

SOMMAIRE DU N° 3-1995

DOCTRINE

Bernard BOULOC. – <i>Présomption d'innocence et droit pénal des affaires</i>	465
Stéphanie FOURNIER. – <i>Le nouveau code pénal et le droit de la complicité</i>	475

ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

Jacques KLUGER. – <i>L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel</i>	505
Jean-Bernard BOSQUET-DENIS. – <i>La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal</i>	531
François GIRAUD. – <i>Les actions civiles au tribunal correctionnel : conséquences civiles et répressives</i>	547

CHRONIQUES

A. – Chronique de jurisprudence :	
– Droit pénal général, par Bernard BOULOC	567
– Infractions contre les personnes, par Yves MAYAUD	575
– Infractions contre les biens, par Reynald OTTENHOF	582
– Infractions contre la chose publique, par Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE	586
– Infractions contre l'ordre économique et financier, par Jean-Claude FOURGOUX	595
– Infractions relevant du droit de l'information et de la communication, par Jacques FRANCILLON	599
– Procédure pénale, par Jean-Pierre DINTILHAC	606
B. – Chronique législative, par Bernard BOULOC	611
C. – Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines. – Droit commun pour les détenus, par Martine HERZOG-EVANS	621
D. – Chronique Internationale :	
I. – Droits de l'homme, par Louis-Edmond PETTITI	639
II. – Droit communautaire, par Christophe SOULARD	645
E. – Chronique de défense sociale. – Notice sur la vie et les travaux de Marc Ancel (1902-1990), par André NORMANDEAU	649

INFORMATIONS

I. – *Nécrologie : Thorsten Sellin (1896-1994)*, p. 659. – II. – *Congrès, Colloques, Séminaires : 50^e anniversaire de l'ordonnance du 2 février 1945. « Jeunesse délinquante, jeunesse en danger, une question de justice » (Paris, 1^{er} et 2 février 1995)*, p. 660. – *La présomption d'innocence (Paris, 4 mars 1995)*, p. 665. – *50^e Cours international de criminologie. La justice et les victimes (Mexico, 3-7 avril 1995)*, p. 667. – *Premier congrès mondial sur les nouvelles tendances dans le domaine de l'investigation criminelle et de la preuve (La Haye, 1^{er}-5 décembre 1995)*, p. 670. – *Association internationale de développement et d'action communautaire (AIDAC). « Démocratie et développement » (Louvain-la-Neuve, 22-26 janvier 1996)*, p. 670. – III. – *Recherche, enseignement : Processus pénal et mise en détention provisoire – Ecole des hautes études en sciences sociales et Service de la recherche du ministère de la Justice (Paris, novembre 1994)*, p. 671).

BIBLIOGRAPHIE

A. – <i>Notes bibliographiques</i>	675
B. – <i>Bibliographie des périodiques à caractère de langue française. Périodiques professionnels et assimilés</i>	693
C. – <i>Ouvrages reçus</i>	701

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



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

Le code de la propriété intellectuelle du 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.

Présomption d'innocence et droit pénal des affaires

Bernard BOULOC

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

Dans tout débat judiciaire, la question de la preuve est cardinale ¹. Si l'on peut avec des éléments non contestables et non contestés convaincre du bien-fondé de la thèse que l'on soutient, alors la partie sera gagnée, que l'on soit le délinquant ou la partie civile, le demandeur ou le défenseur. Il est vrai que la preuve n'est pas toujours aisée à apporter, car, hors le cas du flagrant délit qui se commet en présence du magistrat, du policier ou de très nombreux témoins, elle est rarement toute faite. Même l'aveu, que l'on a eu tendance à rechercher à tout prix, et qui sous sa forme mineure d'une reconnaissance spontanée des faits peut inciter le juge à la clémence, ou même faciliter parfois une procédure de médiation qui exclura toute mise en œuvre d'une poursuite, peut ne pas être satisfaisant. Car une reconnaissance peut être faite avec nuances ; mais l'on sait que, pour retenir ce que l'on souhaite, la règle de l'indivisibilité de l'aveu ne s'applique pas en matière pénale ².

Aussi bien, puisque les preuves sont rarement parfaites, on pourrait être tenté de se fier à son flair ou à des indices. Si mes revenus sont modestes et que je suis trouvé porteur d'un objet de valeur, n'aura-t-on pas tendance à penser que j'aurai volé cet objet ? N'en sera-t-il pas de même si j'ai un casier judiciaire important, car, à tort sans doute, on pourra penser que je suis l'auteur du dernier méfait commis. Bref, « qui a bu boira ».

Afin de lutter contre ce sentimentalisme de mauvais aloi, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 a posé une règle précise : toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Le même principe ressort clairement des Déclarations des droits de l'homme, des Nations Unies, de l'Europe ou du Pacte sur les droits civils et politiques. D'autres préciseront ce qu'implique cette présomption d'innocence que la loi du 4 janvier 1993 a tenu à renforcer. Selon l'article 9-1 du code civil, chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Etre présenté trop tôt comme coupable expose, en particulier, un journaliste ou l'éditeur d'un journal ou d'une revue, à une action en cessation de l'atteinte à la présomption d'innocence par la voie d'un référé spécifique per-

1. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, II, 4^e éd., n° 120 ; Stefani, Levasseur et Boulloc, *Procédure pénale*, 15^e, n° 27 et s. ; Pradel, *Procédure pénale*, 7^e éd., n° 249.

2. Art. 1356 c. civ. V. Crim. 17 juill. 1958, *Bull.* n° 554 ; Crim. 13 mai 1973, *Bull.* n° 123.

mettant même l'octroi de dommages-intérêts. En outre, cette même loi du 4 janvier 1993 a modifié les dispositions de la loi sur la presse, afin qu'il soit possible d'agir utilement, même sur la base du droit pénal, ce qui nous vaut les règles des articles 65-1 et 65-2 introduits dans la loi du 29 juillet 1881, l'ensemble ayant été fort bien décrit par mon collègue Auvret dans sa belle étude récente³.

Ceci étant, la présomption d'innocence, qui n'est plus une règle à qui l'on donne un coup de chapeau poli, a-t-elle des limites ? Apparemment non. Comme parfois cela nous est rappelé par la Cour de cassation, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu non plus pour nous de distinguer. Mais s'en tenir à cette solution serait avoir une vision un peu idyllique et donc irréaliste, car parfois, et notamment dans le droit pénal des affaires, il n'en est pas toujours ainsi.

Il arrive pour des raisons évidentes que le législateur s'écarte un peu de ce principe. On sait d'ailleurs que la présomption d'innocence avait fait l'objet d'attaques de la part des positivistes ; aussi bien Ferri que Tarde proposaient de l'écarter pour les criminels par tendance et pour les criminels professionnels⁴. Mais comme l'ont remarqué des esprits éminents⁵, comment savoir si telle personne entre, avec certitude, dans telle ou telle catégorie ? Quoi qu'il en soit, si notre droit a supprimé la présomption d'incorrigibilité attachée à la multirécidive, par suite de la suppression de la relégation et de la tutelle pénale, en revanche il admet certaines présomptions que, juridiquement, on dénomme favorables à l'accusation⁶.

Si on laisse de côté la présomption d'origine frauduleuse des fonds dont les mendiants et vagabonds étaient trouvés porteurs – puisque le vagabondage n'est plus une infraction – on peut relever que l'article 35 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 répute faite de mauvaise foi toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire. En matière douanière, l'article 418 du code des douanes répute avoir été introduites en contrebande les marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées à l'entrée ou fortement taxées ou soumises à des taxes de consommation intérieure, lorsque par exemple elles sont trouvées dans la zone terrestre du rayon des douanes sans être munies d'un acquit de paiement, passavant ou autre expédition valable pour la route qu'elles suivent et pour le temps où se fait le transport, sauf bien sûr si elles se dirigent vers le bureau des douanes, avec les documents prévus.

De même, les articles 399 et 400 du code des douanes réputent certaines personnes, intéressées à la fraude, comme celle qui achète ou détient des marchandises importées en contrebande ou sans déclaration, en quantité supérieure à celles des besoins de la consommation familiale.

Enfin, et sans vouloir épuiser la matière, on peut signaler la disposition de l'alinéa 3 de l'article 10-3 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 sur la Commission des opérations de bourse qui répute pénalement responsables les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale quand cette dernière aura réalisé des opérations paraissant être des opérations d'initiés. Sur cette question précise, la Chambre criminelle, par un arrêt du 15 mars 1993⁷ a censuré l'arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait relaxé le dirigeant de

3. Auvret, La présomption d'innocence, *JCP* 1994.I.3802.

4. Ferri, *Sociologie criminelle*, n° 73 ; Tarde, *La philosophie pénale*, p. 451.

5. Merle et Vitu, *op. cit.* II, n° 124.

6. Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, th. Nancy 1968 ; Merle et Vitu, *op. cit.*, II, n° 126.

7. *Rev. sociétés*, 1993, p. 847, *D.* 1993, p. 610, note Ducouloux-Favard.

droit au motif qu'aucun fait de participation délibérée au délit reproché n'était établi.

En outre, à ces présomptions légales, la jurisprudence a ajouté parfois des présomptions de fait. Ainsi, pour certains délits comme la contrefaçon ou la diffamation, dès l'instant que l'élément matériel est démontré, l'infraction existe *ipso facto*. Parfois, d'ailleurs, la Cour de cassation indique que l'élément moral se déduit des circonstances de fait car, si le procédé utilisé est complexe, on voit mal comment il n'a pas pu être mis au point par une personne consciente qui l'a voulu.

Il est clair que ces présomptions, légales ou jurisprudentielles, combattent très sérieusement la présomption d'innocence. Mais, comme cette dernière provient de textes ayant une valeur supérieure à la loi, n'est-il pas possible d'écarter de telles dispositions, et à défaut, comment en droit pénal des affaires peut-on lutter contre ces présomptions de culpabilité. Tels seront les deux points de mon exposé.

I. - PEUT-ON ÉLIMINER JURIDIQUEMENT LES TEXTES ÉDICTANT UNE PRÉSUMPTION DE CULPABILITÉ ?

La présomption d'innocence figure tant dans notre Déclaration interne des droits de l'homme que dans des textes de portée internationale. On pourrait donc songer à mettre en œuvre les recours éventuellement prévus pour le respect de ces déclarations. Mais l'on peut aussi s'adresser au juge qui, dans certaines situations, peut vérifier le respect de la hiérarchie des textes.

A. - En ce qui concerne les organes susceptibles de se prononcer sur l'atteinte à la présomption d'innocence, il est permis d'en citer deux : le Conseil constitutionnel, d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme d'autre part.

Le Conseil constitutionnel peut être amené à se prononcer sur la valeur d'un texte législatif, notamment à la suite d'un recours formé par soixante députés ou sénateurs. Il est, semble-t-il, rare qu'il soit amené à évoquer la présomption d'innocence. Néanmoins, il y a été fait allusion dans sa fameuse décision des 19-20 janvier 1981 relative à la loi Sécurité et Liberté⁸. Examinant la valeur de la saisine directe, devenue par la suite la procédure de la comparution immédiate, le Haut Conseil observe que le recours non pertinent du parquet à l'une des procédures de saisine directe aurait nécessairement pour conséquence, en raison de la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu, soit la relaxe de celui-ci, soit la décision du juge de jugement de procéder à un supplément d'information, et que le juge de jugement doit statuer sur la culpabilité du prévenu toujours présumé innocent, selon des règles de forme et de fond identiques, de sorte que la procédure de saisine directe n'est pas contraire aux droits de la défense ou à l'égalité devant la justice⁹.

On le voit, la question de la validité d'une loi qui heurterait la présomption d'innocence n'a pas été pleinement abordée. Le jour où un simple citoyen

8. J.O. 21 janv. 1981, JCP 1981.II.19701, note C. Franck, D. 1982, p. 441, note A. Dekeuwer.

9. Le même motif se retrouve dans la décision du Conseil constitutionnel du 6 février 1995 (J.O., 7 févr. 1995, p. 2097), par laquelle a été déclarée inconstitutionnelle la procédure d'injonction qu'aurait pu mettre en œuvre le procureur de la République.

aura accès au Conseil constitutionnel, fût-ce indirectement, de belles questions pourront être posées.

En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la question de la compatibilité de certaines lois avec l'article 6-2 de la CEDH, dans l'affaire *Salabiaku* du 7 octobre 1988¹⁰.

Dans cette affaire, M. Salabiaku qui résidait à Paris attendait un colis devant venir du Zaïre. Malgré les recommandations de prudence du préposé de Roissy, il prend une malle qui ne portait pas son nom, et dans laquelle on devait découvrir 10 kg de cannabis. Quelques jours plus tard, arrivait une malle à lui destinée, qui elle était tout à fait normale, de sorte que l'intéressé faisait valoir qu'il y avait eu en quelque sorte erreur. Néanmoins, il était poursuivi devant le Tribunal de grande instance de Bobigny pour délit pénal d'importation illicite de stupéfiants et délit douanier d'importation en contrebande de marchandises prohibées.

La cour d'appel de Paris réformait partiellement cette décision. Elle admettait le bénéfice du doute quant à l'infraction pénale d'importation illicite de stupéfiants, mais elle maintenait la culpabilité sur l'infraction douanière. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejetait ce pourvoi, en se fondant sur l'article 392 du Code des douanes, selon lequel le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude, une telle disposition n'ayant pas été abrogée par suite de l'adhésion de la France à la CEDH. Salabiaku introduisit un recours devant la Commission de Strasbourg qui écarta le grief pris de la violation de l'article 6-2. La Cour devait également se prononcer en ce sens. Elle indique à cette occasion que les Etats sont libres en principe, et sous certaines conditions, d'ériger en infraction un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence. Toutefois les Etats ne doivent pas dépasser des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense.

Dans le cas présent, la détention des marchandises litigieuses avait été dûment prouvée par la partie poursuivante. Par ailleurs, les juridictions françaises avaient appliqué la loi d'une manière compatible avec la présomption d'innocence, les juges paraissant avoir discerné dans les circonstances de la cause un certain élément intentionnel. Dans ces conditions, la Cour européenne a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6-2 CEDH. Ainsi, la Cour européenne admet que dans certaines matières graves la présomption d'innocence puisse être mise de côté. Mais il importe alors que les droits de la défense soient pleinement respectés, c'est-à-dire que l'intéressé puisse utilement se défendre et, au besoin, démontrer l'inanité de la présomption légale. Dans le cas de la législation douanière, nous sommes bien en présence d'enjeux importants et, si la procédure est pleinement contradictoire, la présomption heurtant la présomption d'innocence peut être acceptée.

Ainsi, les instances susceptibles d'apprécier le respect plein et total de la présomption d'innocence tolèrent que des dérogations puissent être admises si l'on dispose pleinement du droit de se défendre. On s'explique, dès lors, que le juge judiciaire ne se soit pas senti à même d'écarter telle ou telle disposition pour méconnaissance de la présomption d'innocence.

B. – De fait, même si dans le système juridique français, le juge judiciaire n'a pas qualité pour apprécier la constitutionnalité d'une loi, en revanche il a le

10. Série A, n° 141, cette *Revue*, 1989, p. 167 ; B. Boulloc, *Rev. pén. suisse*, 1990, p. 29 et s.

droit – et même le devoir, surtout si une question en ce sens lui est posée – d'apprécier la régularité d'une loi interne par rapport à une disposition internationale.

Sans doute, une telle manière de procéder peut paraître étrange¹¹. Mais il faut rappeler tout d'abord qu'il existe un principe de hiérarchie des normes, selon lequel une loi interne ne doit pas contrarier un traité international (art. 55 de la Constitution). Par ailleurs, lorsque le traité est d'application directe, comme c'est le cas pour la Convention européenne, le juge judiciaire est pleinement en droit de trancher la difficulté.

Certes, il peut sembler curieux qu'un juge national, qui ne peut pas contrôler la conformité d'une loi à la Constitution¹², ait le pouvoir d'écarter l'application d'une loi votée par le Parlement en invoquant une disposition d'un traité international dont l'interprétation devrait plutôt relever du pouvoir exécutif. Mais la hiérarchie des normes commande cette solution, dont on ne peut pas vraiment dire que nos juges en abusent.

Quoi qu'il en soit, dans trois domaines des questions ont été posées à la Cour de cassation. C'est tout d'abord, à propos de la législation douanière, que la Chambre criminelle s'est prononcée. Par un arrêt du 30 janvier 1989¹³, intervenu peu de temps après l'affaire *Salabiaku*, elle a jugé que l'article 6-2 CEDH ne met pas obstacle aux présomptions de fait ou de droit instituées en matière pénale, dès lors que les dites présomptions, comme celle de l'article 418 du code des douanes, prennent en compte la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense, la loi n'ayant pas d'ailleurs pour objet de limiter les modes de preuve prévus par la loi interne. Une solution identique a été reprise en matière douanière par l'arrêt du 10 février 1992¹⁴.

Près de trois ans plus tard, la Chambre criminelle était saisie de la question de la responsabilité pécuniaire du propriétaire d'un véhicule pour les infractions au stationnement. Elle répond par un arrêt du 6 novembre 1991¹⁵ que l'article 6-2 ne met pas obstacle aux présomptions de droit ou de fait, dès lors qu'il est possible de rapporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés. Deux autres décisions reprennent la formule en 1992¹⁶.

Quant au troisième secteur, c'est celui de la loi sur la presse. Par un arrêt du 17 décembre 1991¹⁷, la Chambre criminelle devait se prononcer à propos de la responsabilité pénale du directeur de la publication édictée par l'article 42 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Elle reprend la formule habituelle, savoir que ce texte n'est pas incompatible avec l'article 6 de la CEDH. A vrai dire, on ne voit pas très bien, en la matière, comment la preuve contraire pourra être rapportée, car le directeur de la publication est de plein droit responsable. Qu'importe. En revanche, cette preuve contraire est ouverte à l'auteur d'une diffamation. Ainsi, la haute juridiction a pu, le 16 mars 1993¹⁸, affirmer que le principe selon lequel l'intention de nuire est attachée

11. J. Boré, La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, *Mélanges Vitu*, p. 25 et s.; Comp. P.F. Ryziger, Droit communautaire et droit pénal, *Gaz. Pal.* 1986.I.219 et s.; A. Huet, *Rép. Dalloz*, Droit communautaire, V. Droit pénal.

12. Crim., 21 janv. 1985, *Bull.* n° 31; Crim. 7 mai 1986, *Bull.* n° 186; Crim. 2 mai 1990, *Bull.* n° 164; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15^e éd., n° 102.

13. *Bull.* n° 33.

14. *Bull.* n° 62.

15. *Bull.* n° 397, cette *Revue*, 1993.88.

16. Crim. 9 avr. 1992, *Bull.* n° 155, Crim. 11 juin 1992, *Bull.* n° 231.

17. *Bull.* n° 481, cette *Revue*, 1993.89.

18. *Bull.* n° 115.

de plein droit aux imputations diffamatoires n'est pas incompatible avec les articles 6 et 10 de la CEDH, dès lors qu'il est possible d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés.

De ces différentes décisions, il ressort nettement qu'une loi pénale interne peut parfaitement instituer une présomption de droit sans qu'elle soit incompatible avec l'article 6-2 de la CEDH. A vrai dire, la cour européenne avait adopté une position plus nuancée dans l'arrêt *Salabiaku*, puisqu'elle visait la gravité de l'enjeu. Aussi, il n'est pas certain que l'on puisse sérieusement soutenir qu'en matière d'infractions aux règles sur le stationnement les enjeux sont graves, mis à part les intérêts financiers de l'Etat. Telle étant la situation en droit, il reste à se demander comment va-t-on pouvoir lutter contre ces présomptions de culpabilité et notamment contre les présomptions de fait, qui se sont développées en droit pénal des affaires.

II. – COMMENT LUTTER CONTRE LES PRÉSOMPTIONS DE FAIT ?

Quand bien même la jurisprudence affirme que la preuve contraire peut être rapportée, il faut bien reconnaître que le chemin indiqué est des plus étroits. Par exemple, en matière douanière, il n'y avait que la force majeure qui pouvait libérer la personne poursuivie, comme d'ailleurs en matière de contravention. Dans d'autres cas, il est vrai, il n'y a que l'intention ou la mauvaise foi qui est réputée acquise, de sorte que la personne poursuivie peut effectivement établir sa bonne foi. Et même, il est permis d'observer que parfois, la jurisprudence en vient à dégager quelques causes particulières de justification et à admettre, en marge de la loi, des faits justificatifs spéciaux.

A. – De manière générale, quand est admise une présomption légale ou jurisprudentielle, l'intéressé dispose de la possibilité d'établir sa bonne foi. Le fondement de cette possibilité réside dans le fait que, la nature particulière de l'infraction faisant présumer l'élément moral à partir de l'établissement de l'élément matériel, c'est alors à l'intéressé de démontrer qu'il était en droit d'agir comme il l'a fait. Tel est le cas en matière de contrefaçon ou de diffamation. Mais les tribunaux se montrent parfois exigeants. Ainsi, en matière de diffamation, il faudra établir une particulière bonne foi, surtout si l'on est journaliste. Ce dernier aura dû procéder à toutes vérifications admissibles pour qu'il soit exonéré du délit reproché. En matière de contrefaçon l'exigence est moins forte, car il suffit, dit-on, de démontrer l'absence de faute¹⁹.

Récemment, après que la loi du 8 juillet 1987 eut abrogé l'article 369-2 du code des douanes interdisant aux juges de relaxer les contrevenants pour défaut d'intention, la question s'était posée de savoir si, comme en droit commun, il aurait été nécessaire de prouver la mauvaise foi de l'agent ou bien si, en raison des présomptions légales, la bonne foi devrait être démontrée.

La jurisprudence devait très vite se prononcer dans ce dernier sens. Depuis un arrêt du 16 mars 1989²⁰, la Cour de cassation décide que l'abrogation de l'article 369-2 permet aux contrevenants de rapporter la preuve de leur bonne

19. S. Durrande, *Rép. Pén.*, Dalloz, V. Propriété littéraire et artistique, n° 70 et s.

20. *Bull.* n° 131, D. 1989, p. 515, note Cl. Berr ; *Crim.* 3 févr. 1992, *Bull.* n° 45 ; *Crim.* 3 mai 1993, *Bull.* n° 161.

foi. A vrai dire, l'on devrait normalement considérer que la bonne foi se présume. Mais telle n'est pas la position adoptée par notre haute juridiction. Pour elle, c'est toujours à l'intéressé de rapporter la preuve de sa bonne foi.

Avec l'entrée en application du nouveau code pénal, qui dispose que tous crimes et délits requièrent l'intention de les commettre, on aurait pu se demander si la jurisprudence ne pourrait pas changer de cap, ce d'autant qu'en principe la catégorie des délits matériels, que l'on rencontre souvent dans le domaine du droit pénal des affaires, a théoriquement disparu avec l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992.

Mais sur ce point l'optimisme ne peut pas être de mise. En effet, par deux arrêts du 25 mai 1994²¹, la Chambre criminelle a pris nettement parti. Par le premier arrêt, elle a jugé que l'exploitation sans autorisation d'une installation classée impliquait l'intention coupable, exigée par la loi, dès lors qu'était constatée la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire. Quant au second arrêt du même jour, il avait trait à la vente de 88 véhicules d'occasion sans facture. Jusqu'alors il était admis que ce type d'infraction constituait un délit matériel²². Mais du fait du nouveau code pénal, il aurait fallu au moins constater une faute, voire une intention. Mais la Chambre criminelle s'est bornée à dire que la constatation de la violation d'une prescription légale ou réglementaire impliquait de la part de son auteur l'intention coupable de son auteur. A nouveau, cette motivation se retrouve dans un arrêt du 12 juillet 1994²³ relatif à l'exécution de travaux de construction sans déclaration préalable et en méconnaissance du plan d'occupation des sols.

