au ministère de la Justice. – **A. DECOCO**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **B. 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 aux Barreaux de Paris et de Bruxelles. – **J. FRANCILO**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris XI-Sceaux. – **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **G. GIUDICELLI-DELAGE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Secrétaire général de l'Association française de criminologie. – **J.-J. GLEIZAL**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble. – **P. GRAPIN**, Directeur de recherche honoraire au C.N.R.S. – **M. JEOL**, Avocat général à la Cour de cassation. – **L. JOSEPH**, Vice-Président honoraire du Tribunal de grande instance de Paris. – **R. KOERING-JOULIN**, Professeur à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Secrétaire général adjoint de l'Association française de droit pénal. – **J. LAFON**, Médecin-chef au Centre psychiatrique Sainte-Anne, Expert près les tribunaux. – **Ch. LAZERGES**, Professeur à l'Université de Montpellier I, Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.). – **A. LAINGUI**, Professeur à la Faculté des sciences juridiques de Rennes. – **M. LE CLERE**, Professeur à l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **G. LORHO**, Magistrat au Casier judiciaire national. – **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. – **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. – **M. MARCUS**, Magistrat. – **J.-Cl. MARIN**, Premier substitut, Chef de la Section financière du Parquet de Paris. – **M. MASSÉ**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MONZEIN**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. – **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Directeur du Centre de sciences criminelles de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. – **F.-J. PANSIER**, Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny. – **C. PIERRE**, Conseiller à la Cour de cassation. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. – **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. – **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **Ch. SOULARD**, Magistrat, Directeur du Centre européen de la magistrature et des professions juridiques. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire du Centre de recherches de politique criminelle. – **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation.

COLLABORATEURS ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS

J. ANDENAES, Professeur honoraire à la Faculté de droit d'Oslo. – **Inkeri ANTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki.

Le Professeur **M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. - **M. Ch. BASSIUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. - **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. - **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. - **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général honoraire de la Cour de cassation (Italie), Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. - **A. BERISTAIN**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. - **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. - **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel. - **M. CHIAVARIO**, Professeur à l'Université de Turin.

F. CLERC, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. - **J. CORDOBA RODA**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, Directeur de l'Institut de criminologie. - **Eduardo CORREIA**, Professeur de droit pénal honoraire à la Faculté de droit de Coimbra. - **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.

C. DEBUYST, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. - **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. - **I. DRAPKIN**, Professeur (E.R.) de l'Université hébraïque de Jérusalem. - **M. DRISSI ALAMI**, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. - **J. DUPREEL**, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.

Chr. J. ENSCHEDE, Professeur honoraire de l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).

J. de FIGUEIREDO DIAS, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coimbra.

K.-H. GOSSEL, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.

J. HALL, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. - **J.-M. HÄUSSLING**, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits des jeunes. - **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. - **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.

H.-H. JESCHECK, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. - **H. JUNG**, Professeur à l'Université de Sarrebruck.

G. KELLENS, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. - **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.

Francisco P. LAPLAZA, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. - **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. - **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science.

F. H. Mc CLINTOCK, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. - **K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau. - **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. - **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice.

A. NELSON, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. - **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.

A. Edmundo OLIVEIRA, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazonie.

F. C. PALAZZO, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. - **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. - **G. D. PISAPIA**, Professeur émérite à l'Université de Milan. - **K. POKLEWSKI-KOZIELL**, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.

C. RACZ, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. - **Sir Leon RADZINOWICZ**, L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. - **L. RIBEIRO**, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. - **H. ROSTAD**, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. - **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.

H. SCHULER-SPRINGORUM, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. - **H. SCHULTZ**, Professeur émérite de l'Université de Berne. - **Louis B. SCHWARTZ**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. - **R. SCREVENS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. - **Sami SELÇUK**, Président de la 4^e chambre criminelle de la Cour de cassation de Turquie. - **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. - **A. SOROUR**, Président du Parlement égyptien, Professeur à l'Université du Caire. - **D. SPINELLIS**, Professeur à l'Université d'Athènes. - **Dr. G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Établissement de Herstedvester (Danemark). - **D. SZABO**, Professeur honoraire à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.

K. TIEDEMANN, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brisgau. - **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga. - **F. TULKENS**, Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, Président du Département de criminologie et de droit pénal.

G. VASSALLI, Professeur émérite à l'Université de Rome, Ministre de la Justice d'Italie, Juge à la Cour constitutionnelle. - **J. VERHAEGEN**, Professeur à l'Université de Louvain. - **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotéenne de Thessalonique.

K. WAABEN, Professeur à l'Université de Copenhague.

E. ZIELINSKA, Professeur à l'Université de Varsovie, Directeur de l'Institut de droit pénal.

CODE DES ASSURANCES

1994

La **première édition** du Code des assurances DALLOZ présente la codification officielle issue des décrets et d'un arrêté du 16 juillet 1976, rigoureusement à jour, au **30 avril 1994**, des quelque 200 modifications législatives et réglementaires intervenues depuis lors.

Claude J. Berr, professeur à l'Université de Grenoble, et Hubert Groutel, professeur à l'Université de Bordeaux, en ont rédigé les annotations de jurisprudence et de bibliographie, présentées selon des plans détaillés.

Pour compléter ce dispositif, l'appendice du code comprend notamment les statuts des agents généraux d'assurances, annotés par ces mêmes auteurs, et les dispositions essentielles du droit de la responsabilité civile dont la compréhension constitue le soubassement juridique de l'ensemble du droit des assurances.

1994, première édition, 858 p., 300 F. Codes Dalloz.

DALLOZ

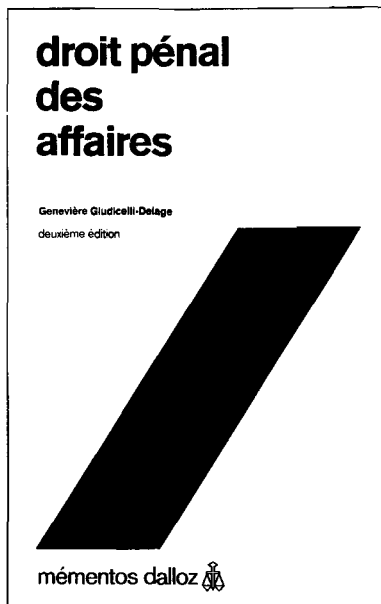
Droit pénal des affaires

L'expression « droit pénal des affaires » relève davantage de la commodité de langage que d'une réalité bien définie. Un ouvrage consacré au droit pénal des affaires doit donc nécessairement trancher entre divers partis, non sans quelque arbitraire.

Dans cet ouvrage, deux choix ont été faits. C'est, d'abord, une notion large des « affaires » qui a été retenue : le droit pénal des affaires s'entend, ici, comme droit pénal de l'entreprise. C'est, ensuite, une conception large du « droit pénal » qui a été adoptée. Alors que, souvent, l'étude est seulement de droit pénal spécial, elle recouvre aussi, en l'occurrence, le droit pénal général et la procédure pénale.

Geneviève Giudicelli-Delage est professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers.

2^e éd., 1994, 182 p., 82 F. Mémentos Dalloz.



DALLOZ