Ainsi, pour la haute juridiction, toute violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique l'intention. Finalement, ce sont toutes les infractions qui sont devenues des délits matériels. Il conviendra donc pour combattre cette présomption d'action volontaire d'invoquer de manière pleine et entière, avec preuves à l'appui, la bonne foi, faute de quoi la présomption d'intention jouera et se déduira de la matérialité de l'acte. Il ne pourrait en être différemment que si l'intéressé invoquait une cause de justification.

B. — Même si une partie de la doctrine considère que ce serait au ministère public d'établir que les faits reprochés ne sont pas légitimés par un fait justificatif ou une cause de non-imputabilité on sait que pour la jurisprudence c'est toujours à la personne poursuivie qu'il appartient d'invoquer et même de démontrer que la responsabilité pénale ne peut pas être admise en raison de l'existence d'une cause de justification²⁴. Quoi qu'il en soit, l'intéressé peut combattre la présomption légale ou de fait en se prévalant de toutes les causes de non-responsabilité : subjective comme le trouble psychique, la contrainte ou l'erreur, ou objective comme l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense ou l'état de nécessité.

En matière de droit pénal des affaires, ce qui paraît important c'est l'erreur et l'état de nécessité. L'erreur car, dans le silence de la loi, la jurisprudence avait parfois admis l'erreur invincible, mais à la dernière époque elle s'était montrée plus que réservée. Avec le nouveau code, il est permis de justifier

21. *Bull.* n° 203, cette *Revue*, 1995, p. 97, obs. B. Bouloc.

22. Cf. *Crim.* 16 nov. 1987, *Bull.* n° 408 ; *Crim.* 3 nov. 1983, *Bull.* n° 279.

23. *Bull.* n° 280.

24. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Procédure pénale*, 15^e éd., n° 32 et 34.

avoir cru, par une erreur sur le droit qu'on n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte²⁵. Sans doute, on ne pourra pas se borner à invoquer l'ignorance de la loi. Mais lorsque l'on s'est renseigné auprès des administrations compétentes, qui ont donné tel renseignement précis, il ne sera pas possible de retenir contre l'agent une infraction. La question se présentait parfois dans le domaine des importations de produits ou de la douane. Nul doute que l'on trouvera des solutions en ces domaines.

Par ailleurs, l'état de nécessité a été parfois invoqué. Mais il ne faut pas exagérer. Ainsi, c'est à juste titre que la Cour de cassation a décidé qu'un délit de contrefaçon ne pouvait pas être justifié par la défaillance d'un fournisseur²⁶.

En outre des causes générales de justification, il faut bien reconnaître que la jurisprudence a admis quelques faits justificatifs spéciaux. Hier, la Cour de cassation a jugé que le refus de vente opposé par un commerçant à un autre commerçant pouvait être justifié par un contrat de concession exclusive, et même par un contrat de distribution sélective, de tels contrats rendant la marchandise juridiquement indisponible²⁷. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a jugé que le prix pratiqué par un concurrent pouvait justifier une revente à perte²⁸; en pareil cas c'est à la partie poursuivante d'établir le caractère illégal de ce prix.

Et puis, dans le domaine du droit pénal des sociétés, la Chambre criminelle a reconnu que l'existence d'un groupe de sociétés pouvait légitimer certains transferts de fonds d'une société à une autre, à condition qu'il y ait des liens financiers entre les sociétés, qu'il y ait un intérêt propre du groupe, que l'opération ne soit pas démunie de contrepartie et enfin qu'elle n'excède pas les possibilités de celle qui en supporte la charge. C'est la jurisprudence *Rozenblum* du 4 février 1985 rappelée à différentes reprises même si elle n'a guère donné lieu à des applications positives²⁹.

Et récemment, le 26 mai 1994³⁰, la Cour de cassation a admis que dans un groupe de sociétés, le chef du groupe qui est en même temps le chef de l'entreprise exécutant les travaux pouvait déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe sur lequel il exerce son autorité hiérarchique. Est-ce là l'amorce de la prise en compte en droit pénal d'affaires, de la réalité qu'est le groupe, ou bien s'agit-il d'un arrêt isolé ? Il est trop tôt pour le savoir. Mais, dans le cas d'espèce, il était fortement contesté que le président chef du groupe puisse déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au président d'une autre société filiale, alors que celle-ci a en principe une autonomie juridique. En admettant cette possibilité, la Cour de cassation ouvre peut-être la voie à d'autres solutions.

*
**

25. Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15^e éd., n° 434 à 437; F. Desportes et Le Gunehec, *Droit pénal général*, n° 673 et s.

26. Crim. 11 févr. 1982, *Bull.* n° 56.

27. Crim. 11 juill. 1962, *Bull.* n° 244; Crim. 15 mai 1982, *Bull.* n° 255.

28. Crim. 11 juill. 1991, *Bull.* n° 117 et 121; Crim. 17 janv. 1994, *Bull.* n° 22.

29. Crim. 4 févr. 1985, *Bull.* n° 54, *D.* 1985, p. 478, note Ohl, *JCP* 1986.II.20585, note W. Jean-didier, *Rev. sociétés*, 1985, p. 648, note B. Bouloc; Crim. 13 février 1989, *Bull.* n° 69, *Rev. sociétés*, 1989, p. 692, note Bouloc; Crim. 23 avr. 1991, *Bull.* n° 193. V. aussi Véron, *Droit pénal des affaires*, p. 174.

30. *Dalloz* 1995, p. 119, note Yves Reinhard; *Rev. sociétés*, 1995, p. 95, note B. Bouloc.

Tels sont quelques aspects de la présomption d'innocence dans le droit pénal des affaires. En principe, elle s'applique là comme ailleurs. Mais la loi et/ou la jurisprudence peuvent la contrarier en édictant des présomptions contraires qui peuvent être combattues largement par la preuve de la bonne foi et par toutes causes normales de justification, voire par des causes spéciales dégagées peu à peu par une jurisprudence qui s'efforce de tenir compte de la réalité des affaires, quand du moins la morale la plus élémentaire n'est pas en jeu.

Le nouveau code pénal et le droit de la complicité

Stéphanie FOURNIER

Maître de conférences à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble

1. Que serait-il advenu si Œdipe, au lieu de tuer Laïos en ignorant qu'il était son père, avait, en connaissance de cette filiation, commandé à un de ses amis de le tuer à sa place, lequel ami aurait, finalement, renoncé à ce funeste dessein ? Nul doute que l'histoire de la psychanalyse en aurait été changée ! Mais quel aurait été le sort d'Œdipe au regard du droit pénal ? N'ayant pas participé, ni eu vocation à participer, matériellement à la commission de l'infraction projetée, il n'aurait pas pu, selon notre droit, être considéré comme un auteur de celle-ci et ce n'est alors qu'en tant que complice que l'on aurait pu songer à le condamner. Mais aurait-il été punissable alors qu'ainsi l'infraction n'aurait finalement pas été consommée ? En outre, aurait-on pu considérer qu'en se bornant à ordonner à un ami la commission d'une infraction il accomplissait un acte de complicité punissable ? Enfin, à supposer les obstacles précédents levés, quelles peines auraient-elles dû lui être appliquées : celles du meurtre commis sur la personne d'un ascendant ou celles de l'assassinat, voire celles du meurtre ordinaire ?

Sous l'empire du code pénal de 1810, les réponses à ces questions auraient été commandées par les articles 59 et 60 en ce sens que l'absence d'infraction principale consommée ou tentée aurait exclu l'éventualité d'une répression du complice ; que de surcroît, à défaut d'autorité ou de pouvoir réel (de droit ou de fait) du donneur d'ordre, l'acte de celui-ci n'aurait pu être regardé comme un acte de complicité punissable ; et qu'enfin, si une peine avait été concevable pour lui, cela n'aurait pu être que celle de l'assassinat ou du meurtre, selon que l'agent principal aurait ou non prémédité son acte, et aucunement celle du parricide. En effet, le droit de la complicité, tel qu'il avait été construit à partir de ce que l'on peut qualifier d'« ancien » code pénal, se présentait de la manière suivante.

D'une part, pour qu'une personne ayant collaboré à l'entreprise coupable d'une autre pût être punie, il fallait tout d'abord que cette entreprise ait constitué un fait punissable – ce qui supposait notamment que cette entreprise n'en était pas restée au stade du projet et que l'acte accompli par l'agent principal ait été équivalent à la consommation ou tout au moins à une tentative punissable de l'infraction projetée ; il fallait ensuite que l'on se trouvât bien dans un domaine où la complicité était punissable, ce qui supposait que l'infraction à laquelle le complice s'était associé constituait un crime ou un délit et non une contravention – sauf dans les cas très exceptionnels où la complicité de certaines contraventions était réprimée ; il fallait, enfin, que l'agent secondaire se fût associé en connaissance de cause à l'infraction

tion principale et que l'acte accompli par lui fût bien constitutif d'un acte de complicité, c'est-à-dire : un acte positif, antérieur à l'action principale ou concomitant de celle-ci, correspondant de surcroît à l'un des cas de complicité prévus par la loi (provocation – par certains moyens eux aussi légalement énumérés –, instructions, fourniture de moyens, aide ou assistance et certains cas de recel).

D'autre part, pour déterminer la peine encourue par le complice, il fallait se référer à la peine légalement applicable à l'auteur principal. Cette peine était, le cas échéant, celle que ce dernier pouvait encourir après le jeu des circonstances ayant pour effet d'en augmenter ou d'en diminuer le taux – à l'exception seulement des circonstances purement personnelles à l'auteur principal.

Le régime ainsi sommairement décrit¹ était traditionnellement présenté comme caractérisant le rattachement de celui-ci au système de la criminalité d'emprunt et, plus encore, à celui de l'emprunt absolu de criminalité ayant pour corollaire l'emprunt de pénalité. Ce système avait fait l'objet de critiques relatives tant à son fondement même qu'à certaines des solutions auxquelles il conduisait.

Critiqué dans son fondement, le système de l'emprunt de criminalité l'était en ce qu'il part du postulat que l'acte du complice est dépourvu de criminalité propre et qu'il ne fait que l'emprunter à l'acte accompli par l'auteur principal, ce qui conduit à méconnaître le rôle original tenu par le complice et les particularités de l'acte de complicité. Critiqué dans certaines de ses applications, le système de l'emprunt de criminalité l'était notamment quand il conduisait à l'impunité du complice au cas où celui-ci aurait provoqué à une infraction qui n'aurait finalement pas été commise ni tentée ; mais également quand il aboutissait à faire subir au complice certaines causes d'aggravation encourues par l'auteur principal, auxquelles le complice pouvait paraître être resté étranger. D'ailleurs il est notable que le législateur n'était pas resté insensible à ces critiques, puisqu'il avait parfois décidé d'ériger en délits distincts certains cas de participation à l'entreprise d'autrui, afin de les faire échapper aux règles de la complicité dont il avait donc perçu les défauts.

Mais, outre ces critiques adressées au système auquel notre droit de la complicité se rattachait, ce dernier pouvait également paraître imparfait dans la mesure où il était émaillé d'incertitudes que les nombreux travaux consacrés à cette matière n'étaient pas arrivés à toutes lever.

Dans ces circonstances il y avait donc beaucoup à attendre d'un nouveau code pénal.

2. La loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 qui concerne les dispositions générales et qui, avec trois autres lois du même jour consacrées aux parties spéciales, constitue le nouveau code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, a-t-elle répondu à cette attente ? Les dispositions de ce nouveau code pénal apportent-elles, au droit de la complicité, les modifications et les éclaircissements qu'il était possible d'espérer ?

A ce propos on doit convenir que le législateur a renoncé à opérer un bouleversement de la matière, puisque aussi bien il a abandonné l'innovation

1. Compte tenu de l'abondance des ouvrages et travaux traitant de la complicité, le lecteur voudra bien ne pas être surpris que seuls soient cités, dans le cadre de cette étude, les écrits les plus récents ou ceux qui sont indispensables à la compréhension du texte.

la plus marquante qui pouvait être attendue de ce nouveau code. En effet, les rédacteurs des divers projets de code pénal avaient envisagé d'apporter une modification insigne au droit de la complicité en proposant de réprimer la provocation non suivie d'effet. Ainsi, le dernier projet de code pénal avait-il introduit, à côté de l'auteur – qui commet (ou tente de commettre) lui-même les faits incriminés – et du complice – qui, par aide ou assistance, facilite la préparation ou la consommation de l'infraction –, une troisième catégorie de personnes punissables : l'instigateur, qui est celui qui, ou bien fait commettre l'infraction par un tiers, ou bien provoque directement à commettre un crime « lors même qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'instigateur la provocation n'est pas suivie d'effet »². L'innovation eût été d'importance, mais, ainsi qu'il l'a été indiqué, ces dispositions n'ont finalement pas été consacrées par le nouveau code pénal³.

Force est donc de constater qu'aucune volonté de révolutionner le droit de la complicité n'a animé les rédacteurs de ce code pénal. Est-ce à dire pour autant qu'aucune modification n'est contenue dans ces nouvelles dispositions et que le droit de la complicité qui en résulte n'est que l'exacte réplique de ce qu'il était antérieurement ?

3. En ce qui concerne la partie spéciale du nouveau code, celle-ci contient, comme c'était déjà le cas sous l'empire de la législation antérieure, un certain nombre de dispositions prévoyant des hypothèses de complicité que le législateur a choisi d'ériger en délit distinct – hypothèses dont la liste a, tout au plus, été quelque peu allongée. Une telle technique permet alors d'échapper aux règles de la complicité.

Elle permet d'abord d'éluder la règle de la criminalité d'emprunt, notamment en réprimant la provocation à des agissements qui ne seraient pas incriminés par la loi. Tel est le cas lorsque le nouveau code pénal sanctionne, comme le faisait l'ancien, la provocation au suicide (art. 223-13) ou la provocation d'un mineur à la mendicité (art. 227-20), cette dernière n'étant plus, dans le nouveau code, une infraction pénale⁴. Tel est encore le cas lorsque les nouvelles dispositions punissent la provocation à un acte qui serait bien constitutif d'une infraction, mais dans l'hypothèse où cette infraction n'aurait été ni consommée ni même tentée. Ainsi en est-il lorsque le nouveau code pénal, au même titre que l'ancien, punit la provocation à la trahison ou à l'espionnage, alors même que cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet (art. 411-11)⁵.

Cette technique de la complicité-délict distinct permet ensuite d'écarter la règle de la pénalité d'emprunt en prévoyant pour le « complice » des peines plus élevées que celles applicables à l'auteur principal. C'est ainsi que celui qui fournit à la femme les moyens matériels de pratiquer une interruption volontaire de grossesse est passible de peines plus graves que celles applicables

2. Art. 121-6 du projet de code pénal de 1986 (reprenant, pour ce qui concerne la partie générale du code, le projet de 1983). V. également le projet de 1978 (art. 31) qui comportait, à ce propos, des dispositions analogues.

3. Ce qui ne signifie pas pour autant que la notion d'instigateur est totalement absente de la loi, puisqu'il existe des dispositions particulières qui s'y réfèrent expressément (cf. par ex. les art. 444 et 446 du code de justice militaire, ou encore l'art. 17 de la loi du 15 juill. 1845).

4. V. encore les art. 227-19, 434-32. Plus généralement, V. G. Memeteau, *L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur*, *JCP*, 1976.I.2781.

5. V. également, par ex., art. 412-8, art. 431-6, art. 434-15 du nouveau code pénal et, en dehors de ce code, art. L. 647 du code de la santé publique.

à celui qui pratique irrégulièrement une telle interruption de grossesse sur la personne d'autrui (art. 223-12⁶)⁷.

Enfin, faire de ce qui n'est qu'une participation à l'entreprise d'autrui un délit distinct, peut également permettre d'échapper, non seulement aux règles de la complicité tenant au lien complice-auteur, comme c'était le cas dans les hypothèses qui ont été envisagées jusqu'ici, mais encore aux règles relatives à l'acte de complicité lui-même. Il est ainsi possible de réprimer un acte de provocation alors même que cette provocation ne serait pas accompagnée de moyens déterminés, et que donc, la provocation n'étant pas circonstanciée, cet acte ne serait pas punissable au titre de la complicité. De même il est envisageable de réprimer un acte de participation qui serait postérieur à l'accomplissement de l'acte principal et qui donc, en tant que tel, ne pourrait pas, lui non plus, constituer un acte de complicité punissable : on pense ici au recel de choses ou de malfaiteurs, mais également à certains cas de faux⁸.

4. En dehors de ces cas exceptionnels, où ce qui n'est somme toute qu'un cas de complicité est ainsi affranchi des règles générales de celle-ci, parce qu'érigé en délit distinct, et à propos desquels le nouveau code pénal n'apporte pas de changements notables, quant au reste, à savoir les règles générales de la complicité, quel est l'apport du code de 1994 ?

Comme nous l'avons montré, l'intention du législateur n'était manifestement pas de bouleverser la matière : elle paraît plutôt avoir été de maintenir le système ancien en procédant à quelques modifications rédactionnelles, pour, très exceptionnellement, proposer des modifications plus substantielles. Au titre de ces dernières, on peut seulement relever l'apparition d'une exception générale à l'impunité de la complicité de contravention avec la complicité par provocation ou instruction⁹, ainsi que l'adjonction de quelques contraventions pour lesquelles la participation par aide ou assistance est par exception réprimée.

Quant au reste, il est possible de prétendre que, loin d'avoir éclairé les points restés obscurs, la nouvelle rédaction de certaines dispositions aurait plutôt pour effet de renouveler les difficultés et d'accroître l'incertitude. En effet, pour ce qui concerne les modifications qui n'ont pas été véritablement conçues comme touchant au fond et qui procédaient seulement d'une volonté de clarté et de concision dans l'exposé des règles, on est en droit de prétendre que, sans le vouloir mais tout en l'imposant néanmoins compte tenu des règles présidant à l'interprétation de la loi pénale, le nouveau code est peut-être la source de plusieurs modifications ayant, sur le fond, des incidences plus ou moins importantes selon les cas.

Par exemple, peut-on vraiment considérer comme indifférente la suppression de la mention des machinations ou artifices coupables au titre des moyens de la provocation constitutive de complicité punissable ? Que doit-on penser de la nouvelle formule utilisée pour incriminer, à titre exceptionnel, la complicité

6. Cet article 223-12 comportait initialement trois alinéas, mais les deux premiers – qui avaient trait à la répression de l'auto-avortement, et préoyaient pour la femme pratiquant l'interruption sur elle-même des peines plus douces – ont été abrogés par une loi du 27 janvier 1993.

7. V. aussi art. 431-6, al. 2.

8. Cf. art. 441-2, 3^e et 441-5, 3^e du code de 1994, qui visent tous deux, tant une participation antérieure, qu'une participation postérieure.

9. Il semble en effet que, comme on le verra (cf. *infra* n° 31), cette solution, qui s'induit des termes de l'article 121-7, n'ait pas été le fruit du hasard puisqu'elle est confirmée par une autre disposition du code (art. R 610-2) et paraît donc ainsi avoir bien été voulue par les rédacteurs.

citée de contravention par aide ou assistance en ce que, justement, elle n'emploie plus le terme de complicité ? Mais surtout, que dire de la rédaction que les parlementaires ont finalement adoptée pour fixer, avec l'article 121-6, la peine applicable au complice, sinon qu'elle est de nature à, bien involontairement, modifier très sensiblement le sort du complice et partant, le droit de la complicité lui-même ? A ce propos on doit rappeler qu'alors que la formulation initiale de cet article était assez proche de celle de l'article 59 du code de 1810, puisque le complice y était déclaré passible des peines applicables « à l'auteur » de l'infraction à laquelle il s'était associé, cette formulation a été modifiée, semble-t-il presque accidentellement, lors d'une séance au Sénat¹⁰, pour devenir celle selon laquelle le complice est puni « comme auteur ». Si la rédaction de cette disposition a été changée, c'est uniquement parce que, le nouveau code prévoyant l'éventualité d'une responsabilité des personnes morales, le législateur avait songé à l'hypothèse où une personne physique et une personne morale participeraient à la même infraction sans pouvoir encourir les mêmes peines. Mais la modification opérée n'a pas la portée limitée qu'entendaient ainsi lui assigner les parlementaires. En disposant que le complice est désormais puni « comme auteur » et non plus « comme l'auteur », l'article 121-6 du code de 1994 marque, de l'avis des commentateurs, l'abandon de la règle de la pénalité d'emprunt qui présidait, avec le code de 1810, à la détermination de la peine applicable au complice.

Quelles sont alors les conséquences exactes d'un tel changement ? Va-t-on, par exemple, pouvoir punir le complice d'un débiteur détournant un de ses biens saisi, dans la mesure où « comme auteur » il n'a pas la qualité de débiteur nécessaire pour que soient encourues les peines que l'article 314-6 attache à l'infraction qu'il définit ? Continuera-t-on à déclarer non punissable le complice non-parent d'un fils volant un des biens de son père, alors que « comme auteur » il n'est pas un parent qui bénéficie de l'immunité prévue aujourd'hui par l'article 311-12 ? Doit-on enfin frapper le particulier, complice d'un dépositaire de l'autorité publique coupable, dans les conditions de l'article 432-9, de violation du secret des correspondances, des peines encourues aux termes de ce texte par le dépositaire de l'autorité publique ou faut-il lui appliquer en tant qu'auteur celles édictées par l'article 226-15 pour le cas où une telle violation de correspondance est commise par un particulier ?

5. Parce que les commentaires auxquels ont pu donner lieu, jusqu'à ce jour et à notre connaissance, les dispositions du nouveau code pénal ont eu un objet plus large¹¹ ou quelquefois autre¹² que les modifications apportées par ce code au droit de la complicité, il paraît nécessaire d'entreprendre une étude

10. Séance du 11 mai 1989, *JO Sénat* du 12 mai 1989, p. 647 et s.

11. Pour des commentaires des dispositions de ce nouveau code, V., outre la circulaire du 14 mai 1993 : B. Bouloc, J.-F. Chassaing, P. Couvrat, M. Delmas-Marty, V. Dervieux, G. Giudicelli-Delage, G. Lorho, B. Pesquié, P. Poncela, Nouveau code pénal, cette *Revue*, 1993, p. 433 et s. ; F. Desportes et F. Le Guehec, Présentation des dispositions du nouveau code pénal, numéro spécial du *JCP*, p. 3 et s. ; J. Pradel, Le nouveau code pénal (partie générale), *ALD* 1993, p. 163 et s. ; M. Veron, Réflexions sur le « nouveau » droit pénal spécial – Essai d'une typologie des infractions, *Dr. pénal*, avr. 1993, p. 1 et s. Sur le droit de la complicité avec le nouveau code pénal, V. F. Desportes et F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, tome I, Economica, 1994, n° 534 et s., p. 396 et s. ; J. Languier, *Droit pénal général*, Dalloz, 14^e éd., 1993, p. 59 et s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 9^e éd., 1994, n° 407 et s., p. 440 et s. ; Ph. Salvage, *Droit pénal général*, PUG, 3^e éd., 1994, n° 163 et s., p. 87 et s., et *J.-Cl. Pénal*, art. 121-6 et 121-7 ; G. Vermelle, *Le nouveau droit pénal*, Dalloz, 1994, p. 93 et s.

12. V. not. C. Souweine, Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau code pénal, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Languier*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 303 et s.

qui leur soit exclusivement réservée et qui tende à déterminer la mesure exacte des changements intervenus en cette matière.

Ces derniers apparaissent, au travers des exemples donnés, comme étant de deux ordres différents. En effet, décider que le complice n'encourt plus la peine même qu'encourt l'auteur principal, mais la peine qu'il encourrait s'il avait été auteur, c'est affecter la relation auteur-complice qui jusqu'alors liait le sort du second à celui du premier, tandis que repenser les moyens de la provocation punissable ou les cas où la complicité de contravention peut être réprimée, c'est s'attacher à l'acte de complicité lui-même et à ses conditions particulières d'incrimination.

On verra que le nouveau code pénal, tout en accroissant la personnalisation de la répression dans la mesure où la pénalité du complice a été détachée de celle applicable à l'auteur principal, a également, par là même et par les modifications apportées aux conditions de l'acte de participation punissable, renforcé la répression.

Nous envisagerons donc les modifications ainsi apportées par les nouvelles dispositions, en traitant d'abord du lien qui unit la répression du complice à celle de l'auteur (I), pour ensuite étudier les conditions propres de la complicité punissable (II).

I. — LE LIEN ENTRE LA RÉPRESSION DU COMPLICE ET CELLE DE L'AUTEUR PRINCIPAL

6. Il a été rappelé que le code pénal de 1810 consacrait le système de l'emprunt de criminalité ou, autrement dénommé, le système de l'unité d'infraction. D'après ce système, et contrairement au système de la complicité-délit distinct, encore appelé système de la pluralité d'infractions, le complice n'est pas puni pour l'acte qu'il a lui-même accompli envisagé isolément : il ne l'est que parce que cet acte se rattache à l'entreprise délictueuse d'autrui à laquelle le complice a, par cet acte, participé, et à laquelle, en conséquence, il doit sa criminalité. C'est affirmer que le comportement du complice n'est pas constitutif d'une infraction distincte¹³ de celle qu'il a, par son attitude, facilitée, mais constitue seulement un mode particulier de participation à l'infraction unique, à la commission de laquelle deux personnes ont donc ainsi contribué à des titres différents.

Cette conception du fondement de la répression du complice était, admettait-on très généralement, commandée par les termes de l'article 59 du code de 1810 d'après lesquels « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit sauf dans les cas où la loi en aurait disposé autrement ». On en déduisait alors deux règles qui, toutes deux, liaient indissolublement le sort du complice à celui de l'auteur principal : la règle selon laquelle le complice ne peut être sanctionné qu'en présence d'un fait principal punissable¹⁴, et celle d'après laquelle la sanction qu'il encourt est identique à celle applicable à l'auteur principal.

13. Contrairement à ce que postule le système de la pluralité d'infractions — lequel renferme plusieurs tendances, dont certaines tempèrent néanmoins l'autonomie du délit distinct que constitue la complicité, en admettant qu'il s'agit d'un délit conditionné par l'infraction principale (cf. J. Carbonnier, Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal, *JCP* 1952.I.1034).

14. Règle qui, au demeurant, n'était pas expressément formulée par l'article 59, V. *infra* note 16.

7. On sait que le code pénal de 1994 n'a pas exactement repris les termes de l'ancien article 59, l'article 121-6 de ce nouveau code disposant désormais que « sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7 ». Outre que cette nouvelle disposition ne réserve plus les cas où la loi en aurait disposé autrement et qu'elle renvoie expressément à la définition de la complicité punissable contenue dans l'article 121-7, la différence essentielle entre les deux formulations est bien sûr, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, que le complice n'est plus puni « comme l'auteur » mais « comme auteur ».

D'emblée on perçoit que le lien unissant le sort du complice à celui de l'auteur est susceptible d'être ainsi distendu, puisque ce n'est plus le sort de l'auteur même de l'infraction qui sert formellement de référence pour la détermination de celui du complice. Mais peut-on aller jusqu'à dire que ce lien ait totalement disparu et que la répression du complice soit désormais parfaitement indépendante de celle de l'auteur ? Nous ne le pensons pas, car des règles qui liaient le sort du complice à celui de l'auteur sous l'empire du code de 1810, seule celle ayant trait à la pénalité se trouve affectée par la nouvelle formulation. L'article 121-6, ici en cause, ne traite que de la sanction applicable au complice – puisqu'il s'agit, par cette disposition, de déterminer comment ce complice est « puni » – et ne concerne aucunement la notion de complicité punissable qui, elle, fait l'objet de l'article 121-7. On doit donc admettre que la criminalité du complice demeure subordonnée à celle de l'auteur principal et que c'est seulement la pénalité applicable au complice qui devient plus autonome par rapport à celle applicable à l'auteur principal.

Tandis que la criminalité du complice demeure liée à l'existence d'un fait principal punissable, la criminalité d'emprunt étant maintenue (A), la pénalité du complice est quant à elle déliée de celle applicable à l'auteur, la pénalité d'emprunt étant abandonnée (B).

A. – La criminalité du complice liée à l'existence d'un fait principal punissable ou le maintien de la criminalité d'emprunt

8. Comme on l'a déjà dit, en énonçant le principe de la criminalité d'emprunt, on entend traditionnellement évoquer la règle selon laquelle le complice n'est punissable qu'en présence d'un fait principal punissable. Cette règle est-elle toujours de mise avec le nouveau code pénal et a-t-elle sous l'empire de ce code toujours la même signification et les mêmes incidences ?

9. Quant au maintien de la règle elle-même il ne fait pas de doute, tant il est certain que les rédacteurs du nouveau code pénal n'ont pas fait du complice, sauf cas exceptionnels, l'auteur d'un délit distinct de celui auquel il s'est associé et dont la criminalité pourrait être appréciée de manière autonome¹⁵. Certes l'exigence d'un fait principal punissable n'est pas expressément posée par l'article 121-6 du code de 1994, mais on doit convenir qu'en déclarant punissable le complice « de l'infraction », cet article impose néanmoins nécessairement qu'une infraction soit effectivement constituée¹⁶. Dans le même sens

15. On en a pour témoignage le rejet de la répression de l'instigation non suivie d'effet (cf. *supra*, n° 2).

16. A ce propos, on doit faire observer que l'article 59 du code de 1810 n'imposait pas lui non plus expressément l'existence d'un fait principal punissable, mais que l'on avait pareillement pu dire de cet article qu'en déclarant punissable le complice « d'un crime ou d'un délit » ce texte supposait nécessairement qu'un tel crime ou délit fût constitué.

on peut également relever qu'en définissant la complicité punissable comme le fait de faciliter, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation « d'un crime ou d'un délit » ou de provoquer à « une infraction » ou donner des instructions pour la commettre, l'article 121-7 impose lui aussi l'existence d'un fait principal qui soit constitutif d'une infraction.

Le principe du maintien de l'exigence d'un fait principal punissable étant ainsi acquis, reste alors à déterminer ce que signifie exactement une telle exigence et si, sur ce point, le code de 1994 conduit exactement aux mêmes solutions que celui de 1810.

10. Quant à la signification précise de la règle de la criminalité d'emprunt, elle est que le complice ne saurait être puni en l'absence d'un fait principal punissable, mais qu'en revanche, et dès lors qu'il y a bien un tel fait punissable, peu importe qu'il n'y ait pas d'auteur principal effectivement puni ou même punissable si la raison de cette impunité en est personnelle à cet auteur et n'efface pas le caractère délictueux de son acte.

Avec le code pénal actuel, on continuera donc d'admettre que celui qui s'est associé à un acte principal non constitutif d'une infraction ne pourra pas être puni en tant que complice. Ainsi en est-il si le fait principal ne correspond à aucune qualification pénale (par exemple, on ne peut pas punir le « complice » d'un suicide ou le « complice » de prostitution)¹⁷. Il en va de même si l'acte accompli par l'auteur principal n'est pas punissable, car il n'est que le premier terme de ce qui ne pourrait constituer qu'un délit d'habitude, et ce, quand bien même le « complice », lui, se serait déjà associé à d'autres auteurs de faits semblables. Encore, et c'est ici que le législateur a renoncé à introduire une modification qui avait pourtant été envisagée, le complice ne saurait être puni si l'auteur principal s'est arrêté, dans la commission de l'infraction, au stade des actes préparatoires ou s'il s'est volontairement désisté. La « tentative de complicité » demeure non punissable. Toujours pour la même raison, il ne saurait y avoir de répression du complice dont l'acte se rattache, non pas à une infraction principale, mais à un autre acte de complicité qui, lui seul, se rattache directement au fait principal punissable. La « complicité de complicité »¹⁸ ne devrait donc pas être réprimée¹⁹, puisque la complicité n'est pas une infraction autonome à laquelle celui qui prête son concours au complice puisse emprunter sa criminalité²⁰. Enfin, le complice ne peut pas davantage être puni lorsque les faits accomplis par l'auteur prin-

L'exigence d'un fait principal punissable est donc au moins autant imposée par les dispositions du nouveau code qu'elle l'était par celles de l'ancien, et, sans qu'il soit ici question de reprendre les débats qu'avait pu susciter cette exigence en l'absence de disposition expresse l'imposant (cf., en particulier, J. Carbonnier, art. préc.), on doit admettre que ce n'est pas dans les dispositions actuelles que l'on peut trouver un argument nouveau permettant de conclure à l'inanité de la règle de la criminalité d'emprunt ainsi comprise.

17. Mais il est en revanche possible que son comportement soit constitutif d'un délit distinct. Par exemple : provocation au suicide (art. 223-13 et s.) ou proxénétisme (not., art. 225-5-1°).

18. Sur cette « complicité de complicité » – laquelle ne doit pas être confondue avec l'hypothèse où une personne, tout en donnant, par exemple, des renseignements au seul complice, entend néanmoins ainsi apporter une aide à l'auteur principal – cf. notamment J. Languier, cette *Revue*, 1976, p. 707.

19. Quoique le dernier arrêt en date de la Chambre criminelle sur cette question laisse plutôt penser que le complice d'un complice pourrait être puni, jetant ainsi le trouble sur le maintien de cette impunité de la complicité de complicité (Crim. 10 oct. 1988, *Gaz. Pal.*, 1989.I.189, note J.-P. Doucet ; *JCP*, 1990.II.21416, note C. Demidoff).

20. Il faut en effet faire observer que si l'article 121-6 dispose que le complice est puni comme auteur, il ne dit pas qu'il est auteur. En d'autres termes, dans le nouveau code pénal, c'est toujours en tant que complice – et à condition de l'être – et non pas en tant qu'auteur, que le complice est punissable, même s'il est alors passible de la peine qu'il encourrait comme auteur.

cial ont perdu leur caractère délictueux par suite de la prescription²¹ ou d'une amnistie à caractère réel.

En revanche, dans les cas où c'est seulement l'auteur de l'acte qui ne peut être puni, son acte restant quant à lui punissable, le complice n'échappera pas au principe d'une punition. En effet, si la cause de l'impunité de l'auteur principal lui est personnelle et n'affecte pas le caractère délictueux de son acte, le complice peut fort bien « emprunter » cette criminalité de l'acte et partant être puni, alors même que l'auteur principal ne le sera pas. Ainsi doit-on admettre que si l'auteur principal ne peut être puni en raison d'une impossibilité matérielle (auteur principal décédé, en fuite ou inconnu), cela n'empêche absolument pas de poursuivre et de condamner le complice. Il en va de même si c'est pour une raison juridique strictement personnelle à l'auteur principal que celui-ci est à l'abri de toute sanction. On doit donc admettre que le complice d'un auteur principal non punissable faute d'intention criminelle, n'est pas nécessairement à l'abri de la répression dès lors qu'il peut « emprunter » la criminalité de l'acte accompli par l'auteur, auquel il confèrera, quant à lui, sa coloration morale. Tel est le cas lorsque le complice, nécessairement animé d'une intention criminelle, influe sur la volonté de l'auteur principal pour le conduire à commettre une infraction dont ce dernier n'a pas conscience. Ainsi le complice peut fort bien être puni dans les hypothèses où il parvient à faire naître une erreur dans l'esprit de l'auteur principal le conduisant à perpétrer un acte délictueux sans l'intention de le commettre, alors qu'une telle intention existe bien en la personne du complice²².

11. Reste alors qu'il existe des causes assurant l'impunité à l'auteur principal pour lesquelles on peut, selon nous, hésiter quant au point de savoir si elles effacent ou non le caractère délictueux de l'acte.

Tel est d'abord le cas de l'immunité familiale de l'article 380 du code pénal de 1810, à présent prévue par l'article 311-12 du code de 1994. Cette immunité était en effet souvent évoquée au titre des causes qui, contredisant l'existence d'un fait principal punissable, commandaient l'impunité du complice de l'auteur parent de la victime quand bien même le complice, lui, n'aurait pas été parent de celle-ci²³. Mais est-il vraiment exact que cette immunité efface le caractère délictueux de l'acte principal ?

Sous l'empire du code de 1810, on avait déjà pu prétendre que tel n'était pas le cas²⁴, et il nous semble qu'avec le nouveau code pénal on peut également admettre que l'immunité familiale bénéficiant à l'auteur principal n'affecte pas l'acte qu'il a commis et constitue seulement une cause d'impunité personnelle à cet auteur.

Quels sont en effet les termes de la loi pour édicter cette impunité ? L'article 311-12 dispose-t-il qu'il n'y a point de vol lorsque la soustraction est

21. Pour l'affirmation selon laquelle la prescription de l'action publique fait perdre aux faits leur caractère délictueux cf. Crim. 27 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 320, p. 802.

22. Sur de telles hypothèses cf. *infra* n° 28, où l'on prétend cependant qu'elles ne seront plus constitutives de complicité punissable, mais pour une autre raison tenant aux termes de l'article 121-7 du code de 1994.

23. Avec cette particularité toutefois que cette cause d'impunité pouvait bénéficier au complice à deux titres différents en ce sens qu'il en bénéficiait, ainsi qu'on vient de le dire, en tant que complice non parent d'un auteur parent, mais qu'il pouvait également en bénéficier en tant que parent lui-même de la victime au cas où l'auteur principal n'en bénéficierait pas faute de lien de parenté entre lui et la victime.

24. Cf. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, 3^e éd., 1916, n° 968, p. 158, 159 et 160.

commise par une personne au détriment de son ascendant, descendant ou de son conjoint ? Aucunement : le texte dispose seulement que « ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° au préjudice de son ascendant... ». Certes, on peut alors prétendre qu'en disposant que dans un tel cas c'est le vol lui-même (et non pas seulement son auteur) qui ne peut donner lieu à des poursuites pénales, l'article 311-12 suggère qu'il n'y a pas de fait principal punissable et que donc, ni l'auteur, ni son complice ne puissent être punis. Même si un tel argument peut effectivement être invoqué pour qui voudrait prôner le maintien de la solution classique, il nous semble plus exact d'admettre que l'acte reste bien délictueux et que seule la personne est épargnée. En ce sens on peut faire valoir que c'est bien de « vol » dont traite l'article 311-12 et que si les poursuites pénales sont déclarées paralysées, c'est uniquement en considération de la personne qui s'en est rendue auteur²⁵. Il y a donc bien vol, autrement dit fait principal punissable, et la règle de la criminalité d'emprunt ne s'oppose pas à ce que le complice soit sanctionné quand bien même l'auteur principal bénéficierait quant à lui de l'impunité. Quant à savoir si le complice pourra bénéficier de l'immunité au cas où, alors que l'auteur principal n'ayant aucun lien de famille avec la victime, le complice serait, lui, avec cette victime dans une relation familiale couverte par l'immunité, il ne s'agit plus de faire application de la règle de la criminalité d'emprunt, qui commande seulement l'impunité du complice en l'absence de fait principal punissable, mais qui ne préjuge pas du sort de celui-ci en présence d'un tel fait, lequel dépend alors des règles relatives à la pénalité applicable au complice.

Tel est ensuite le cas des « causes d'irresponsabilité » ainsi que les désigne le nouveau code pénal qui mêle de la sorte démence, contrainte, erreur, minorité et faits justificatifs. On pourrait alors être surpris qu'on en fasse seulement état ici et qu'on annonce qu'à leur propos l'hésitation est permise, puisqu'aussi bien il est traditionnellement admis que si la démence, par exemple, est une cause d'impunité personnelle qui n'affecte pas l'acte, en revanche les faits justificatifs sont des circonstances qui effacent le caractère délictueux de l'acte et assurent donc l'impunité au complice²⁶. On verra que c'est bien, d'une certaine manière, la solution à laquelle nous conduiront nos développements ultérieurs ; mais, pour l'instant, une particularité du nouveau code pénal nous porte à différer l'étude de ces causes d'irresponsabilité. Une fois encore, c'est une différence de rédaction entre les anciennes et les nouvelles dispositions qui, selon nous, ne permet plus d'affirmer *a priori* et de manière générale que les faits justificatifs effacent le caractère délictueux de l'acte. En effet, là où le code pénal de 1810 disposait qu'« il n'y a ni crime ni délit lorsque... » (art. 64, 327, 328), le code de 1994 dispose à présent que « n'est pas pénalement responsable la personne qui... » (art. 122-1 et s.). Or, s'il résultait bien de la formulation usitée par l'ancien code pénal que c'était la criminalité de l'acte lui-même qui disparaissait, avec le nouveau code pénal au contraire il semble que ce soit seulement la personne qui n'est pas punissable, son acte demeurant quant à lui pénalement qualifiable²⁷. Il en résulte qu'alors que sous l'empire

25. Sur ces différentes possibilités d'interprétation de l'article 311-12, cf. J. Larguier et A.-M. Larguier, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8^e éd., 1994, p. 180.

26. Pour une solution plus nuancée voir toutefois E. Garçon, *Code pénal annoté*, éd. refondue et mise à jour par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, tome I, n° 110 et s., p. 162.

27. Faisons observer que, déjà sous l'empire de l'ancien code pénal, la Chambre criminelle a pu rattacher ces faits justificatifs à l'élément moral de l'infraction, adoptant ainsi une conception subjective selon laquelle ces faits justificatifs constituent des causes de non-culpabilité n'affectant pas le caractère objectivement délictueux de l'acte (Crim. 14 févr. 1957, *Bull. crim.*, n° 155, p. 265).

des dispositions anciennes le complice devait indiscutablement, par application de la règle de la criminalité d'emprunt, bénéficier de l'impunité faute de fait principal punissable, avec le nouveau code pénal la règle de la criminalité d'emprunt ne peut plus commander directement la solution, puisque l'on ne peut plus affirmer qu'il n'y ait pas de fait principal punissable²⁸. Comment la solution pourra-t-elle alors être trouvée ? Elle le sera grâce aux règles qui commandent, non plus à la criminalité du complice, mais à la pénalité applicable à celui-ci.

En effet, lorsqu'un acte remplit *a priori* les conditions pour être punissable, c'est-à-dire lorsqu'il correspond à des faits pénalement qualifiés et ayant dépassé le stade des actes préparatoires sans désistement volontaire, ce n'est plus la règle de la criminalité d'emprunt qui peut déterminer le sort du complice : elle a atteint les limites de son aptitude à commander la répression du complice. Pour savoir si le complice peut bénéficier d'une cause qui exclurait la peine, il faut, tout comme pour une cause qui atténuerait ou aggraverait celle-ci, se référer à la règle qui concerne la pénalité.

B. - La pénalité du complice déliée de celle applicable à l'auteur ou l'abandon de la pénalité d'emprunt

12. Une fois admis le principe d'une répression possible du complice parce qu'il s'est associé à un acte qui est bien objectivement punissable, reste à déterminer la peine qui va pouvoir lui être appliquée.

13. Avec le code pénal de 1810, la détermination de la peine applicable au complice résultait, rappelons-le, des termes de l'article 59 selon lesquels « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit ».

Comment convenait-il de comprendre une telle disposition ? *A priori*, trois interprétations étaient possibles²⁹ : le complice est puni de la même peine que celle prononcée contre l'auteur, de la même peine qu'il aurait encourue s'il avait été auteur, ou enfin de la même peine que celle qu'encourt l'auteur. De ces trois interprétations, c'est la dernière qui fut retenue (la première étant condamnée par la nécessaire individualisation de la sanction et la seconde par la formulation même du texte).

La règle était donc la suivante : pour déterminer la peine applicable au complice, il fallait se référer à celle légalement applicable à l'auteur, de telle sorte qu'entre l'un et l'autre existait en principe une identité de peine. La première interprétation étant rejetée, il ne s'agissait assurément que d'une identité des peines encourues et non pas des peines effectivement appliquées, en ce sens que le juge, une fois ainsi déterminée uniformément la peine appli-

Sur cette conception subjective des faits justificatifs et sur son adoption par la jurisprudence, V. Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, thèse dactyl., Grenoble, 1984, tome 1, n° 302, p. 361 et s.

28. Ce qui ne signifie pas pour autant que l'acte n'est, dans tous les cas, aucunement affecté par la cause conduisant à l'impunité de l'auteur du dit acte (cf. *infra*, n° 18).

A ce propos, il est notable que les rédacteurs du code pénal de 1994 se sont abstenus d'employer des formules qui préjugeraient de la nature délictueuse des faits. En effet, alors que dans l'avant-projet de 1978 on pouvait lire que « n'est pas punissable celui qui était atteint, au moment de l'infraction, d'un trouble psychique » et que « l'auteur du crime ou du délit » pourra, dans ce cas et à certaines conditions, être placé dans un établissement spécialisé (art. 40), les dispositions du nouveau code pénal, quant à elles, ne contiennent que les termes neutres de « faits » ou d'« acte » — et ce, même pour la démence, dont on s'accorde pourtant à admettre qu'elle n'affecte pas l'acte.

29. Cf. R. Garraud, *op. cit.*, n° 361, p. 147 et s.

cable à chacun, fixait en revanche distinctement, dans les limites légales, le *quantum* de la peine effectivement appliquée à chacun. En outre, il y avait des cas où le complice pouvait subir une peine différente de celle de l'auteur principal : ainsi lorsqu'une peine encourue par l'un n'était pas concevable pour l'autre – telle, par exemple, une interdiction professionnelle –, ou encore, lorsque la loi, par exception, prévoyait pour le complice une peine différente de celle applicable à l'auteur principal – parfois moins sévère, telle la peine applicable à la mère, auteur ou complice, dans l'infanticide (ancien art. 302, al. 2, c. pén.) ; parfois plus sévère, comme la peine applicable à un dirigeant d'une société de bourse complice du délit de banqueroute commis par un auteur n'ayant pas cette qualité (ancien art. 404, c. pén.). Ces exceptions étant mises à part, le complice encourait donc la même peine que celle qu'encourait l'auteur de l'infraction à laquelle il s'était associé : il « empruntait » la pénalité applicable à cet auteur.

On en déduisait alors, non seulement qu'il fallait se référer au crime ou au délit même commis par l'auteur pour appliquer au complice les peines attachées par la loi à cette infraction – le complice tombant ainsi sous le coup de la même qualification que l'auteur principal –, mais encore qu'il fallait se référer à la peine même encourue par l'auteur principal, c'est-à-dire telle qu'elle avait pu, le cas échéant, être aggravée ou diminuée par certaines circonstances particulières, à l'exclusion seulement des circonstances purement personnelles à l'auteur principal telle, par exemple, l'aggravation tenant à l'état de récidive³⁰ (circonstances qui devaient s'apprécier distinctement dans la personne de chaque participant, le complice n'encourant donc l'aggravation que s'il en remplissait lui-même les conditions, c'est-à-dire, avec le même exemple, s'il était lui-même en état de récidive). La peine applicable à l'auteur principal devait alors être ainsi purement et simplement transposée au complice qui encourait donc en principe une peine identique.

Voici quelles étaient, sommairement présentées, les règles gouvernant la pénalité sous l'empire du code de 1810 et que l'on synthétisait sous la formule « pénalité d'emprunt ».

14. On s'accorde alors à admettre que c'est à cette règle de la pénalité d'emprunt que le code pénal de 1994 a mis fin en disposant dans l'article 121-6 que le complice est puni non plus comme l'auteur, mais « comme auteur ». Il est en effet indéniable que, par une telle formulation, l'article 121-6 ne commande plus, pour déterminer la peine applicable au complice, de prendre en compte celle applicable à l'auteur principal de l'infraction, mais oblige à se référer à la peine qu'aurait encourue le complice s'il avait été lui-même auteur³¹, ce qui n'est manifestement pas la même chose. On doit donc admettre que sur ce point le code de 1994 est porteur d'une virtualité de modifications quant aux solutions jusque-là admises pour la pénalité. Encore convient-il de déterminer quel est le système qui a ainsi été substitué à celui de la pénalité d'emprunt et de rechercher dans quelle mesure les solutions jusque-là admises sont remises en cause, tant il est vrai que ce n'est pas nécessairement l'ensemble de la construction ancienne qui est par là-même anéanti.

30. Sous réserve toutefois des cas exceptionnels où la loi étendait au complice la circonstance de récidive (cf. ancien art. 475).

31. Certains avaient d'ailleurs pu prétendre que c'était déjà de cette manière qu'il fallait comprendre l'ancien article 59 qui, selon eux, avait seulement été maladroitement rédigé (cf. A. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, tome 1^{er}, 6^e éd., 1887, n° 305, p. 479).

En suivant l'ordre dans lequel les règles du système ancien ont été présentées, on doit commencer par indiquer que, bien évidemment, le complice, désormais puni comme s'il avait été lui-même auteur, n'encourra pas une peine qui, par nature, serait réservée à un auteur ayant une qualité qu'il n'a pas (c'est, ainsi que nous l'avons dit, pour éviter toute hésitation à ce propos que la formulation de l'article 121-6 a été changée) : cette solution, déjà admise sous l'empire de l'ancien code pénal, doit, à plus forte raison, être maintenue avec le nouveau code.

Dans de telles hypothèses, l'auteur principal pourra donc subir une peine dont ne souffrira pas le complice, ou inversement. On doit ici ajouter que sous l'empire du nouveau code pénal il en sera ainsi dans tous les cas où se trouveront associés, pour commettre une infraction, des auteurs et des complices dont certains seront des personnes physiques et d'autres des personnes morales – dans les cas où la responsabilité pénale de ces dernières est prévue³².

Ensuite on doit également admettre que, comme par le passé, si un texte énonce de manière expresse la peine applicable au complice de telle infraction déterminée en précisant, par exemple, que le complice subira une cause d'aggravation provenant exclusivement de l'auteur principal ou découlant d'une particularité propre à ce complice, il conviendra alors d'appliquer les dites dispositions même si elles doivent aboutir à une solution différente de celle commandée par l'application des règles générales en la matière³³.

Mais c'est surtout le sort des règles générales qui gouvernaient la détermination de la pénalité applicable au complice qui doit ici nous retenir. Nous avons dit du système de l'ancien Code pénal qu'il commandait deux sortes de règles : celles qui imposent de se référer à la qualification applicable à l'auteur principal pour déterminer la pénalité qui l'assortit et, partant, sera celle applicable au complice ; les secondes étant celles qui président au jeu des causes d'impunité, d'exemption, d'atténuation ou d'aggravation de peine et notamment à leur effet sur le complice lorsqu'elles profitent ou nuisent à l'auteur.

15. Pour ce qui concerne la *qualification* à laquelle il faut se référer pour déterminer la peine applicable au complice, il faut faire observer que l'article 121-6 du code de 1994 n'impose plus, contrairement à ce que faisait

32. En effet, lorsque, pour une infraction, la responsabilité des personnes morales est prévue, une telle personne morale encourt alors une peine d'amende (outre, quand la loi le prévoit, certaines peines particulières cf. art. 131-39) dont le montant maximum est fixé, par l'article 131-38, à cinq fois celui prévu pour les personnes physiques par le texte d'incrimination. Dès lors, lorsqu'une personne morale est auteur d'une infraction et qu'une personne physique est complice, le complice encourra nécessairement une peine cinq fois inférieure à celle de l'auteur principal.

33. Ainsi en va-t-il, de par une disposition extérieure au code pénal, de l'aggravation des peines du délit de banqueroute dans le cas où la personne punissable est le dirigeant d'une société de bourse : un tel dirigeant encourt l'aggravation même s'il est complice d'une personne n'ayant pas cette qualité (cf. art. 199 de la loi du 25 janvier 1985, tel que modifié par la loi du 16 décembre 1992). A ce propos, on peut, par ailleurs, faire observer qu'il existe, à notre sens, une difficulté d'interprétation de ces dispositions quant au point de savoir si les peines sont ainsi élevées pour le seul auteur ou complice qui est agent de change ou pour tous les participants. Selon nous, dans la mesure où le texte dispose de manière indifférenciée que « lorsque l'auteur ou le complice de banqueroute est un dirigeant d'une société de bourse, les peines sont portées à... », et non pas que ce sont « les peines qu'il encourt » qui sont seules augmentées, on devrait admettre que l'aggravation s'étend nécessairement à tous les participants.

En revanche, signalons que l'exception prévue par l'article 475 de l'ancien code pénal, selon laquelle l'état de récidive de l'auteur principal aggravait la peine applicable au complice, n'est pas reprise par les nouvelles dispositions (cf. art. R 625-1).

l'article 59 de celui de 1810, qu'il faille nécessairement se référer à la qualification même applicable à l'auteur principal. En effet, l'article 59, en disposant que « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou ce délit... », imposait que l'on se référât précisément à la qualification retenue contre l'auteur principal. L'article 121-6, lui, en disposant que soit « puni comme auteur le complice de l'infraction » n'impose pas avec la même rigueur l'identité de qualification. Certes on rétorquera que l'article 121-6 impose bien tout autant de se référer à la qualification applicable à l'auteur principal, car, « comme auteur » de quel acte délictueux le complice de l'infraction peut-il être puni, sinon justement, de l'infraction dont il a été complice ? Il n'est pas de notre intention de dénier une telle assertion et il est bien certain qu'il n'est pas question de prétendre qu'avec le nouveau Code pénal on pourra punir des peines du vol celui qui se serait rendu complice d'un meurtre ³⁴.

Tout ce que la remarque ici faite tend à faire ressortir c'est que, contrairement à ce qu'auraient dû imposer les termes de l'article 59 du code de 1810, il n'y a plus d'obstacle de principe à ce que le complice puisse, dans certains cas, encourir les peines attachées à une qualification qui ne serait pas exactement identique à celle applicable à l'auteur principal. L'hypothèse à laquelle on pense est celle d'une personne qui, sachant qu'un homme dont elle souhaite la mort se trouve derrière un fourré, parvient à décider un chasseur à tirer dans cette direction en lui faisant croire que s'y trouve un animal, et l'homme est tué ³⁵. Dans un tel cas, le chasseur est auteur d'un homicide par imprudence, et si on impose la stricte identité de qualification, on doit décider que le mystificateur ne peut, en aucune manière, être puni des peines qui assortissent le meurtre ³⁶, mais, tout au plus, de celles attachées à la qualification d'homicide par imprudence – sous réserve que la complicité soit admise en cette matière ³⁷. Cette solution, qu'aurait dû imposer la formulation de l'article 59, et qui avait conduit certains auteurs à conclure au caractère erroné de la règle de l'unité de qualification ³⁸, n'est plus imposée par l'article 121-6. En effet, puni « comme auteur », le complice peut fort bien encourir dans l'exemple évoqué (sous réserve seulement qu'il y ait toujours bien, dans un tel cas, un acte de complicité punissable ³⁹) les peines du meurtre, alors même que l'auteur principal n'encourrait que celles de l'homicide par imprudence.

34. Encore que l'on puisse s'interroger de cette manière sur les hypothèses où l'infraction commise par l'auteur principal diffère totalement de l'infraction projetée par le complice. En effet, que décider dans le cas où ayant fourni à un tiers un fusil pour qu'il tue quelqu'un, ce dernier s'en sert pour commettre un vol sous la menace d'une arme ou, inversement, dans le cas où c'est le vol qui a été projeté et où c'est le meurtre d'une autre victime qui a été perpétré ? Mais on sait que dans de telles hypothèses, c'est l'élément moral de la complicité qui commande la solution – élément moral à propos duquel, ici, le nouveau code pénal n'est pas de nature à apporter de changement – et que cette solution est l'impunité du complice.

35. Hypothèse proposée par J.-H. Robert, *Imputation et complicité*, JCP 1975.I.2720, n° 12.

36. A moins de malmenier les notions d'auteur et de complice et de ne voir dans la personne du chasseur, auteur matériel de l'acte, que le complice d'un meurtre, lequel serait alors considéré comme commis par l'auteur, moral cette fois, pris en la personne de l'instigateur. Pour le rejet d'une telle solution, V. J.-H. Robert, *loc. cit.*

37. Ce que certaines juridictions ont, certes, pu admettre (cf. Chambéry, 8 mars 1956, JCP, 1956.II.9224, note R. Vouin ; cette *Revue*, 1956, p. 531, observ. A. Légal), mais que la Chambre criminelle préfère éviter, en choisissant de traiter, dans ces hypothèses, le « complice » en coauteur (V. Crim. 24 oct. 1956, *Bull. crim.*, 675 ; cette *Revue*, 1957, p. 370, observ. A. Légal).

38. En ce sens cf. J.-H. Robert, *loc. cit.*

39. On verra en effet plus loin (*infra*, n° 28) qu'avec l'article 121-7 du code de 1994 on doit admettre qu'il n'y a plus, dans cette hypothèse, d'acte de complicité punissable.

Cette remarque étant faite, il reste que sous l'empire du code de 1994 comme sous l'empire du code de 1810, c'est toujours l'acte accompli par l'auteur principal qui sert de référence pour déterminer la peine applicable au complice, en ce sens que si ce dernier est « puni comme auteur », c'est comme auteur de l'acte accompli par l'auteur principal et auquel il n'a fait, en réalité, que s'associer. En d'autres termes, et pour reprendre la formule classique, le complice continue d'emprunter à l'auteur l'acte que celui-ci a accompli, mais il ne lui emprunte ni la qualification, ni la peine qui s'attachaient, pour cet auteur, au dit acte. Ces dernières seront déterminées, non par transposition pure et simple de ce qu'elles sont pour l'auteur, mais en s'interrogeant sur le point de savoir ce qu'auraient été cette qualification et cette peine si le complice avait été lui-même auteur de l'acte que, seul, il emprunte à l'auteur principal.

16. Cette dernière observation va également permettre de déterminer quelles sont, parmi les *causes d'impunité, d'exemption, de diminution ou d'aggravation de la peine*, celles qui sont susceptibles de se communiquer au complice et, de manière plus générale, comment de telles causes doivent être appréciées et appliquées au complice.

A priori, et parce que le complice est désormais puni « comme auteur », on serait tenté d'affirmer que ces causes doivent être appréciées uniquement dans sa personne, sans se communiquer aux autres participants, ni lui être communiquées par les autres participants. Mais, des deux assertions qui viennent d'être énoncées, si la première est indiscutablement exacte (rien ne permet en effet de prétendre – sauf bien sûr disposition expresse dans ce sens ⁴⁰ – qu'une aggravation, par exemple, qui proviendrait d'une particularité propre au complice, puisse devoir s'étendre à l'auteur principal), la seconde doit en revanche être immédiatement tempérée.

En effet, le complice étant puni comme auteur de l'acte qu'il continue, avec le nouveau code pénal, d'emprunter à l'auteur principal, il est des circonstances qui, ayant imprimé à ce fait principal sa nature et ses caractères, vont nécessairement rejaillir sur le complice. Il en résulte que toutes les causes qui tiennent à l'acte même accompli par l'auteur principal vont influencer la situation du complice puisqu'il sera puni comme auteur de ce même acte.

Cela étant, une telle observation n'est pas foncièrement nouvelle. La notion de cause tenant à l'acte lui-même était connue sous l'empire du code de 1810, et servait déjà de critère pour la détermination des causes devant ou ne devant pas se communiquer au complice. Plus précisément même, et s'agissant notamment des circonstances aggravantes, on faisait une distinction : les causes réelles ou objectives tenant exclusivement à l'acte (la circonstance de nuit, le port d'arme, les violences dans le vol ou l'âge de la victime dans certaines infractions...) emportaient aggravation pour le complice ; les causes mixtes, tenant à la fois à la personne et à l'acte (telle la préméditation dans l'assassinat), suivaient le même régime en ce sens que, présentes chez l'auteur, elles se répercutaient sur le complice, sans en revanche avoir aucune incidence, ni pour l'auteur ni pour le complice, si elles étaient présentes en la personne du complice ; et les causes personnelles ou subjectives (telle la récidive à laquelle on a déjà fait allusion), elles seules, s'appréciaient distinctement en la personne de chacun.

40. V., à cet égard, l'hésitation précédemment évoquée s'agissant de l'aggravation des peines de la banqueroute, *supra* note 33.

17. Partant de la règle selon laquelle, d'après le code de 1994, le complice est puni comme auteur du même acte que celui qui a été accompli par l'auteur principal, et en reprenant la distinction classique, on doit admettre que les circonstances réelles se communiquent au complice, puisqu'elles font corps avec l'acte que celui-ci « emprunte » à l'auteur principal et au titre duquel ce complice est puni ; à l'opposé, les circonstances personnelles ne se communiquent pas au complice puisqu'elles ne sont pas attachées à l'acte « emprunté » et ne s'appliqueront au complice que pour autant qu'il en remplira lui-même les conditions en tant qu'auteur. Jusque-là il n'y aurait donc aucun changement entre les solutions admises sous l'empire du code de 1810 et celles qui sont imposées par celui de 1994.

Mais là où le changement doit être attendu, c'est pour ce qui concerne les causes mixtes. La première tentation peut alors être de déclarer que, contrairement à la solution antérieurement admise, ces circonstances doivent désormais s'apprécier exclusivement dans la personne du complice. Il s'agit d'ailleurs là de la solution énoncée par la quasi-unanimité de ceux qui ont eu, jusqu'à aujourd'hui et à notre connaissance, à rendre compte des dispositions nouvelles. Selon cette opinion, « puni comme auteur », le complice doit subir l'aggravation s'il présente en sa personne la circonstance aggravante mixte, et il n'a pas à la subir dans le cas contraire, quand bien même l'auteur principal présenterait, lui, une telle circonstance. Finalement donc il s'agirait, pour ces circonstances mixtes, de substituer au régime des circonstances réelles qu'elles suivaient jusqu'alors, le régime des circonstances personnelles qui serait désormais le leur. Mais il existe également une autre solution qui, à notre connaissance, n'a été retenue que par peu d'auteurs et qui, pourtant, apparaît plus conforme à la nature des causes mixtes et aux règles gouvernant le sort du complice. Il s'agit de la solution plus nuancée préconisée par le professeur Larguier selon laquelle les circonstances mixtes, tout en devant produire leur effet sur le complice quand leurs conditions en sont réunies en sa personne, doivent aussi produire leur effet sur lui lorsque ces conditions sont présentes en la personne de l'auteur principal ⁴¹.

Pourquoi prétend-on que cette solution est celle qui, en définitive, doit s'imposer ? Comme on l'a dit, le propre d'une circonstance mixte est de tenir à la fois à la personne et à l'acte. Dès lors, en tant que circonstance tenant à l'acte, elle doit, même quand elle provient de la personne de l'auteur principal, s'appliquer au complice puni comme auteur de ce même acte, ce qui n'empêche pas d'admettre qu'elle doit également être appliquée à ce complice lorsque, non présente chez l'auteur, elle l'est chez le complice, lequel, puni comme auteur, doit bien être puni comme un auteur présentant cette circonstance. Bref, dans le premier cas, le complice « emprunte » un acte porteur de la circonstance en question et, puni comme auteur de cet acte, il doit subir l'aggravation ; dans le second cas, le complice « emprunte » un acte non porteur de cette circonstance mais, comme auteur présentant lui-même cette circonstance, il doit aussi subir l'aggravation.

Mais reste alors à faire application de cette distinction et de ses conséquences aux différentes causes qui, selon nous, y sont soumises. La tâche pourrait alors paraître aisée puisque la distinction n'est pas nouvelle et que, sous l'empire du code de 1810, la classification des circonstances en réelles, personnelles et mixtes avait déjà été faite. Toutefois d'une part, nous avons admis que de nouvelles causes devaient être soumises à cette nomenclature (notam-

41. J. Larguier, *op. cit.*, p. 67. Dans le même sens cf. G. Vermelle, *op. cit.*, p. 98.

ment, les faits justificatifs) et d'autre part, cette classification – qui n'a d'ailleurs jamais été faite de manière systématique, ni n'a jamais fait parfaitement l'unanimité – est susceptible d'avoir elle aussi été modifiée ici ou là par les dispositions du nouveau code pénal, de sorte que l'on ne peut ici faire l'économie d'un examen des principales causes qui, avec le code de 1994, assurent l'impunité, exemptent de peine ou encore diminuent ou aggravent la peine encourue.

Il nous faut donc à présent passer en revue ces principales causes pour voir s'il s'agit de causes purement subjectives, c'est-à-dire ne tenant qu'à la personne et n'affectant pas son acte, purement objectives c'est-à-dire ne tenant qu'à l'acte, ou mixtes et mêlant alors caractères subjectif et objectif.

18. Parfois les termes mêmes utilisés par le législateur aident à une telle classification. Ainsi, pour les causes d'irresponsabilité envisagées par les articles 122-1 et suivants du code de 1994, il est notable qu'alors que, s'agissant par exemple de la légitime défense, le texte vise l'« acte » accompli dans certaines circonstances, pour l'erreur ce n'est pas l'acte qui est visé mais l'état d'esprit de la personne lorsqu'elle a agi.

Il faut en déduire que sont personnelles : la démence (art. 122-1, al. 1^{er}), la contrainte (art. 122-2), l'erreur de droit (art. 122-3), la minorité (art. 122-8) et que donc, par exemple, est punissable le complice qui, en toute connaissance de cause, provoque ou facilite la commission d'une infraction par une personne qui, elle, victime d'une erreur, croit commettre un acte licite.

Se rattachent en revanche à l'acte, et doivent profiter au complice, les faits justificatifs tels que l'ordre ou l'autorisation de la loi (art. 122-4, al. 1^{er}), le commandement de l'autorité légitime (art. 122-4, al. 2), la légitime défense (art. 122-5 et 122-6), l'état de nécessité (art. 122-7). Mais s'agit-il alors de causes purement réelles ou mixtes ? Nul doute que les deux premiers faits justificatifs sont très certainement réels puisqu'ils ne tiennent pas à la personne. Quant aux deux derniers, on peut hésiter, selon nous, dans la mesure où ils tiennent aussi à la personne, de telle sorte qu'ils sont mixtes⁴². Il en résulte que celui qui s'associe à un acte que l'auteur principal accomplit en état de légitime défense ne peut être pénalement sanctionné, pas plus qu'il ne pourrait l'être si, bien que l'auteur principal n'agisse pas alors dans de telles conditions, le complice, lui, prête à l'auteur principal un concours qui lui est commandé par la nécessité de la légitime défense d'autrui.

42. A notre sens, pour la légitime défense ou l'état de nécessité, il ne suffit pas que l'acte soit consécutif à une agression ou à un danger et apparaisse objectivement comme étant la riposte à cette attaque ou le moyen de conjurer ce péril, mais il faut que l'agent ait agi *pour* sa défense ou *pour* éviter le danger. Contrairement aux deux autres faits justificatifs, pour lesquels la constatation objective que l'acte était ordonné ou autorisé par la loi ou commandé par l'autorité légitime suffit, dans le cas de la légitime défense ou de l'état de nécessité, l'acte justifié présente un caractère intentionnel (cf. not. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, Cujas, 6^e éd., 1988, n° 431, p. 552) d'où il résulte que la justification provient en partie de sa personne. S'agissant de la légitime défense par exemple, l'agent doit avoir agi dans l'intention de se défendre contre l'attaque, et la circonstance qu'il y ait eu attaque et que l'agent ait, « dans le même temps », agi ne suffirait pas à justifier son acte s'il apparaissait que ce n'est pas pour se défendre qu'il a frappé l'agresseur, mais qu'il a seulement pris cette agression comme prétexte pour lui porter un coup.

Dans le même sens, on pourrait également songer à faire valoir que la légitime défense tient bien, pour partie, à la personne, puisque la jurisprudence admet la justification en cas d'agression putative (cf. notamment Crim. 14 févr. 1957, préc.), de sorte que ce qui compte n'est pas tant que l'agression ait existé, mais que l'agent ait riposté en se pensant agressé. Toutefois, il n'est pas certain que l'on puisse véritablement en tirer argument, dans la mesure où, dans de telles hypothèses, ce n'est peut-être plus la légitime défense qui justifie l'acte, mais l'erreur (V. Ph. Conte, thèse précitée, tome 2, note 5, p. 957).

19. Pour les causes d'exemption, de diminution ou d'aggravation de peine, certaines, à notre sens, ne font pas véritablement difficulté. Ainsi⁴³ sont très certainement réelles toutes les circonstances aggravantes tenant aux modalités de réalisation de l'infraction, telles que la commission en bande organisée pour le trafic de stupéfiants notamment (art. 222-35 et 222-36), le port d'arme dans le vol (311-8) ou l'extorsion (art. 312-5); de même que celles qui tiennent au résultat, comme l'aggravation du vol selon le résultat des violences qui l'ont accompagné (art. 222-7, 222-9), l'aggravation de l'atteinte à un système informatique lorsqu'il en est résulté la suppression ou la modification des données (art. 323-1); encore en va-t-il de même de toutes les circonstances qui tiennent à la personne de la victime, comme la circonstance que la victime ait moins de quinze ans, soit d'une particulière vulnérabilité (« due à son âge, à une maladie... ») ou soit un magistrat, un juré, un avocat...⁴⁴; enfin tel est également le cas des circonstances tenant à la nature particulière de l'objet de l'infraction, comme la circonstance que le bien, objet d'une destruction, est destiné à l'utilité ou à la décoration publique et appartient à une personne publique (art. 322-2, 1^o). Est également réelle la cause de diminution de peine tenant à la circonstance que la personne séquestrée a été remise en liberté dans un délai de sept jours (art. 224-1, al. 3). Inversement, sont très certainement personnelles les causes de diminution de peine telles que l'état de minorité (art. 20-2 et s. de l'ordonnance de 1945, modifiée par la loi du 16 décembre 1992) ou l'existence d'un trouble ayant altéré le discernement (art. 122-1, al. 2); de même, les causes d'aggravation telles que l'état de récidive. Sans doute doit-on également admettre que sont personnelles l'exemption et la diminution de peines dues, en matière de terrorisme par exemple, à la dénonciation qui a permis, dans le cas de l'exemption, d'éviter la commission de l'infraction, et, dans celui de la diminution, de faire cesser les agissements ou d'éviter la mort d'homme (art. 422-1, 422-2). Si on peut hésiter, c'est parce qu'on peut prétendre, dans la mesure où cette dénonciation doit permettre, pour la cause d'exemption, d'éviter la commission de l'infraction, pour la cause de diminution, de faire cesser les agissements ou d'éviter la mort d'homme, qu'elle ne tient pas qu'à la personne, mais bien aussi à l'acte. En outre, ne serait-il pas cohérent d'admettre que, de même que le complice doit pâtir, par exemple, de ce que l'auteur d'une menace mettrait celle-ci à exécution⁴⁵, il doit bénéficier de ce repentir de l'auteur (et en bénéficier lui aussi, bien sûr, si c'est de lui que la dénonciation provient)? Certes, cela serait logique, mais, malgré tout, il nous semble que, conformément à ce qui était admis jusqu'à présent, il faut reconnaître à cette dénonciation un caractère purement personnel et non mixte. En effet, si cette dénonciation peut bien avoir des répercussions sur l'infraction, il n'empêche que malgré tout elle ne tient pas à l'acte, mais seulement à la personne. Sont à présent mixtes les circonstances aggravantes tenant aux mobiles, telle la motivation tirée de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion dans la profanation de tombeaux (art. 225-18)⁴⁶; de même que la circonstance de

43. D'une manière générale, dans les développements qui vont suivre, il ne s'agira que de donner quelques exemples. Les contraintes inhérentes à la publication d'une telle étude sont en effet telles qu'il n'est pas envisageable de procéder à une énumération plus complète.

44. Ainsi, par exemple, dans les violences, le meurtre, les actes de barbarie.

45. La mise à exécution de la menace par l'auteur d'un chantage (art. 312-11) constituant très certainement, selon nous, une circonstance réelle.

46. V. aussi : art. 224-4, 441-7.

préméditation⁴⁷ ; encore, l'habitude⁴⁸ aggravant l'avortement (art. 223-11), le recel (art. 321-2, 1^o) et celle modifiant la qualification des violences sur mineur de quinze ans ou sur une personne d'une particulière vulnérabilité (art. 222-14)⁴⁹.

Pour d'autres causes d'aggravation de peine l'hésitation est, selon nous, permise. Ainsi en va-t-il tout particulièrement des causes qui tiennent à une certaine qualité de l'auteur ou à une relation particulière entre l'auteur et sa victime. Que décider notamment de la qualité de dépositaire de l'autorité publique (dans le faux, la violation du secret des correspondances, le vol...) ⁵⁰ ? Et que décider également des qualités d'ascendant, de descendant, de conjoint ou concubin de la victime qui, pour certaines infractions⁵¹, emportent aggravation des peines ? S'agit-il de causes purement personnelles ou de causes mixtes ?

20. Pour ce qui concerne une qualité de l'agent, on serait *a priori* tenté de considérer qu'il s'agit de circonstances personnelles. Toutefois, on doit plutôt admettre qu'il s'agit de circonstances mixtes, dans la mesure où ce qui fait encourir l'aggravation n'est pas la qualité de dépositaire de l'autorité publique, mais seulement la circonstance que l'infraction a été commise par une telle personne « agissant dans l'exercice de ses fonctions » ou, dans certains cas, « à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». L'aggravation ne tient donc pas seulement à la personne : elle tient aussi à l'acte dont elle constitue une modalité de réalisation ; de sorte que le particulier, complice d'un fonctionnaire commettant l'infraction dans l'exercice de ses fonctions, doit encourir l'aggravation, de même que doit également encourir cette aggravation le complice qui serait fonctionnaire et faciliterait, dans l'exercice de ses fonctions, la commission de l'acte principal par un particulier.

Dans tous les cas où, pour que l'aggravation soit encourue, une certaine qualité de l'agent se double ainsi de l'exigence que l'acte ait été accompli dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, la circonstance est donc mixte. En revanche, s'il ne devait pas y avoir une telle exigence et que l'aggravation ne soit encourue que de par la qualité de l'agent, il s'agirait alors d'une circonstance personnelle qui devrait s'apprécier distinctement dans la personne de chaque participant⁵².

47. Dans l'assassinat (art. 221-3) et dans les violences (art. 222-8, 9^o ; 222-10, 9^o ; 222-12, 9^o).

48. C'est ce qui explique que le complice occasionnel d'une infraction d'habitude puisse être puni s'il s'associe à un acte habituel. Mais, qualifiant l'habitude de circonstance mixte, il ne faudrait pas vouloir en déduire que le complice habituel d'un acte isolé puisse être sanctionné, car c'est alors l'exigence d'un fait principal punissable qui fait défaut.

49. Sans doute aussi la circonstance que ce soit par un manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi que l'homicide ou l'atteinte à l'intégrité de la personne par imprudence ont été causés.

50. V. également, pour d'autres qualités emportant aggravation : art. 225-7, 6^o ; art. 313-2, 3^o et 314-2, 1^o ; art. 314-3 ; art. 432-15.

51. V. par exemple, le viol, les violences, les tortures.

52. Il pourrait en ce sens y avoir hésitation s'agissant de l'aggravation prévue par l'article 225-7, 6^o en matière de proxénétisme et pour celle prévue par l'article 313-2, 3^o s'agissant de l'escroquerie. En faveur de la qualification de circonstances personnelles, on peut faire valoir, pour l'aggravation des peines du proxénétisme tenant à la circonstance qu'il est commis par une personne ayant pour fonction de lutter contre l'infraction qu'elle commet, tout comme pour celle des peines de l'escroquerie commise par une personne faisant appel au public (en vue de...), que les textes n'exigent pas expressément que ces fonctions ou cet appel au public aient été l'occasion de la commission de l'infraction. Pourtant on peut aussi penser que c'est néanmoins bien ce que sous-entendent de telles dispositions et qu'en particulier celui qui fait appel au public n'encourt l'aggravation que si c'est par cet appel au public qu'il réalise une escroquerie, et qu'alors la circonstance aggravante devrait être considérée comme mixte. Selon nous, c'est la première qualification qui doit l'emporter dans la mesure où, en l'absence de

A ce propos on doit envisager également le cas où une qualité de l'agent n'est plus une circonstance aggravante, mais une condition d'existence de l'infraction, et déterminer si, par exemple, le complice d'un débiteur, qui détruit ou détourne un objet lui appartenant qui a été saisi, encourt les peines de l'article 314-6 ou si, « puni comme auteur » non débiteur, il ne le peut pas ; ou encore si le complice non dirigeant d'une société peut être puni des peines de la présentation ou publication de comptes annuels inexacts (art. 425, 3° et 437, 2° de la loi du 24 juillet 1966).

La qualité de débiteur dans un cas, celle de dirigeant social dans l'autre, s'intègrent-elles dans l'acte, de sorte que le complice peut être puni comme auteur d'un détournement commis par un débiteur ou d'une publication de comptes annuels inexacts commis par un dirigeant ?

Il nous semble qu'il faut plutôt décider dans ces hypothèses que l'acte que le complice « emprunte » à l'auteur principal est, dans un cas, le détournement d'un bien saisi, et dans l'autre la publication de comptes annuels inexacts. Il en résulte que le complice doit être « puni comme »... un non-débiteur détournant un bien saisi ou un non-dirigeant social publiant des comptes annuels inexacts, c'est-à-dire comme une personne n'encourant pas les peines prévues exclusivement pour un auteur débiteur ou dirigeant⁵³. Il s'agirait donc, selon nous, de qualités personnelles qui doivent être appréciées distinctement pour chaque participant, à moins que la loi n'en ait expressément disposé différemment⁵⁴.

En faveur d'une solution répressive, on pourrait néanmoins faire valoir que si l'article 121-6 impose que le complice soit « puni comme auteur », c'est nécessairement comme un auteur punissable⁵⁵, de sorte que le complice ne peut pas échapper à la sanction au motif qu'il n'a pas la qualité requise pour être auteur. Mais, selon nous, ce n'est pas ce qui résulte des termes de l'article 121-6, et, encore une fois, puni comme s'il avait été auteur de l'acte, le complice ne doit pas pouvoir être sanctionné lorsque fait défaut en sa personne une qualité constitutive de l'infraction, sans laquelle, « comme auteur », il ne peut être puni.

précision en ce sens, on ne peut affirmer que l'aggravation n'est encourue que si c'est à l'occasion de l'exercice des fonctions ou de l'appel fait au public que le proxénétisme ou l'escroquerie ont été commis. En ce sens on peut faire observer qu'une différence s'est justement glissée, à propos de l'aggravation de l'escroquerie, entre les dispositions de l'ancien et du nouveau code pénal, puisque, aux termes de l'article 405, cette aggravation n'était encourue que si l'infraction avait été commise « par une personne ayant fait appel au public... », c'est-à-dire que l'appel fait au public devait, sous l'empire des anciennes dispositions, avoir été l'occasion de la commission de l'escroquerie, ce qui n'est en revanche plus le cas aujourd'hui.

53. Sauf à prétendre, dans le cas du détournement d'objet saisi, que le complice pourrait alors être puni comme auteur d'un abus de confiance ou d'un vol – selon que le débiteur aurait détourné le bien laissé à sa garde ou confié à celle d'un tiers. Solution qui, à notre sens, ne doit pas pouvoir être retenue, puisqu'il n'y a ni abus de confiance, ni vol principal constitué.

54. Ainsi, à notre sens, en irait-il de la banqueroute, pour laquelle l'article 198 de la loi du 25 janvier 1985 dispose expressément que les complices encourrent les peines prévues pour cette infraction « même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, d'agriculteur... ».

55. Il faudrait alors admettre qu'il s'agit d'une sorte de fiction : le complice n'est pas seulement puni comme s'il avait été auteur du détournement d'objet saisi ou de la publication de comptes inexacts, mais il l'est aussi comme s'il avait été un auteur débiteur ou dirigeant social. Ou encore pourrait-on invoquer la circonstance que l'article 121-6 n'a trait qu'à la pénalité applicable au complice – la criminalité de celui-ci relevant de l'article 121-7 – et prétendre, en conséquence, que la règle posée par cet article 121-6 ne peut concerner que le *quantum* de la peine, de sorte qu'une fois établi, par application des règles posées par l'article 121-7, que le complice est punissable, l'article 121-6 fixerait la pénalité pouvant lui être appliquée par référence à celle applicable à un auteur qui devrait nécessairement être supposé punissable.

21. Pour ce qui concerne, enfin, une relation particulière unissant l'agent à sa victime, la difficulté est, nous semble-t-il, plus grande encore. En un sens, on peut faire valoir que l'acte accompli par une personne ayant une telle relation avec sa victime ne diffère en rien de celui qui serait accompli par un tiers, et qu'il s'agit donc d'une circonstance personnelle. En effet, et par exemple, n'y a-t-il pas toujours un même fait : donner volontairement la mort à autrui, que ce fait soit réalisé par un fils sur son père ou par un tiers ? Mais, en faveur de la thèse inverse, on pourrait prétendre que l'acte que le complice va « emprunter » à l'auteur principal n'est pas seulement l'atteinte à la vie, mais l'atteinte à la vie d'un père. Ainsi perçue, cette circonstance se rapprocherait alors des circonstances tenant à une certaine qualité de la victime, dont on a dit qu'elles étaient réelles, et prendrait donc, quant à elle, la qualification de circonstance mixte.

Comment se déterminer entre ces deux propositions ? L'idée peut être de rechercher pourquoi, dans ces hypothèses, l'aggravation est encourue : est-ce uniquement parce que la personne, compte tenu de la relation l'unissant à la victime, est plus punissable, auquel cas la circonstance est personnelle ; ou est-ce aussi parce que son acte est objectivement plus grave, auquel cas la circonstance est mixte ? Pour reprendre le même exemple : peut-on dire que le meurtre d'un père est objectivement plus grave que le meurtre d'un tiers, ou ne doit-on pas plutôt admettre que c'est seulement celui qui tue son père qui est plus blâmable ? Ne faut-il pas en effet considérer que celui qui n'a aucun lien de parenté avec la victime doit encourir la même peine, qu'il la tue lui-même ou qu'il ne fasse que prêter son concours au fils de cette victime qui la tuerait ? Selon nous, une telle circonstance devrait donc plutôt être regardée comme une circonstance personnelle ne se communiquant pas de l'auteur au complice et s'appréciant uniquement, pour la détermination de la peine applicable au complice, en la personne de ce dernier ⁵⁶.

A ce dernier propos on se rappellera ce qu'on avait pu dire de l'immunité familiale de l'article 311-12 du code de 1994 et qui est conforme à ce que nous énonçons ici. Une telle immunité provient, tout comme les circonstances aggravantes que nous venons d'envisager, d'une relation unissant l'auteur à sa victime et, si nous faisons application à cette immunité de ce que nous venons de décider pour ces circonstances aggravantes, on est conduit à admettre qu'il s'agit d'une particularité personnelle à celui qui entretient de telles relations avec la victime et qui ne tient aucunement à l'acte ⁵⁷. Une telle affirmation est alors parfaitement conforme à celle précédemment formulée, selon laquelle l'immunité familiale n'efface pas le caractère délictueux de l'acte et ne profite qu'à ceux, auteur ou complice, qui sont, avec la victime, dans une relation couverte par l'immunité. Selon nous, le sort du complice doit donc être, face à une telle immunité, le même que celui d'un coauteur.

56. Il est vrai que sous l'empire du code pénal de 1810 on enseignait que la qualité de fils de la victime dans le parricide était une circonstance mixte. Mais il s'agissait alors, justement, d'un parricide et non d'un meurtre, ce qui traduisait la conception de l'époque qui était de voir un tel acte comme différent de l'acte de meurtre ordinaire. Or, avec le nouveau code pénal, l'atteinte à la vie d'un père n'est plus qu'un meurtre (aggravé certes), ce qui traduirait alors un changement de conception.

57. On trouve ainsi ici la réponse à la question de savoir si le complice peut bénéficier de l'immunité lorsque c'est lui-même qui est dans une relation familiale avec la victime, question que nous avions précédemment laissée en suspens. Comme toutes les causes personnelles, l'immunité profite au complice quand il en remplit lui-même les conditions.

22. Mais alors, que reste-t-il, avec le système imposé par le nouveau code de 1994, et que nous venons de présenter, de la distinction entre le complice et le coauteur ?

A priori on serait tenté de déclarer que cette distinction a perdu de son intérêt puisque – mises à part l'exigence d'un fait principal punissable et la circonstance que, comme nous le verrons, le complice, par aide ou assistance, d'une contravention n'est en principe pas punissable⁵⁸ qui, toutes deux, marquent la différence entre le complice et le coauteur – pour la pénalité il n'y a plus de différence ; « puni comme auteur », le complice encourt désormais les mêmes pénalités que celles qu'il encourrait s'il était coauteur. En effet, et pour reprendre les exemples traditionnellement donnés de la différence entre le sort du complice et celui du coauteur, le complice non parent du meurtre perpétré par un fils sur son père sera puni, tout comme le coauteur non parent, des peines du meurtre ordinaire, tandis que le complice, fils de la victime, qui prête son concours à un tiers pour le meurtre de celle-ci, sera puni des peines aggravées, tout comme s'il avait été coauteur. Encore, le complice ne bénéficiera pas plus qu'un coauteur de l'immunité familiale dont pourrait bénéficier un autre participant et celle-ci ne lui profitera que s'il est lui-même dans une relation familiale avec la victime qui soit couverte par l'immunité.

Certes, on pourrait penser que la différence entre le sort du complice et celui du coauteur se fera à propos des circonstances réelles ou mixtes, puisque le complice continue d'« emprunter » l'acte de l'auteur principal, tandis que le coauteur n'est puni que pour l'acte qu'il a lui-même accompli. Mais cette affirmation n'est pas exacte dans la mesure où la Chambre criminelle décide de faire subir au coauteur l'aggravation tenant aux circonstances qu'un autre participant a pu attacher à l'acte. Ainsi admet-elle notamment que le coauteur d'un vol non porteur d'une arme subit l'aggravation tenant à la circonstance qu'un autre participant était porteur d'une telle arme⁵⁹, ou encore que le coauteur de violences subit l'aggravation résultant de la gravité des coups portés par un autre⁶⁰. Coauteur comme complice doivent en effet subir les circonstances réelles ou mixtes parce que, tenant à l'acte, elles leur sont imputables par application de la notion de dol éventuel⁶¹.

On serait alors conduit à dire qu'il n'est plus utile de déterminer, face à une personne qui a participé plus ou moins directement à une infraction, si elle a la qualité de complice ou de coauteur, puisque sa pénalité sera identique. Cela signifierait donc que l'article 121-6, en accroissant l'autonomie de la peine applicable au complice, aurait corrélativement sinon anéanti, du moins amoindri, l'autonomie de la qualité de complice par rapport à celle de coauteur. Toutefois une telle assertion doit être atténuée car, pour que le complice puisse encourir les peines qu'il encourrait s'il avait été auteur, encore faut-il qu'il y ait bien complicité, et complicité qui soit punissable. Or, pour que la participation à l'infraction commise par autrui soit constitutive de complicité punissable, il faut que certaines conditions soient remplies.

58. Certes, on pourrait prétendre que le complice d'une contravention étant désormais puni « comme auteur » de cette contravention, il est, comme un tel auteur, dans tous les cas susceptible d'être sanctionné. Mais, on doit immédiatement réfuter une telle proposition en faisant observer que, pour pouvoir être puni comme auteur, encore faut-il être complice ; or, pour cela, il faut remplir les conditions de la participation punissable, et notamment il faut s'être associé à une infraction pour laquelle la complicité est prévue. Sur cette question V. J. Languier, *op. cit.*, p. 66.

59. Crim. 12 mars 1968, *Bull. crim.*, n° 83 ; Crim. 4 janv. 1985, *Bull. crim.*, n° 9.

60. Crim. 13 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 195, p. 491 ; cette *Revue*, 1973, p. 881, J. Languier.

61. En ce sens, J. Languier, *op. cit.*, p. 67.

II. - LES CONDITIONS PROPRES DE LA COMPLICITÉ PUNISSABLE

23. Que l'on se réfère à l'ancien ou au nouveau code pénal, ce n'est pas n'importe quelle participation à la préparation ou à la consommation d'une infraction qui est susceptible de faire encourir à l'intervenant les peines s'attachant à l'infraction principale telles qu'elles ont été précédemment définies.

Jusqu'en 1994 on admettait que la participation punissable supposait l'existence d'un élément moral : la participation en connaissance de cause de la part du complice, c'est-à-dire la volonté du complice de concourir à l'infraction ; celle d'un élément matériel : l'acte de complicité qui devait présenter certains caractères, à savoir être un acte positif (et non une abstention⁶²), antérieur à l'infraction ou concomitant de celle-ci, devant de surcroît correspondre à l'une des formes de participation prévues par les textes. En outre, pour qu'une telle participation soit punissable, encore fallait-il qu'elle se rattachât à une infraction principale tombant sous la qualification de crime ou délit, la complicité de contravention n'étant en principe pas punissable et n'étant réprimée que dans les cas exceptionnels prévus par la loi.

Sur ces différents points, le code pénal de 1994 n'apporte aucun démenti et ces conditions de la complicité punissable sont donc appelées à se maintenir. Quant à l'élément moral de la complicité ou quant à l'exigence d'une participation positive et antérieure à l'acte ou concomitante, le code pénal de 1810 ne comportait pas de disposition expresse les concernant et le même silence gardé par les rédacteurs du code de 1994 doit être compris comme traduisant leur volonté de maintenir les solutions antérieures, de sorte que nous n'avons ici rien à en dire de plus. En revanche, quant aux cas de participations punissables, les nouvelles dispositions diffèrent sur certains points des anciennes. Ces différences concernent notamment, comme nous l'avons déjà évoqué, la définition de la provocation, ainsi que la qualification de la participation par aide ou assistance à une contravention dans les hypothèses exceptionnelles où elle est réprimée. Dans ces circonstances, il est nécessaire de s'attacher d'une part aux formes de participation punissable (A), pour s'interroger sur l'incidence des modifications intervenues dans leur définition, et d'autre part au domaine de la participation punissable (B), pour consacrer certains développements aux exceptions désormais apportées à l'impunité de la complicité de contravention.

A. - Les formes de participation punissable

24. Comme le faisait l'article 60 de l'ancien code pénal, l'article 121-7 du code de 1994 énumère les cas de complicité.

Les cas ainsi désignés sont les mêmes que ceux antérieurement prévus⁶³, si ce n'est que les rédacteurs du nouveau code pénal n'ont pas jugé utile de reprendre, dans l'énumération, le cas de complicité par *fourniture de moyen*, puisqu'aussi bien il n'est qu'une sorte particulière de complicité par aide ou

62. Avec cette réserve cependant que la simple présence peut parfois être analysée comme une aide morale positive lorsque l'abstentionniste est une personne qui a, par ses fonctions ou sa qualité, le devoir ou le pouvoir d'intervenir.

Sur la question générale de l'abstention en matière pénale, V. D. Rebut, *L'omission en droit pénal - pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse Lyon, 1993.

63. Avec cette précision cependant que le cas particulier de complicité prévu par l'article 61 alinéa 1^{er} de l'ancien code disparaît pour être désormais réprimé au titre d'un délit distinct (art. 434-6).

assistance et continue donc d'être punissable au titre de cette forme de participation.

Quant à cette complicité par *aide ou assistance*, la définition qui en est donnée par l'article 121-7 diffère peu de celle qui résultait du texte antérieur. Sous réserve qu'elle comprendra désormais la fourniture de moyen et de ce qui sera exposé à propos des cas exceptionnels où la complicité constitue un mode punissable de participation à la commission d'une contravention, aucune modification n'est à attendre de l'application du nouveau code.

25. Pour ce qui concerne ensuite la complicité par *instruction*, il n'y a pas davantage à attendre de changement et tout au plus peut-on regretter la formulation défectueuse qu'ont adoptée les rédacteurs du nouveau code. En disposant qu'est complice « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre », l'article 121-7 impose en effet que la fourniture d'instructions ne suffise pas à conférer la qualité de complice, puisque le texte exige que ce soit par l'un des moyens énumérés que ces instructions soient données⁶⁴ – ce qui, au demeurant, est largement dépourvu de sens⁶⁵. Il aurait donc été préférable d'adopter une autre rédaction et de disposer, par exemple, qu'est complice « la personne qui aura donné des instructions pour commettre une infraction ou qui, par don, promesse, menace, ordre..., aura provoqué à une infraction ».

Certes, on peut faire valoir que l'article 60 de l'ancien code pénal n'avait pas adopté une construction différente de celle retenue par l'article 121-7 puisqu'il disposait que : « seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ».

Mais si la rédaction d'un nouveau code n'est pas l'occasion de corriger les imperfections de l'ancien, on peut douter d'une partie de son utilité. Or, les critiques quant à un manque de clarté de l'article 60 se trouvent amplifiées au titre de l'article 121-7. Il y avait en effet, dans l'article 60, une virgule placée après « ceux qui », et avant donc l'énumération des moyens, laquelle était de nature à, sinon lever toute ambiguïté, permettre de considérer que l'énumération des moyens, comprise alors entre deux virgules, ne s'appliquait qu'à la provocation, les instructions, elles, suffisant à elles seules à constituer un acte de complicité.

Cette remarque étant faite, il reste que cette maladresse rédactionnelle dont a été l'objet l'article 121-7 s'agissant de la complicité par instructions restera très certainement sans incidence. Tout porte en effet à penser que la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'exigera pas, contrairement à ce que la lettre du texte devrait pourtant imposer, que les instructions soient accompagnées de quelque circonstance que ce soit pour être constitutives de complicité punissable, et qu'elle continuera de considérer que l'exigence de certains moyens ne se rapporte qu'à la complicité par provocation.

64. En ce sens, P. Poncelat, *préc.*, cette *Revue*, 1993, p. 460, qui se demande s'il ne faut y voir qu'une simple maladresse. V. également G. Vermelle, *op. cit.*, p. 95.

65. On ne voit en effet pas comment on pourrait, par exemple, donner des instructions par menace... sauf à donner alors au terme d'« instruction » un sens différent de celui qui lui était jusque-là reconnu.

26. C'est alors à cette dernière forme de participation punissable qu'il nous faut nous attacher. L'article 121-7 du code de 1994 maintient, parmi les cas de complicité, la *provocation*. Pour que cette provocation constitue un acte de complicité punissable, il est toujours requis, ainsi que nous venons de l'évoquer, qu'elle soit renforcée par l'utilisation de certains moyens énumérés par la loi, et pour les autres conditions dégagées par la jurisprudence aucune raison ne milite en faveur d'un quelconque changement.

Mais est-ce à dire pour autant que les textes soient exactement identiques et qu'aucune modification ne soit imposée à ce propos par les nouvelles dispositions ? Il existe, quant à la liste des moyens pouvant accompagner une provocation punissable, deux différences : un élément y a été ajouté, tandis qu'un autre en a été retranché.

27. a) D'abord cette énumération a été enrichie par l'adjonction, après les don, promesse, menace⁶⁶ et avant l'abus d'autorité ou de pouvoir, de l'ordre. A première vue, on peut s'étonner d'une telle adjonction et être tenté de taxer les rédacteurs du nouveau code pénal de redondance, tant le terme d'ordre paraît faire double emploi avec ceux d'abus d'autorité ou de pouvoir. Toutefois on doit leur faire crédit et s'interroger sur les différences qu'il peut y avoir entre la provocation par ordre et celle par abus d'autorité ou de pouvoir.

A priori on peut songer à deux cas où l'ordre pourrait être un moyen autonome de provocation : le cas où l'ordre émanerait d'une personne qui n'abuserait pas de l'autorité qu'elle a, et le cas où l'ordre émanerait d'une personne n'ayant pas d'autorité sur l'auteur principal.

S'agissant du premier cas, il n'est pas certain qu'il soit concevable. En effet, une personne peut-elle donner à une autre, qui se trouve sous son autorité ou sous son pouvoir, l'ordre de commettre une infraction sans nécessairement par là même abuser de l'autorité ou du pouvoir qu'elle a – cela dans la mesure où, rappelons-le, la complicité suppose un élément moral, de sorte que le donneur d'ordre doit nécessairement savoir qu'il provoque à la commission d'une infraction ? A notre sens, lorsqu'une personne tire profit de l'autorité ou du pouvoir qu'elle a sur une autre pour lui enjoindre de commettre un acte constitutif d'une infraction pénale, elle abuse de cette autorité ou de ce pouvoir et il est donc surabondant d'envisager distinctement cet abus et l'ordre comme moyen de la provocation.

S'agissant à présent du cas où une personne ordonnerait à une autre de commettre une infraction alors qu'elle n'a pas véritablement autorité ou pouvoir sur elle, il est certain que l'on ne se heurtera pas à l'obstacle précédent et que l'ordre pourrait alors bien être un moyen de provocation distinct de l'abus d'autorité ou de pouvoir. Mais, là encore on peut légitimement douter que l'hypothèse soit plausible, cette fois pour une autre raison. Dans le cas où l'auteur principal a commis une infraction en jouissant de son libre arbitre, c'est-à-dire où il a librement choisi de commettre l'infraction alors que, certes, l'ordre lui en avait été donné, mais par une personne n'ayant aucun pouvoir ni aucune autorité sur lui, peut-on dire du donneur d'ordre qu'il a été complice par provocation alors qu'il n'y a aucun lien de causalité entre son intervention et la commission de l'infraction ? De même que l'on admet qu'il n'y a pas d'acte de complicité punissable lorsque le prétendu complice a fourni des moyens qui n'ont finalement pas été utilisés par l'auteur principal, ne doit-on

66. Lesquels, signalons-le, ont été rédigés au singulier, ce qui est conforme à la jurisprudence qui n'a jamais exigé une pluralité de dons, de promesses ou de menaces.

pas admettre qu'il n'y a pas de complicité par provocation lorsque l'ordre donné n'a en rien déterminé l'auteur principal dans sa résolution de commettre l'infraction⁶⁷ ?

Toutefois le syllogisme n'est qu'apparent : même si l'auteur principal n'a pas agi par obéissance, faute pour l'ordre de provenir d'une personne ayant autorité ou pouvoir, on ne peut pas considérer pour autant que le donneur d'ordre n'a nécessairement joué aucun rôle dans la décision prise par cet auteur de commettre l'infraction. L'ordre donné a en effet très bien pu faire naître l'idée de l'infraction et conduire l'auteur à la commettre même s'il a, en définitive, librement décidé de passer à l'acte. En ce sens la présence de l'ordre, comme moyen de la provocation, à côté de l'abus d'autorité ou de pouvoir, serait susceptible d'avoir une incidence et pourrait permettre désormais de punir comme complice des personnes qui jusqu'alors n'étaient pas susceptibles de l'être. Notamment, il ne serait plus possible, contrairement à ce qu'avait fait la cour d'appel de Montpellier sous l'empire de l'ancien code pénal, de relaxer la personne qui, au cours d'une réunion de viticulteurs, avait ordonné à ceux-ci de se livrer à toutes sortes de sabotages, au motif que si l'un des membres de l'auditoire avait répandu des tessons de bouteilles sur la chaussée, se rendant ainsi coupable du délit d'entrave à la circulation routière, l'orateur n'avait pas d'autorité sur son auditoire, et en particulier sur l'auteur de l'infraction, de sorte qu'il ne pouvait être considéré comme complice, alors même que les juges admettaient par ailleurs comme constant que les paroles prononcées par l'orateur avaient « inspiré (à l'auteur) l'idée de commettre le délit », et qu'elles avaient « produit sur son esprit une impression suffisante pour l'entraîner à l'action ».⁶⁸

28. b) Ensuite, l'énumération légale des moyens de la provocation a été amputée des « machinations ou artifices coupables » qui figuraient dans l'article 60 du code pénal de 1810 et ne sont pas repris par l'article 121-7 de celui de 1994. Si l'on se réfère aux développements consacrés dans les ouvrages de droit pénal général à ce moyen de la provocation, on est tenté de considérer que la disparition de celui-ci est largement indifférente puisque aussi bien, si les auteurs déclarent souvent que le moyen ainsi défini est susceptible d'accueillir nombre de provocations⁶⁹, il est notable que les références jurisprudentielles ne sont pas pléthoriques, certains relevant justement que ce moyen est très rarement retenu par les tribunaux, ce qui justifie sans doute sa disparition⁷⁰.

Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai que l'on peut concevoir des hypothèses de provocation à la commission d'une infraction qui ne passent ni par don, promesse, menace ou abus d'autorité ou de pouvoir et qui, en revanche, relèveraient des machinations ou artifices coupables. Outre l'espèce examinée par la Chambre criminelle le 6 mars 1969⁷¹ citée généralement comme référence au titre de ce moyen de la provocation, on peut évoquer une espèce singulière sur laquelle a eu à se prononcer la cour d'appel de

67. Sur cette question en général cf. Ph. Salvage, *Le lien de causalité en matière de complicité*, cette *Revue*, 1981, p. 25 et s.

68. Montpellier, 16 déc. 1964, *D.* 1965.459 ; *Gaz. Pal.* 1965.I.25. Mais la Chambre criminelle a pu, dans une hypothèse similaire, approuver la condamnation du provocateur considéré comme ayant une autorité de fait suffisante (cf. *Crim.* 29 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 112, p. 282).

69. Cf. not. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 518, p. 663.

70. Ph. Salvage, *J.-Cl. Pénal*, art. 121-6 et 121-7, n° 68, préc.

71. *Crim.*, 6 mars 1969, *Bull. crim.*, 111.

Dakar⁷². Il s'agissait d'une personne qui était arrivée à convaincre une femme mariée que son mariage était dissous par le divorce, de sorte qu'elle l'avait ainsi conduite à commettre un adultère avec un troisième personnage, et l'altruiste provocateur fut condamné pour complicité d'adultère. Dans une telle hypothèse, quel est le moyen de l'escroquerie sinon les machinations ou artifices coupables ? Encore pourrait-on penser à l'hypothèse, déjà évoquée, du rabatteur qui convaincrerait un chasseur de tirer en direction d'un fourré où il prétend qu'il y a un animal et qui parviendrait ainsi à faire tuer l'homme qu'il savait être derrière ce fourré⁷³. Enfin songeons aussi à l'hypothèse généralement désignée sous le nom de « cas Dohna » où on suppose qu'une personne, sachant qu'on va l'assassiner en un lieu et à une heure déterminés, parvient, par quelques stratagèmes, à y faire envoyer quelqu'un d'autre qui se fait ainsi tuer à sa place⁷⁴. Dans tous ces cas, s'il peut y avoir complicité, c'est uniquement par provocation grâce à des machinations ou artifices coupables : aucun autre moyen de provocation ne peut être relevé, ni aucun autre cas de complicité, de sorte que de tels agissements ne sont désormais plus susceptibles de constituer des actes de complicité punissables.

29. Mais, s'agissant de cette complicité par provocation, les dispositions du nouveau code pénal contiennent encore une autre modification d'importance, qui n'a alors plus trait aux moyens de cette provocation, mais à la nature des infractions pour lesquelles elle est constitutive de complicité punissable.

B. – *Le domaine de la participation punissable*

30. Avec le code pénal de 1810, seule la complicité d'une infraction qualifiée crime ou délit était punissable, la complicité de contravention étant, quant à elle, en principe non punissable et ne pouvant être réprimée que dans les cas exceptionnels où le texte édictant une contravention incriminait la complicité.

Sur ce point le nouveau code pénal apporte de notables modifications. Pour ce qui concerne la complicité de crime ou celle de délit, il n'y a pas de changement et elles demeurent punissables. Mais c'est pour ce qui concerne la complicité de contravention que des modifications sont intervenues. En effet, si on peut continuer à dire que cette dernière n'est punissable que par exception, on doit admettre que, d'une part, les nouvelles dispositions apportent une exception générale à l'impunité pour certains cas de complicité et d'autre part, pour les cas de complicité où c'est toujours seulement par une exception spéciale que celle-ci peut être punie, les modalités de maintien de ces exceptions sont telles que l'on doit conclure à la disparition d'une hypothèse véritable de complicité.

31. Le code de 1994 remet en cause le principe selon lequel la complicité de contravention n'est pas punissable puisque, si la complicité de contravention par aide ou assistance demeure bien en principe non punissable, la complicité par instigation (provocation ou instruction) devient, elle, punissable sans qu'aucune discrimination soit faite selon la qualification de l'infraction prin-

72. Dakar, 31 déc. 1952, *Annales africaines* 1955, p. 124, chron. J. Languier.

73. Sur cette hypothèse, cf. J.-H. Robert, art. préc., n° 12.

74. Cf. Fr.-Chr. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, cité par J. Languier, cette *Revue*, 1979, p. 77 qui renvoie à la note bibliogr. L.H., cette *Revue*, 1966, p. 211.

cipale de sorte que, pour cette forme de complicité, le principe de l'impunité de la complicité de contravention est écarté.

En effet, alors que l'alinéa premier de l'article 121-7 qui traite de la complicité par aide ou assistance vise expressément le complice « d'un crime ou d'un délit », à l'exclusion donc du complice d'une contravention, l'alinéa second du même article dispose d'une manière générale qu'« est également complice la personne qui, par don, ... aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». Dès lors, en cas de complicité par provocation ou instruction, c'est la complicité de toute « infraction » quelle qu'elle soit qui est réprimée, et non pas seulement la complicité de crime ou délit. Cette affirmation n'est pas démentie par l'article 121-6 qui, pour déterminer la peine applicable au complice, s'abstient de traiter seulement du complice d'un crime ou d'un délit et vise d'une manière générale, le complice « de l'infraction ». De surcroît, cette solution est confirmée par l'article R. 610-2 qui, en réservant une disposition particulière à la complicité de contravention par provocation ou instruction, et en indiquant que celle-ci sera réprimée conformément à l'article 121-6, démontre qu'elle n'est pas soumise au même régime que la complicité de contravention par aide ou assistance pour laquelle c'est le texte qui, par exception, la réprimera qui déterminera la peine applicable au complice.

On peut donc considérer que le principe de l'ancien code pénal selon lequel la complicité de contravention n'est pas punissable est, dans une certaine mesure, remis en cause puisqu'aussi bien, s'agissant de la complicité par provocation ou instruction, ce principe n'existe plus : cette forme de complicité est punissable, que l'infraction principale soit un crime, un délit ou une contravention. Le cas de la complicité par provocation ou instruction étant donc ainsi mis à part, il reste que, dans les autres cas, la complicité de contravention demeure non punissable.

32. En effet, comme on l'a déjà exprimé, en ce qui concerne la complicité par aide ou assistance, le domaine de sa répression continue, aux termes de l'alinéa premier de l'article 121-7 du code de 1994, d'être limité aux crimes et délits. Celui qui facilite, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation d'une contravention n'est en principe pas punissable et il ne peut l'être que si un texte spécial le prévoit. S'agissant de la participation à une contravention par aide ou assistance, le système reste donc, à cet égard, identique : ce n'est qu'en vertu d'exceptions particulières et donc seulement pour certaines contraventions qu'elle peut être réprimée.

Les contraventions pour lesquelles cette forme de participation est ainsi, par exception, punissable sont les mêmes que celles de l'ancien code pénal, auxquelles quelques autres ont été ajoutées. On retrouve ainsi notamment la contravention de bruits et tapages injurieux ou nocturnes (art. R 623-2) ou encore les contraventions de quatrième et cinquième classe pour les violences (art. R 624-1 et R 625-1). A ces exceptions le code de 1994 a ajouté, par exemple, la contravention de diffusion, sur la voie publique ou dans les lieux publics, de messages contraires à la décence (art. R 624-2) et celle de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui (art. R 635-1).

A s'en tenir là, il semblerait donc que le code de 1994 n'ait pas apporté de grands changements par rapport à l'ancien code pénal. Mais les apparences peuvent parfois être trompeuses et à y regarder de plus près, il y a,

dans le nouveau code, une profonde modification s'agissant de la complicité de contravention par aide ou assistance. Si l'on se réfère aux dispositions qui, par exception, incriminent la participation par aide ou assistance à une contravention, on peut observer que la formule utilisée par le législateur a changé. Dans l'ancien code, pour réprimer la complicité de ces contraventions, les textes disposaient : « seront punis de... les auteurs ou complices de... ». Face à cela, les rédacteurs du nouveau code pénal ont procédé de manière toute différente : ils définissent, dans un alinéa, le fait principal punissable, puis, dans un autre alinéa, ils ajoutent que « le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation de la contravention prévue (ou "des contraventions prévues" selon le cas) au présent article est puni des mêmes peines ». La différence est alors que si, avec cette nouvelle formulation, c'est bien toujours une forme de complicité qui est réprimée, le terme de « complicité » n'apparaît plus. Or, une telle différence n'est pas de pure forme, ou du moins elle est de nature à imposer une modification de fond, et on peut alors s'étonner qu'il n'y ait eu, à notre connaissance, que fort peu d'auteurs⁷⁵ à la relever. En effet, lorsqu'un texte dispose, ainsi que le faisaient ceux de l'ancien code pénal, que le complice de telle contravention encourt les peines prévues pour celle-ci, il renvoie nécessairement aux règles générales de la complicité pour déterminer quand on peut dire qu'il y a complicité et quand celle-ci est punissable. En revanche, quand le texte définit un fait qu'il déclare punissable de la même peine qu'un autre, il instaure un délit distinct avec une pénalité par renvoi (ou par référence). Ainsi, en réprimant le fait de faciliter par aide ou assistance la préparation ou la consommation d'une contravention, le code de 1994 érige ce cas de complicité en délit distinct et l'affranchit des règles de la complicité. Délit distinct, ce cas de complicité acquiert alors une autonomie par rapport à l'acte principal auquel on se réfère seulement pour déterminer la peine applicable.

Sans qu'il soit ici question de reprendre dans le détail toutes les conséquences qui découlent de la circonstance qu'un cas de complicité soit érigé en délit distinct, il suffit de signaler, pour comprendre l'importance de la modification, qu'on élude alors la règle de la criminalité d'emprunt. En particulier, celui qui aura facilité par aide ou assistance la préparation ou la consommation d'une contravention, qui n'aura finalement pas été commise, sera punissable comme auteur du délit distinct, alors qu'en tant que complice de la contravention non consommée il ne le serait pas. On peut également songer à une autre conséquence qui, certes, risque, contrairement à la précédente, d'être d'application très rare et qui concerne la complicité de complicité. Il faut alors supposer une personne qui provoquerait ou donnerait des instructions à une autre pour que cette dernière facilite par aide ou assistance la préparation ou la consommation, par une troisième, d'une contravention, et qui serait alors susceptible d'être punie en tant que complice de l'auteur de ce mode particulier de commission de l'infraction qu'est le fait de faciliter les agissements de l'auteur principal.

33. De l'ensemble de ces développements relatifs aux conditions de la répression du complice tenant à l'acte de complicité lui-même, il résulte que, si l'on excepte la suppression des machinations et artifices coupables comme moyen de la provocation – laquelle peut, dans des cas très exceptionnels, aboutir à

75. Cf. J. Larguier, *op. cit.*, p. 60 et 65 ; G. Vermelle, *op. cit.*, p. 94.

l'impunité dans des hypothèses où, avec le code de 1810, une sanction aurait pu être encourue – toutes les modifications apportées à ces conditions par le code pénal de 1994 aboutissent à un renforcement de la répression.

Conclusion

34. Au terme de cette étude de la complicité, Œdipe serait sans doute satisfait d'apprendre que, malgré les modifications apportées par le code de 1994, il ne serait pas, dans l'hypothèse envisagée, condamnable, faute de fait principal punissable. Mais, si son ami avait par malheur mis son projet à exécution, le même Œdipe aurait alors trouvé le nouveau code pénal singulièrement plus sévère que l'ancien, puisque l'ordre donné aurait, avec les nouvelles dispositions, suffi à constituer un acte de complicité punissable, lui faisant de surcroît encourir les peines du meurtre aggravé par la qualité de fils de la victime.

L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Jacques KLUGER

Diplômé d'études approfondies en droit pénal et politique criminelle en Europe

Le travail, que nous nous proposons ici de faire, prend son origine dans la constatation que le droit pénal a perdu sa position dominante dans la politique répressive des Etats. Le champ répressif de clos est devenu un champ ouvert. Au départ, le droit pénal apparaissait comme la principale réaction envisageable (et envisagée) des sociétés contre le phénomène criminel et plus largement contre l'asociabilité. Mais des perturbations¹ dans le droit ont conduit à l'éclatement du champ répressif.

La « force de clôture »² s'appuyait sur trois identités. D'une part, l'identité « peine = prison », c'est-à-dire que la seule sanction envisagée était alors la peine de prison. Ensuite, l'identité « réseau de distribution de peine = réseau pénal ». Autrement dit, le réseau pénal avait le monopole du droit de punir. Enfin, l'identité « normes applicables dans le réseau pénal = droit pénal ». Le seul ensemble normatif opératoire devait être l'ensemble des normes pénales.

Plusieurs évolutions ont fait tomber en désuétude ces trois identités. Sur le plan interne, l'évolution la plus significative est l'émergence d'une sanction non pénale par sa forme (car prononcée par les réseaux administratif, disciplinaire...) mais présentant sur le fond des similitudes certaines avec les sanctions pénales (notamment par son intensité).

Le développement de cette répression a posé la question de savoir si la similitude sur le fond, entre la sanction pénale et la sanction non pénale, devait conduire à leur rapprochement ? Ou au contraire, si le particularisme de forme devait dicter une singularité des garanties dont bénéficient les sanctionnés selon le réseau sanctionneur ?

L'émergence et le développement des autorités administratives indépendantes a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur les difficultés de l'existence de la sanction répressive mais extra-pénale.

La question qui s'est alors posée au Conseil constitutionnel est de savoir si, considérant la ressemblance de la sanction extra-pénale avec la sanction pénale, on devait lui étendre les garanties et les principes fondamentaux du réseau pénal. Ou si, au contraire, on devait laisser subsister le particularisme de cette répression, en la sou-

1. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

2. *Ibidem*.

mettant aux règles du réseau qui la prononce. Autrement dit, peut-on considérer l'existence d'une « matière punitive » (ou répressive) et dès lors garantir la même protection à tout individu quel que soit l'auteur de la sanction : qu'il relève du réseau pénal, administratif, disciplinaire... ?

Une telle démarche marquerait un bouleversement épistémologique et axiologique fondamental qui nous obligerait à nous demander si on assiste à une véritable rupture ? Celle-ci supposerait-elle alors le passage d'une logique à une autre ?

Nous organiserons, donc, notre recherche autour de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel relatives à la notion de sanction répressive non pénale : d'une part, l'analyse des décisions nous permettra d'appréhender la notion à travers les décisions (I), d'autre part, l'évaluation du mode de raisonnement nous permettra d'envisager la notion à travers les logiques (II).

I. - ANALYSE DES DÉCISIONS

Pour tenter de comprendre et de formaliser la jurisprudence du Conseil constitutionnel, nous avons travaillé sur six décisions prises entre 1982 et 1993 (30 déc. 1982, 10-11 oct. 1984, 17 janv. 1989, 28 juill. 1989, 25 févr. 1992 et 13 août 1993). Ce sont les seules décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel s'est clairement prononcé sur la notion de sanction punitive.

La question qui s'est posée au Conseil constitutionnel était de savoir si le droit de punir peut être reconnu à une autorité administrative, peut-on « juger sans juge ? »³ ou « punir sans juge ? »⁴.

On distingue traditionnellement deux types de sanction administrative. La première existe dans une situation caractérisée par le lien direct entre l'administration et la personne à qui la sanction est appliquée. Elle ne pose pas de difficulté ; en effet, elle n'est pas différente « de celle qui justifie l'existence d'un pouvoir répressif spécifique à l'intérieur de toute institution, fût-elle privée »⁵. Plus délicate est la sanction administrative qui s'opère en dehors de liens ou rapports préexistant entre l'administration et l'administré. C'est cette forme de répression qui a posé problème au Conseil constitutionnel dans la mesure où elle peut s'analyser comme une atteinte au monopole du juge pénal dans la répression des infractions aux lois et règlements.

C'est dans sa décision du 30 décembre 1982 que le Conseil constitutionnel dégage pour la première fois la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (33° considérant)⁶.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a pu laisser croire qu'il était opposé à la répression administrative. Ainsi, dans sa décision des 10-11 octobre 1984, il censure la loi qui visait à « limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse » en affirmant que « cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative » (79° considérant)⁷. Cependant, force est de constater que le Conseil ne déclare pas inconstitutionnelles les sanctions administratives.

La clarification s'opère en 1980, lorsque le Conseil par deux décisions prend clairement position. Dans la première du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur

3. P. Delvolvé, La justice hors du droit, *Cal. dr. entr.*, 1984, n° 4, p. 16.

4. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ?*, Economica, 1992.

5. H.G. Hubrecht, La notion de sanction administrative, *LPA*, numéro spécial, 17 janv. 1990.

6. Déc. n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Rec. 88* ; L. Favoreu, *RD publ.*, 1983, 333.

7. Déc. n° 84-181 DC des 10-11 oct. 1984, *Rec. 78* ; L. Favoreu, *RD publ.*, 1986, p. 395.

de l'audiovisuel (CSA)⁸, la haute juridiction pose le principe selon lequel la sanction administrative n'est pas contraire à la Constitution. Et elle utilise la formule essentielle : « ces exigences (garanties procédurales) ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (36^e considérant). Si la portée de cette décision avait été fort controversée, la décision du 28 juillet 1989 relative au pouvoir de la Commission des opérations de bourse (COB) a mis fin à toute ambiguïté⁹. La décision COB apparaît comme un tournant dans la mesure où elle précise la position du Conseil constitutionnel sur le titulaire du droit de punir. Si, dans sa décision CSA, le Conseil reconnaît le droit punitif à des autorités « non judiciaires », il pose dans sa décision COB que le pouvoir sanctionnateur peut être détenu par des autorités « de nature non juridictionnelle », ce qui est une référence explicite aux autorités administratives¹⁰.

La décision du 25 février 1992¹¹, relative à la loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France et la décision du 13 août 1993¹² sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France en reprenant presque mot pour mot les décisions de 1989, montre que le Conseil constitutionnel ne souhaite plus faire marche arrière.

L'objet de la présente étude ne porte pas sur les décisions proprement dites (conformité ou non-conformité à la Constitution)¹³ mais cherche à mettre en évidence la notion de sanction punitive au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cet impératif méthodologique nous conduira à tenter de formaliser les critères utilisés par le Conseil pour déterminer la constitutionnalité de la mesure punitive avant de voir leur enchaînement.

A. – Formalisation des critères de détermination de la constitutionnalité de la mesure punitive

L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel fait apparaître trois critères :

- les objectifs à valeur constitutionnelle, critère A ;
- la procédure équitable, critère B ;
- la sévérité de la sanction, critère C.

L'ordre des critères que nous avons retenu est celui du Conseil constitutionnel. Dans les six décisions de 1982 à 1993 le Conseil a toujours organisé son raisonnement à partir de cet enchaînement des critères.

Les critères jouent un rôle particulier. Ils ne doivent pas être confondus avec les conséquences juridiques de la qualification retenue. Autrement dit, les critères per-

8. Déc. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, *Rec.* 18.

9. Déc. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *Rec.* 71 ; P. Avril et J. Gicquel, *Chron. const.*, *Pouvoir*, n° 52, 1990, p. 189.

10. E. Picard, *Droit administratif*, *JCP* 1993, *chron.* 3645.

11. Déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992, *Rec.* 48.

12. Déc. n° 92-325 DC du 13 août 1993, *JO*, 18 août 1993.

13. De nombreuses études ont tenté une telle approche : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, *op. cit.*, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis/PUF, 1992, M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *op. cit.* ; P. Delvolvé, *La justice hors du droit*, *op. cit.* ; B. Genevois, *Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du CSA*, *RFD adm.*, 1989, n° 2, p. 215, *Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB*, *RFD adm.*, 1989, n° 4, p. 671 ; L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles, *RFD adm.*, 1992, n° 2 ; La sanction administrative, *LPA* numéro spécial, 17 janv. 1990 ; F. Julien-Laferrière, *De l'application des Accords de Schengen au statut des « zones d'attente »*, *AJDA*, oct. 1992 ; E. Picard, *art. cit.* ; F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, *Economica*, 1983.

mettent le raisonnement rationnel du Conseil. Ils n'interviennent pas *a posteriori* comme conséquence dudit raisonnement. Lorsque le Conseil envisage la disposition légale, il le fait à partir des critères et non pas l'inverse.

1. Les objectifs à valeur constitutionnelle (critère A)

Les objectifs à valeur constitutionnelle ont été dégagés par le juge constitutionnel en plusieurs étapes.

A l'occasion du contrôle de la loi du 2 février 1981, le Conseil dans sa décision des 19-20 janvier 1981¹⁴ introduit pour la première fois cette notion. Il affirme en effet « que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteinte à l'ordre public, notamment d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle » (56° considérant). Mais la notion reste encore assimilée « aux principes et aux droits à valeur constitutionnelle » qui constituent plus des règles ayant vocation à assurer la protection des droits des particuliers¹⁵ que des objectifs constitutionnels à réaliser.

C'est dans sa décision du 27 février 1982¹⁶ que le Conseil donne pour la première fois à la notion son autonomie en précisant qu'il revient au législateur de concilier les libertés (en l'espèce la liberté de communication) avec les « objectifs à valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels ». Dans la décision du 17 janvier 1989, le Conseil reprend mot pour mot la formule utilisée en 1982 (25° considérant). En 1993, la notion apparaît aux yeux du juge constitutionnel d'une telle importance qu'il l'énonce dans un considérant de principe (3° considérant) à côté de la notion « des libertés et droits fondamentaux ». On peut mesurer l'évolution entre 1982 où les objectifs à valeur constitutionnelle étaient assimilés aux principes et droits fondamentaux et 1993 où ils ont acquis leurs lettres de noblesse et constituent un dispositif constitutionnel essentiel. Comme le soulignait B. Genevois « l'objectif de valeur constitutionnelle apparaît comme le corollaire nécessaire à la mise en œuvre d'un droit constitutionnel reconnu »¹⁷.

Selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel, le critère A se subdivise en trois sous-critères : l'ordre public et la protection de la santé publique (A1), la liberté d'autrui (A2) et la préservation du caractère pluraliste (A3). Ainsi, dans la décision du 17 janvier 1989, la haute instance constitutionnelle affirme que le législateur doit concilier les « objectifs à valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » (26° considérant).

2. La procédure équitable (critère B)

Ce critère apparaît comme le lien nécessaire entre le critère A et le critère C. En effet, d'une part, les objectifs à valeur constitutionnelle ne trouveront leur application que si des garanties procédurales sont reconnues pratiquement aux citoyens. D'autre part, la sévérité de la sanction, rendant effectifs les objectifs à valeur constitutionnelle n'est supportable que dans la mesure où il existe un contrepoids procédural. De plus, par ce critère, le Conseil constitutionnel envisage la répression extra-pénale, confiée à des autorités administratives comme la répression pénale et ainsi place les jalons pour une « théorie générale de la sanction répressive »¹⁸.

14. Déc. n° 80-127 DC des 19-20 janv. 1981, *Rec.* 15.

15. B. Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs, 1988, *SHT*, p. 190 ; L. Favoreu, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1987, p. 43.

16. Déc. n° 82-141 DC du 27 juill. 1982, *Rec.* 45.

17. B. Genevois, *op. cit.*

18. B. Genevois, Commentaire de la décision CSA, *RFD adm.*, mars-avr. 1989, p. 226.

Ce critère B se subdivise en trois sous-critères : le pouvoir de constatation et de prescription des mesures nécessaires (B1), la nature de l'autorité détentrice du pouvoir punitif (B2) et les garanties (B3).

L'intérêt du critère B1 est de permettre de savoir si l'autorité sanctionnatrice dispose d'un pouvoir autonome (B11), d'un pouvoir rattaché (B12) ou d'un pouvoir subordonné (B13). La détermination du sous-critère permet de rapprocher ou d'éloigner la répression administrative avec la répression pénale. Dans son rôle de constatation, plus l'autorité administrative est autonome plus elle se rapproche de la place du ministère public dans la procédure pénale qui jouit seule du pouvoir de l'opportunité des poursuites. En revanche, plus le pouvoir de constatation de l'autorité administrative est subordonné, par exemple à l'intervention du parquet, plus cette répression se distingue de la répression pénale. De même, force est de constater que, sur le plan de la prescription (au sens de prescrire) des « mesures punitives nécessaires », le degré d'autonomie du pouvoir joue un rôle essentiel dans la perspective d'une « théorie générale de la sanction répressive ». Ainsi, si l'autorité compétente est autonome, c'est-à-dire qu'elle peut punir sans devoir faire intervenir un autre pouvoir, elle se retrouve dans la situation quasi similaire d'une juridiction de jugement dans le procès pénal. Si le pouvoir n'est que rattaché, c'est-à-dire que son action est liée à celle soit du ministère public soit d'un magistrat de jugement, son indépendance en est réduite d'autant et elle ne peut plus revendiquer une comparaison avec le juge pénal. *A fortiori*, si son caractère est subordonné, autrement dit que son rôle dépend de la mise en mouvement d'une autre autorité dans la phase punitive, par exemple si son intervention dans le prononcé de la sanction répressive se résume à communiquer le dossier au parquet, la comparaison avec l'autorité pénale dépositaire du droit de punir devient impossible.

Dans la décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel montre le caractère rattaché du pouvoir de la commission pour la transparence et le pluralisme de la presse en citant l'article 20 de la loi : « à l'expiration de ce délai, la commission constate que sa décision n'a pas été exécutée, elle informe le ministère public et lui transmet le dossier » (72° considérant). Le rôle de la commission est rattaché et non pas subordonné, car elle jouit d'un pouvoir souverain de constatation de l'irrespect de ses mises en demeure par leurs destinataires. Mais on ne peut parler de pouvoir autonome car la sanction n'existe que dans la mesure où la commission informe le ministère public. Dans la décision de 1984, c'est bien le sous-critère B12 qui est consacré, c'est-à-dire celui se trouvant dans une position médium.

Les décisions de 1989 marquent un tournant car les autorités administratives soumises au contrôle du Conseil jouissent d'un pouvoir ayant un caractère autonome (B11). Ainsi, dans sa décision du 17 janvier 1989, le juge constitutionnel relève que l'article 19 de la loi dispose que « le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut mettre en demeure (...) de respecter les obligations. (...) » Si le destinataire « ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui ont été adressées, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre (...) une des quatre sanctions » (20° considérant). On voit ici que le CSA n'est ni subordonné, ni rattaché à un autre pouvoir dans son rôle répressif. Il constate souverainement l'irrespect des obligations légales et conventionnelles et met en demeure sans en référer au parquet. Mais surtout, et c'est ce qui fait la nouveauté par rapport à 1984, il prononce une sanction indépendamment de l'information du ministère public et sans déléguer ce pouvoir à une juridiction répressive. La volonté de rapprochement entre la répression pénale et la répression non pénale est manifeste. Il faut préciser que le Conseil conscient de la particularité de cette répression, malgré le rapprochement avec celle du réseau pénal, recherche si le législateur n'a pas donné au CSA un pouvoir de contrainte pour ordonner l'exécution de ses décisions. Au 21° considérant, le juge constitutionnel constate que dans ce domaine le caractère du pouvoir du CSA est totalement subordonné, car il doit demander en justice que soit ordonné sous astreinte de se conformer à ces dispositions.

Dans la décision du 28 juillet 1989, le caractère du pouvoir de constatation et de prescription des mesures nécessaires de la COB est également autonome (B12). Après l'avoir affirmé indirectement en se limitant à énoncer l'article 5 de la loi relative au pouvoir de constatation et de sanction de la COB, le Conseil constitutionnel précise sa pensée en affirmant qu'une autorité peut agir dans le « cadre de prérogatives de puissance publique » pour exercer son pouvoir de sanction (5° considérant). La consécration du sous-critère B11 est confirmée aux 6°, 7°, 8° et 9° considérants où le Conseil rejette l'argument des auteurs de la saisine selon lequel la COB ne pourrait être dotée d'un pouvoir de sanction, car il est dépourvu de toute indépendance. Par conséquent, le législateur peut confier à une autorité administrative un pouvoir punitif autonome comme il existe dans le réseau pénal, à condition d'affirmer son indépendance.

Dans la décision du 25 février 1992, le Conseil constitutionnel se fait très discret sur le critère B1. Dans son 20° considérant, il relève que les services du ministère de l'Intérieur constate le manquement et que le ministre de l'Intérieur prononce la sanction. Ici comme là, c'est donc bien l'autonomie (B11) qui est consacrée.

En 1993, le Conseil retient à nouveau le critère B11, montrant par là que l'autonomie n'est en rien une contrariété avec les dispositions constitutionnelles. Que ce soit pour l'article 1^{er} de la loi relatif au refus d'entrée opposé à un étranger ou pour l'article 14 de la loi relatif à l'interdiction de plein droit du territoire en cas de reconduite à la frontière, la haute instance constitutionnelle laisse entendre sans être explicite que le caractère autonome du pouvoir sanctionnateur existe et ne conduit pas à l'inconstitutionnalité. Si le Conseil ne prend plus la peine de souligner la présence de B11, c'est qu'il estime que sa position est désormais claire.

Force est d'observer que grâce au Conseil constitutionnel, est en passe de s'instaurer en France un régime unique des sanctions, mouvement qui est irréversible¹⁹ et qui nous met enfin, sur ce point, à l'heure européenne²⁰.

A côté ou en contrepois du critère B1, la formalisation du raisonnement du Conseil constitutionnel met en évidence un critère B2 que nous avons appelé la nature de l'autorité. Ce critère se divise en deux : la nature juridictionnelle de l'autorité (B21) et la nature non juridictionnelle de l'autorité (B22).

Le critère B2 joue un rôle substantiel dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. En effet, plus la nature de l'autorité, titulaire du droit de punir, est éloignée de celle des autorités répressives du réseau pénal plus le conseil sera vigilant sur la présence de garanties procédurales. Autrement dit, B2 joue un rôle substantiel de lien ou de connecteur entre B1 (pouvoir de constatation et de prescription des mesures nécessaires) et B3 (les garanties). L'appréhension de la nature de l'autorité titulaire du droit de punir a considérablement évolué entre 1982 et 1993. Dans la décision du 30 décembre 1982, le Conseil estime qu'une sanction ayant le caractère d'une punition peut être « prononcée par une autorité de nature non judiciaire » (33° considérant). Dans sa décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil censure l'octroi d'un pouvoir répressif « à une autorité administrative ». La généralité de cette affirmation avait conduit la plupart des auteurs à s'interroger sur la constitutionnalité de la répression extra-pénale²¹. La décision CSA, si elle permet d'écarter une incertitude existentielle, ne va pas pour autant totalement clarifier la situation. En effet, le Conseil réaffirme que le pouvoir répressif peut être remis « à une autorité de nature non judiciaire » (35° considérant) (B212). Finalement, c'est la décision COB qui mettra définitivement fin au débat. En retenant la formule la plus large, le Conseil légitimise de la répression

19. F. Julien-Laferrrière, *op. cit.*, p. 660.

20. Comp. avec la position des Cours constitutionnelles italienne et allemande. Cette dernière ayant pris position dès 1967 : sur ce point V. K. Tiedemann, *La constitutionnalisation de la « matière pénale » en Allemagne*, cette *Revue*, janv.-mars 1994.

21. B. Genevois, *L'application du principe de proportionnalisation des amendes fiscales*, *RFD adm.*, 1988, p. 350.

extra-pénale détenue par « une autorité de nature non juridictionnelle » (17° considérant)²² (B22). Les décisions de 1992 et de 1993 confirmeront cette position (27° considérant pour la décision du 25 février 1992 et 48° considérant pour la décision du 13 août 1993).

Par conséquent, entre 1982 et 1993, on est passé du critère B21 et plus précisément du critère B212 (autorité non judiciaire) au critère B22 (autorité non juridictionnelle). Autrement dit, le Conseil a aujourd'hui une appréhension de la nature de l'autorité titulaire du droit de punir la plus large.

Le critère relatif aux garanties (B3) est composé des garanties procédurales (B31) et de la légalité (B32).

Le sous-critère B31 est un dispositif à valeur constitutionnelle que le Conseil a construit progressivement. Autrement dit, si l'exigence des garanties est posée dans son principe, elle ne l'est pas dans son contenu²³. Dans la décision du 30 décembre 1982, le Conseil affirme que « le principe de la non-rétroactivité... ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition » (33° considérant).

En 1984, le Conseil ne se penche pas sur cette question estimant que le caractère automatique constitutif d'un régime d'autorisation ne saurait être justifié par la présence de garanties procédurales. Les décisions de 1989 marquent un tournant ; en effet, le Conseil va en préciser le contenu. Dans la décision du 17 janvier 1989, il commence par affirmer que le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République (29° considérant) ainsi que le principe de la non-rétroactivité de la loi plus sévère (35° considérant). Ces droits trouvent leur consécration dans la possibilité pour les destinataires de la sanction de « présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés », « d'avoir accès au dossier le concernant » (29° considérant). De plus, le Conseil souligne que le « législateur a prescrit le respect d'une procédure contradictoire qui est diligentée par un membre de la juridiction administrative » (*idem*). Il est intéressant de souligner que, si au 30° considérant le Conseil relève que le CSA « constitue une instance indépendante », il ne consacre pas pour autant ce principe comme une disposition à valeur constitutionnelle²⁴. D'autre part, le juge constitutionnel relève l'existence d'un recours de pleine juridiction contre les sanctions infligées par le CSA devant le Conseil d'Etat. Ce recours « ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver (la) situation » du requérant. On voit ici l'usage d'une nouvelle catégorie du bloc de constitutionnalité : les principes généraux du droit. Ceux-ci permettent au Conseil d'exiger le respect de principes non écrits. Affirmé pour la première fois dans une décision de 1979²⁵, le recours aux principes généraux du droit reste controversé²⁶. Enfin, le Conseil considère que la mise en demeure préalable des destinataires de la sanction doit être respectée.

Dans la décision du 28 juillet 1989, le Conseil affirme que le droit pour une autorité administrative d'exercer un pouvoir de sanction ne peut exister que s'il est assorti par la loi « de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » (5° considérant). Mais le Conseil ne va pas ici plus loin et n'énonce pas les garanties procédurales renvoyant implicitement à sa jurisprudence antérieure.

Force est d'observer que le Conseil constitutionnel utilise souvent les « silences parlant ». Lorsqu'il ne dit rien sur une exigence constitutionnelle c'est que la loi est

22. E. Picard, *op. cit.*

23. C. Teitgen-Colly, Les instances de régulation et la constitution, *RD publ.*, 1990, p. 201.

24. C. Teitgen-Colly, *op. cit.*, l'auteur y voit un quasi-principe à valeur constitutionnelle et se demande « ce qu'il adviendrait de la constitutionnalité d'une répression assurée par des autorités administratives classiques ».

25. Déc. n° 79-104 DC du 23 mai 1979.

26. B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

conforme à ses yeux sur ce point. Son silence n'est pas une absence de contrôle mais au contraire une marque de conformité au dispositif constitutionnel.

Dans les décisions du 25 février 1992 et du 13 août 1993, le Conseil réaffirme que la non-rétroactivité de la loi plus sévère et le respect du principe des droits de la défense sont des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (25° considérant pour la décision du 25 février 1992 et 47° considérant pour la décision du 13 août 1993). Plus particulièrement dans la décision de 1992, le Conseil relève que « conformément au principe du respect des droits de la défense aucune sanction ne peut être infligée à une entreprise de transport sans que celle-ci ait été mise à même d'avoir accès à son dossier la concernant et de présenter ses observations » (29° considérant). En outre, le Conseil constate en 1992 que le juge administratif peut être saisi d'un recours de pleine juridiction contre la décision punitive et qu'un sursis à exécution de la décision attaquée peut être demandé en application des règles de droit commun (30° considérant). Enfin, toujours dans la décision de 1992 le Conseil introduit pour la première fois le principe de la prescriptibilité : « aucune amende ne peut être infligée à raison de faits remontant à plus d'un an » (29° considérant). Mais il faut être prudent sur ce dernier point car le Conseil n'y voit ni un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ni un principe général du droit. Dans sa décision de 1993, pour l'article 1^{er} de la loi relatif au refus d'entrée opposé d'office à un étranger par l'administration, le Conseil ne recherche pas si ce dernier jouit ou non d'un recours, comme dans le réseau pénal, estimant que dans le « cadre d'un régime de police administrative » l'absence de procédure de constatation des décisions est possible (6° considérant). Pour l'article 14 de la loi relatif à la reconduite à la frontière qui emporte de plein droit interdiction du territoire, le Conseil ne recherche pas si l'intéressé peut exercer un recours devant une juridiction, estimant que le caractère automatique de la sanction est suffisamment grave pour ne pas devoir aller plus loin et déclarer la disposition inconstitutionnelle.

L'intérêt des décisions de 1982 et de 1993 est de montrer que les garanties (B3) et plus précisément les garanties procédurales (B31) sont d'un degré d'intensité insuffisant face à une mesure punitive automatique. L'existence d'une telle sanction entraîne, nécessairement, l'inconstitutionnalité quelles que soient les garanties procédurales retenues par le législateur.

Reste à envisager le critère de la légalité (B32). Il présente une importance particulière dans l'émergence d'une « théorie générale de la sanction répressive ». En effet, dès lors que l'on se place dans l'hypothèse d'une répression administrative qui s'organise en dehors de tout lien spécial entre l'administration et la personne susceptible d'être sanctionnée, on quitte la sphère traditionnelle de l'intervention d'une autorité administrative pour se rapprocher de la sphère de la répression pénale. Dès lors, le principe de la légalité devient une exigence substantielle. En 1982, le Conseil semble se satisfaire comme élément extérieur de la légalité de la délibération de l'Assemblée territoriale (de Nouvelle-Calédonie) et de la « validation législative » qui ne permet pas de sanctionner des comportements antérieurs à la date de mise en vigueur de la loi (34° considérant). C'est bien la reprise du principe essentiel en droit pénal : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » (article 8 de la Déclaration des droits de l'homme).

Si en 1984 on ne trouve pas trace de ce principe, dès 1989, le Conseil y insiste. Il affirme que le principe de la légalité est un principe à valeur constitutionnelle (35° considérant) qui s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition même prononcée par une autorité de nature non judiciaire (36° considérant). Cependant, conscient des différences organiques du réseau pénal et du réseau extra-pénal, le Conseil a assoupli le principe : « appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite en matière administrative,

par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements » (37° considérant). Au 38° considérant, reconnaissant la constitutionnalité de l'intervention d'une autorité administrative dans la répression, il souligne que « les obligations susceptibles d'être sanctionnées sont uniquement celles résultant des termes de la loi (...) ou des textes réglementaires ». Si la décision COB ne traite pas de ce critère, les décisions du 25 février 1992 et du 13 août 1993 réaffirment que le principe de la légalité des délits et des peines est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (25° considérant de la décision du 25 février 1992 et 47° considérant de la décision du 13 août 1993) et qu'il concerne aussi les sanctions prononcées par une autorité de nature non juridictionnelle (26° considérant et 48° considérant de la décision du 13 août 1993). Dans la décision de 1992, le Conseil, utilisant la même démarche que pour le réseau pénal, constate que l'article 3 de la loi « est défini en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (27° considérant).

Au terme de ses observations, on est frappé par la volonté manifeste du juge constitutionnel de rapprocher la répression administrative de la répression pénale. Ce phénomène est d'autant plus apparent que, depuis 1989, le Conseil utilise la technique que nous qualifierons de référentielle. En effet, le juge constitutionnel énonce le dispositif constitutionnel propre au droit pénal (qui est la référence) puis affirme que ces exigences s'appliquent à toute répression ayant le caractère de punition même si l'auteur de la sanction est une autorité administrative. Ainsi, dans la décision du 25 février 1992, le Conseil considère « qu'il résulte des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'une peine ne peut être infligée qu'à condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère ainsi que le respect du principe des droits de la défense » mais que « ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle » (25° et 26° considérants)²⁷.

Reste à envisager le dernier critère, celui de la sévérité de la sanction.

3. La sévérité de la sanction

Ce critère se subdivise en trois : la nature de la sanction (C1), la mesure de la sanction (C2) et le but de la sanction (C3).

La nature de la sanction (C1) est nécessairement privative de liberté (C11), privative de droit (C12) ou pécuniaire (C13). Il faut préciser que le pouvoir attentatoire à la liberté ne peut jamais être accordé à une autorité administrative au risque de voir le Conseil censurer la loi sur ce seul fondement. Dans la décision du 28 juillet 1989, le Conseil l'affirme en estimant que si une autorité administrative peut exercer un pouvoir de sanction, il « est exclusif de toute privation de liberté » (5° considérant). A l'exception donc de ce critère, le Conseil recherche systématiquement la nature de la sanction, soit par le simple énoncé du texte de la loi (déc. COB et déc. du 25 févr. 1992), soit en le relevant explicitement (déc. CSA, déc. du 13 août 1993).

Dans la décision de 1984, le Conseil estime que la sanction privative de droit (C12) doit être regardée comme une sanction ayant le caractère d'une punition. Dans les décisions CSA et COB, le juge constitutionnel relève l'existence de sanctions de nature privative de droit et pécuniaire. En 1992, le Conseil affirme que la sanction pécuniaire, même seule, est une sanction punitive relevant de la sanction ayant le caractère d'une

27. On retrouve mot pour mot le même raisonnement dans les décisions du 17 janvier 1989, du 28 juillet et du 13 août 1993.

punition. Enfin, dans la décision du 13 août 1993 (sur l'article 14 de la loi), c'est la sanction privative de droit qui est envisagée comme punitive.

Quant à la mesure de la sanction (C2), elle permet au Conseil de rechercher si, comme dans le réseau pénal, la sanction prononcée par l'autorité est proportionnée à la finalité recherchée. Ainsi dans la décision des 10-11 octobre 1984 le Conseil estime que la privation de droit peut avoir des conséquences très graves et, par conséquent, ne peut être confiée à une autorité administrative (78° et 79° considérants).

On peut relever que, si le Conseil constate que la sanction est automatique, il ne recherchera pas si elle est proportionnée. Autrement dit, le caractère automatique de la sanction répressive administrative est implicitement une disproportion caractérisée. Par exemple, dans la décision du 13 août 1993, le seul fait pour le Conseil de constater que la sanction est prononcée automatiquement, c'est-à-dire « sans égard à la gravité du comportement », suffit à caractériser la contrariété avec l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme (49° considérant). Dans les autres hypothèses, le Conseil est très vigilant sur la mesure de la sanction. Ainsi dans la décision CSA, le Conseil affirme que « le principe de proportionnalité doit (...) recevoir application pour l'une quelconque des sanctions » (31° et 42° considérants). De plus, le juge constitutionnel relève que la sanction « doit être en relation directe avec le manquement relevé » (42° considérant).

Dans la décision COB, le Conseil précise sa pensée en affirmant, à propos du possible cumul des sanctions, qu'il n'y a pas inconstitutionnalité en cas de cumul entre sanction pénale et sanction administrative » (15° considérant). Mais cela ne signifie pas que le montant global du cumul des sanctions peut être disproportionné. En effet, le « principe de proportionnalité implique que (...) le montant global des sanctions (...) ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » (22° considérant). En 1992, le Conseil relève que la sanction pécuniaire n'est pas « manifestement disproportionnée par rapport au manquement que la loi entend réprimer » (28° considérant). Dans la décision de 1993, le Conseil paraît hésiter. D'une part, il n'envisage pas ce critère pour le contrôle de l'article 1^{er} de la loi, laissant penser qu'en matière de régime de police le principe ne trouverait pas application. Mais, d'autre part, dans le contrôle de l'article 14 de la loi (toujours relative au régime de police) il y fait allusion en affirmant que la sanction d'interdiction du territoire est prononcée « sans égard à la gravité du comportement » (49° considérant).

Quant au critère du but de la sanction (C3), il joue un rôle substantiel dans la volonté du Conseil constitutionnel d'harmoniser les répressions et de construire cette « théorie générale de la sanction répressive ». On peut distinguer traditionnellement trois buts : le but rétributif (C31), le but préventif (C32) et le but restitutif (C33). Les deux premiers buts sont caractéristiques du réseau pénal et de la répression juridictionnelle. En revanche, le but restitutif s'apparente au réseau civil ou administratif²⁸. Par conséquent, plus le but de la sanction détenue par l'autorité administrative est ou se rapproche de C31 (but rétributif), plus le Conseil exigera des similitudes avec la répression pénale, notamment par le respect rigoureux de B3 (les garanties). Au contraire, plus la sanction est ou se rapproche de C33 (but restitutif) moins le juge constitutionnel sera exigeant. Il faut constater que le critère C3 (le but) n'est jamais (dans les décisions étudiées) affirmé explicitement par le Conseil.

Le but de la sanction est rétributif dans les décisions de 1984, 1989 (CSA et COB) et 1993 (pour l'art. 14 de la loi). Il est préventif dans la décision de 1993 (pour l'art. 1^{er}). Enfin, il est rétributif et préventif dans la décision de 1992.

L'exposé des critères utilisés par le Conseil constitutionnel dans ces décisions nous permet de dégager les contours de la notion de sanction punitive. Etant précisé que

28. Pour cette différence : M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit. ; E. Durkheim, *De la division du travail social*, Quadrige/PUF, 1991.

l'existence de ces critères n'est pas forcément synonyme de rationalité. Aussi à partir de cette formalisation, nous devons tenter d'aller plus loin et de comprendre l'enchaînement logique des critères utilisés par la haute juridiction constitutionnelle.

B. - L'enchaînement logique des critères

La systématisation du raisonnement du Conseil constitutionnel ne se comprend que dans la mesure où on peut dégager l'enchaînement des critères.

Dans un premier temps, le juge constitutionnel recherche quel est l'objectif à valeur constitutionnelle qui est mis en œuvre. La détermination de ce critère n'est pas seulement une question d'école ou une clause de style mais elle joue un rôle substantiel. En effet, si le Conseil relève la mise en œuvre de A1, il en découle des conséquences importantes. Ainsi dans la décision de 1993, on peut s'étonner que le Conseil ne relève pas la contrariété de l'article 1^{er} de la loi relative à l'exécution d'office par l'administration du refus d'entrée opposé à un étranger avec la Constitution. En réalité, la détermination du critère A1 peut l'expliquer en partie. Si on relève que l'objectif à valeur constitutionnelle est la « sauvegarde de l'ordre public » et qu'on est en présence d'un régime de police des étrangers, alors, selon le Conseil, l'objectif est d'une telle importance que l'on peut admettre l'exécution d'office de la mesure.

Dans un deuxième temps, le Conseil recherche si le critère B est respecté. Au sein du critère relatif à la procédure équitable, le juge constitutionnel caractérise d'abord le pouvoir de constatation et de prescription des mesures nécessaires avant d'envisager la nature de l'autorité et les garanties. On constate alors que plus le pouvoir de sanction est autonome plus le Conseil va donner un poids élevé au critère B3. Inversement plus le pouvoir punitif est subordonné moins B3 sera prépondérant. Cette relation s'explique par le fait qu'une sanction prononcée par un pouvoir autonome présente un risque plus grand d'atteinte aux libertés qu'une sanction prononcée par un pouvoir subordonné dans la mesure où celui-ci est plus strictement encadré par le pouvoir subordonnant. Ainsi dans les décisions du 17 janvier 1989 et 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel ayant relevé le caractère autonome du pouvoir de sanction du CSA (21^o considérant) et de la COB (2^o considérant) se montre très attentif aux garanties : droits de la défense, prescription, non-rétroactivité (29^o et 36^o considérant dans la décision CSA et 6^o considérant pour la décision COB). Dans la décision des 10-11 octobre 1984, la haute instance, laissant entendre que le pouvoir de sanction de l'autorité est rattaché, se montre très lapidaire sur les garanties (77^o considérant). De même, dans la décision de 1993 sur l'article 14 de la loi, le Conseil ayant constaté que le pouvoir de l'autorité est rattaché (43^o considérant), il ne fait qu'énumérer les garanties sans rechercher en détail leur existence dans la loi (47^o considérant).

Enfin, le Conseil constitutionnel achève son raisonnement avec l'étude de la sévérité de la sanction (critère C). Ce dernier critère trouve sa justification parce que les deux précédents ont déjà été dégagés par le Conseil. Les objectifs à valeur constitutionnelle ne seront effectifs que dans la mesure où l'irrespect des règles visant leur mise en œuvre sera sanctionné. D'un autre côté, la procédure équitable rend la sanction admissible ou au moins supportable par les justiciables. En effet, comment sanctionner l'irrespect des règles de vie dans l'Etat de droit sans accorder aux justiciables les garanties de l'Etat de droit ?

L'enchaînement logique entre les sous-critères C1, C2 et C3 se fait de la façon suivante : le Conseil commence toujours par qualifier la nature de la sanction (C1), ce n'est que si et seulement si la sanction n'est pas privative de liberté, que le juge constitutionnel se penche sur la mesure de la sanction (C2). Le but de la sanction (C3) n'est jamais affirmé explicitement mais sous-entendu.

Par exemple dans la décision du 25 février 1992, le Conseil constate d'abord que la sanction est une amende fixée selon les cas à 10 000 F et à 5 000 F (C13), puis il relève d'une part, que la sanction n'est pas manifestement disproportionnée par rapport au manquement et, d'autre part, qu'elle ne revêt pas un caractère automatique (C2). Ce n'est qu'au terme de cet enchaînement que le Conseil conclut à la conformité ou à la non-conformité de la sanction punitive à la Constitution. Prenons un autre exemple : dans la décision du 13 août 1993, le Conseil constate dans un premier temps que la sanction est privative de droit (C13), il s'agit d'une interdiction du territoire pendant une durée d'un an ; dans un second temps, le Conseil relève la disproportion de la punition avec la gravité du manquement (C2) et finalement, il peut conclure à la contrariété ou non avec la Constitution.

L'existence d'un enchaînement logique dans le raisonnement du Conseil étant établi, il faut nous demander maintenant s'il existe une pondération entre les critères.

C. – *Les rapports des critères*

La question qui se pose ici est de savoir si les critères s'organisent entre eux de façon aléatoire, ou si au contraire on peut relever un rapport organisé entre A, B et C.

Il nous apparaît que ces rapports présentent la caractéristique d'être multiples, complexes, récurrents et paradoxaux. Nous serions donc en présence d'une nouvelle épistémologie juridique. De plus, il nous est apparu que chaque critère est une classe non autonome dans le raisonnement du Conseil. Autrement dit, un critère ne peut exister seul. Soit une classe est retenue en opposition avec les autres classes, soit elle est affirmée dans un nécessaire rapport avec les autres. On constate alors que les trois classes interagissent sans pour autant être prépondérantes.

En effet, le Conseil ne retient jamais un critère seul. Soit il est consacré dans un rapport négatif avec les autres, soit il est consacré dans un rapport positif. Par exemple, dans la décision des 10-11 octobre 1984, l'impossibilité pour une autorité administrative de prononcer une sanction automatique (critère B) ne peut se comprendre que dans la mesure où cette punition est disproportionnée (critère C) et risque de se retourner contre l'objectif à valeur constitutionnelle (critère A) qu'elle devait justement mettre en œuvre. On retrouve la même idée dans la décision du 13 août 1993 où la haute juridiction constitutionnelle affirme l'inconstitutionnalité de la sanction automatique parce qu'elle est prononcée « sans égard à la gravité du comportement » (49° considérant). Le Conseil donne l'impression de se satisfaire du critère B, alors que ce n'est que sa confrontation au critère C qui conduit le juge constitutionnel à prendre sa décision.

La dynamique de ces classes se trouve donc bien dans leur nécessaire réciprocité. Si nous pouvons retenir quatre types de rapports : A-B, B-C, A-C, A-B-C, force est d'observer qu'aucune décision du Conseil constitutionnel ne nous permet de dégager les rapports A-B et A-C. Cette constatation signifie que le critère A mis en rapport avec un des autres critères ne suffit pas à emporter la décision du Conseil. Restent les rapports B-C et A-B-C-. Le premier rapport éclaire le lien très fort entre B et C et finalement leur complémentarité et leur autosuffisance. Le second rapport est le plus complet mais aussi le plus complexe car il met en relation les trois critères.

Il faut, enfin, constater la particularité de la sanction administrative privative de liberté (C11). En effet, si la sanction, prononcée par une autorité administrative, est privative de liberté, il y a inconstitutionnalité. Ce mode de raisonnement apparaît de façon implicite dans la décision des 10-11 octobre 1984, où le juge constitutionnel relève « qu'aucune disposition des articles (de la loi) ne met en cause la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution » (75° considérant). Dans sa décision du 28 juillet 1989, le Conseil se montre plus explicite en affirmant que la sanction

prononcée par une autorité administrative est valable si elle « est exclusive de toute privation de liberté » (5^e considérant).

Ceci étant précisé, il nous faut maintenant développer les rapports B-C et A-B-C.

a) Rapports entre le critère de la procédure équitable et le critère de la sévérité de la sanction (B-C).

Dans la décision des 10-11 octobre 1984, l'interactivité est développée par le Conseil entre les critères B et C. On voit que, pour la haute instance, la nature (C1) et la mesure (C2) de la sanction administrative déterminent la nature de l'autorité (B2). Ainsi, si le législateur retient une sanction privative de liberté (C11), il ne peut confier le pouvoir punitif qu'à une autorité judiciaire (B211). En revanche, les autres sanctions (privative de droit (C12) et pécuniaire (C13)) peuvent être prononcées par une autorité non judiciaire (B212-B22). De même, si la sanction présente un caractère disproportionné (C2), par exemple en étant automatique, alors la « répression ne saurait être confiée à une autorité administrative » (79^e considérant). On retrouve la même idée dans la décision de 1993 où le Conseil réaffirme que la sévérité de la sanction (critère C) agit sur la nature de l'autorité détentrice du pouvoir punitif (B2) (48^e et 49^e considérant).

Dans la décision COB, le Conseil montre que la sanction pécuniaire (C13) prescrite par une autorité administrative ne peut être acceptée que dans la mesure où les garanties (B3) sont consacrées par le législateur. Le nécessaire lien entre les deux critères apparaît au 5^e considérant où le Conseil pose qu'une autorité administrative peut exercer un pouvoir de sanction dès lors qu'il est assorti par la loi de « mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Force est d'observer qu'il n'y pas prépondérance de l'un sur l'autre mais bien collaboration réciproque et récursive.

Dans la décision du 25 février 1992, le Conseil, utilisant la même logique juridique, fonde sa décision sur le seul rapport B.C. Dans le 25^e considérant, le Conseil pose les garanties qui doivent être respectées (B3). Puis au 26^e considérant, il affirme qu'une sanction punitive, compte tenu des garanties, peut être prononcée par une autorité non juridictionnelle (B2). Enfin, au 28^e considérant, le juge constitutionnel s'intéresse à la nature de la sanction (C1) et à sa mesure (C2).

b) Rapports entre le critère de l'objectif à valeur constitutionnelle, le critère de la procédure équitable et le critère de la sévérité de la sanction (A-B-C).

Dans la décision CSA, on peut relever une interactivité plus complexe. Dans un premier temps, le Conseil relève les objectifs à valeur constitutionnelle (A1 et A3). Ceux-ci vont justifier l'existence d'un pouvoir punitif, lui-même assorti de garanties pour le justiciable. Si on se concentre sur le contrôle de l'article 42-1-1^e de la loi par le Conseil, on remarque que pour affirmer la constitutionnalisation de la sanction administrative, le juge constitutionnel recherche la présence des critères B11 (pouvoir autonome de constatation et de prescription des mesures), B31 (les garanties procédurales), C12 (la sanction privative de liberté) et C2 (la mesure de la sanction). La question est alors de savoir comment s'organise le rapport logique entre ces sous-critères. Il existe un premier rapport entre B1 et B3. Plus le caractère du pouvoir de constatation et de prescription des mesures nécessaire est autonome (B11), plus la vigilance du Conseil sur la présence des garanties procédurales (B31) est forte. En revanche, plus le caractère du pouvoir est subordonné, plus l'exigence à l'égard des garanties est faible. Autrement dit, on peut constater que le sous-critère du pouvoir de constatation et de prescription des mesures (B1) est inversement proportionné au sous-critère des garanties (B3).

Plus précisément, lorsque B1 tend vers B11 (pouvoir autonome), le Conseil exige un B3 (garanties) haut, alors que lorsque B1 tend vers B13 (pouvoir subordonné), il n'exige plus qu'un B3 faible ou moyen. Ce rapport s'explique par le fait que le Conseil estime que plus l'autorité administrative est autonome, plus elle doit accorder aux justiciables des garanties. En revanche, plus elle est subordonnée, plus les garanties peuvent avoir un poids faible ou moyen dans la mesure où les garanties se retrouveront dans le réseau pénal auquel l'autorité administrative est subordonnée. Ainsi dans la décision de 1984, en relevant que le pouvoir de sanction de la commission pour la transparence et le pluralisme de la presse est rattaché, c'est-à-dire se trouve dans la position intermédiaire, le Conseil donne un poids moyen à B3. Dans la décision CSA le Conseil, ayant montré que la prescription des mesures punitives est autonome, exige que le poids de B3 soit haut. À l'inverse, dans la décision de 1993, la juridiction suprême, relevant le caractère subordonné de B1, demande un poids moindre à B3.

Finalement, on peut constater que plus le Conseil donne de l'importance à la procédure équitable (B31), plus on est en présence d'une sanction sévère. Mais, inversement, plus la sanction est susceptible de mettre en danger les droits et libertés, plus la procédure équitable prend une place prépondérante dans le raisonnement du Conseil.

Il existe un autre rapport inversement proportionné, celui entre les sous-critères de la nature de la sanction (C1) et la mesure de la sanction (C2). Il semble, en effet, que plus la sanction présente un caractère privatif de droit, plus le juge constitutionnel se montre exigeant à l'égard du respect du critère de la mesure de la sanction. Dans la décision CSA, si le Conseil admet la validité de la sanction privative de droit consistant en une suspension des programmes pour au moins un an, c'est après avoir constaté le respect de la proportionnalité et l'existence d'une relation directe avec le manquement. En revanche, dans la décision COB le caractère pécuniaire de la sanction conduit le Conseil à être moins exigeant quant à la mesure de la punition. Il accepte même le principe du cumul des sanctions. Le rapport inversement proportionné est réaffirmé dans la décision du 25 février 1992, où le Conseil constatant qu'il ne s'agit que d'une punition pécuniaire se montre moins exigeant à l'égard du critère C2. En effet, le juge constitutionnel se contente de relever que la sanction n'est pas « manifestement disproportionnée » (28^e considérant). L'utilisation du terme « manifestement » est significative de la volonté du Conseil. En effet, ce terme laisse entendre que le contrôle, en présence d'une sanction administrative pécuniaire, se limite à rechercher si la disproportion est flagrante, si elle « saute aux yeux ».

On voit donc que les influences, entre les critères, sont multiples et complexes. Il est impossible de retrouver des correspondances qui soient binaires. Il est intéressant de remarquer que, même si on se place dans le rapport A-B-C, c'est bien le rapport B-C qui est prédominant. Cependant, il ne semble pas que l'on puisse conclure à l'intérêt zéro pour le critère A. En réalité, il semble plutôt que celui-ci occupe une place faible mais nécessaire dès lors que le Conseil se place dans ce rapport.

La décision du 13 août 1993 appelle une étude séparée car elle pose des questions particulières d'interprétation. En ce qui concerne l'article 1^{er} de la loi relatif au refus d'entrée des étrangers qui peut être exécuté d'office par l'administration, on peut se demander pourquoi le Conseil n'y a pas vu une sanction ayant le caractère d'une punition ? Le juge constitutionnel affirme que, dans le cadre d'un régime de police administrative, les décisions sont susceptibles d'être exécutées d'office. Si on reprend nos critères, on peut constater que l'on est bien en présence d'un objectif à valeur constitutionnelle : le maintien de l'ordre public. Quant au critère B (la procédure équitable), le Conseil laisse entendre, implicitement, qu'il s'agit d'un pouvoir de sanction autonome (B11) mais n'en tire pas les conséquences, car il ne recherche pas si les garanties procédurales (B31) sont respectées. De plus, malgré la constatation du caractère automatique et privatif de droit (C12) le Conseil n'estime pas, comme dans sa

décision de 1984, que « cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative ». En réalité, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas le droit de requalifier les mesures qui lui sont déférées ; c'est le législateur qui choisit entre les régimes celui qui lui paraît le plus opportun. Il y a ici un risque important de « fraude à la Constitution ».

Le Conseil a pu laisser entendre qu'il soutenait la position inverse à propos de l'article 14 de la loi relatif à la reconduite à la frontière, qui emporte de plein droit interdiction du territoire pour une durée d'un an. C'est l'ordre public (A1), qui est l'objectif à valeur constitutionnelle, qui est retenu. Le juge constitutionnel recherche si les garanties procédurales (B2) sont réunies et affirme que ces principes s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même prononcée par une autorité de nature non juridictionnelle. Mais le Conseil conclut à la contrariété, car la sanction présente un caractère automatique, elle ne tient pas compte de la gravité du comportement et il n'y a pas de possibilité d'en être dispensé. Autrement dit, le rapport B-C a ici joué son rôle : la sanction disproportionnée ne peut pas être prononcée par n'importe quelle autorité et surtout en l'absence des garanties procédurales.

La position du Conseil sur l'article 14 de la loi se comprend par la « qualification de sanction donnée à l'interdiction du territoire »²⁹. La question qui n'est pas nouvelle (elle s'est déjà posée dans les décisions du 3 septembre 1986) est alors de savoir si les mesures dites de police relèvent ou non de la notion de « sanction ayant un caractère de punition » ? Rien ne nous permet de l'affirmer avec certitude. Le Conseil constitutionnel en affirmant au 57^e considérant que les « mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789 » semble apporter une réponse négative. Pourtant l'interdiction du territoire de plein droit en cas de reconduite à la frontière (art. 14 de la loi) est bien une mesure de police, appartenant à la notion de sanction ayant le caractère d'une punition (48^e considérant).

Pour D. Maillard Desgrées Du Loû c'est l'intention « non répressive insuffisamment clairement exprimée » qui expliquerait « la qualification de sanction donnée à l'interdiction du territoire »³⁰. La contrariété entre la position du Conseil pour l'article 1^{er} de la loi et celle pour l'article 14 de la loi peut trouver une explication dans le principe selon lequel le Conseil ne se reconnaît pas le pouvoir de requalifier les mesures punitives retenues par le législateur. Si celui-ci affirme clairement qu'il s'agit d'une mesure de police, alors le Conseil estime que l'on se trouve en dehors du régime de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Mais, dès lors que le législateur s'est montré « insuffisamment clair », le Conseil se reconnaît le pouvoir de soumettre la punition, selon son intensité, à l'article 8. On ne peut que regretter cette jurisprudence, dans la mesure où il nous apparaît que la « mesure de police » est une punition au même titre que la sanction prononcée par le CSA ou la COB. En effet, elle se présente, comme la sanction prononcée par le CSA ou la COB, comme un châtement, une réaction du corps social à un certain comportement. Il s'agit bien d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, car elle vient sanctionner une personne pour son activité délictueuse ou déviante. De plus, reconnaître la qualification de punition au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme aurait pour conséquence substantielle d'étendre les garanties constitutionnelles.

Aujourd'hui, il ne paraît pas possible de trancher quant à l'avenir. Il faut rester vigilant et prudent. Peut-être que, dans le futur, le Conseil soit proposera des critères rigoureux de distinction entre les mesures punitives et les mesures de police, soit suivra le mouvement initié par la Cour européenne des droits de l'homme et posera que la mesure de police est une sanction ayant le caractère d'une punition.

29. D. Maillard Desgrées Du Loû, *somm. comm.* 111.

30. *Ibidem*.

L'appréhension de la notion de sanction punitive, à travers les décisions du Conseil constitutionnel, nous a montré l'absence d'un « résultat » prédéterminé, autrement dit d'un « axiome vérité ». Au contraire, nous avons pu constater la complexité du raisonnement du juge constitutionnel. Il nous faut dès lors nous demander si nous sommes en présence d'un nouveau mode de raisonnement, d'une nouvelle logique ?

II. — ÉVALUATION DU MODE DE RAISONNEMENT

Au terme de la première partie, il ressort que le raisonnement du Conseil constitutionnel se fondait sur plusieurs critères qui avaient la particularité d'interagir sans jamais s'annuler.

Si on essayait de comprendre ce raisonnement à partir de la logique binaire, fondée sur des prémisses simples et prédéterminées, on aboutirait à une impasse. Pour la logique binaire toute règle est conforme ou non à la norme supérieure. Or, en l'espèce, le Conseil confronte les dispositions légales, établissant la sanction administrative, à un ensemble de règles fondamentales qui ne fait aucune référence à cette forme de répression. Par conséquent, il est impossible comme dans la logique binaire de conclure formellement à la conformité ou la non-conformité. La confrontation de type binaire (« vrai ou faux ») est impossible. Et pourtant le Conseil va utiliser ce corpus de règles supérieures pour contrôler la constitutionnalité de la loi.

Pour mesurer ce changement, il a semblé intéressant en premier lieu de comparer la jurisprudence du juge constitutionnel avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), dans la mesure où cette dernière a également été amenée à réfléchir à la conformité de la sanction extra-pénale. La CEDH s'est, pour sa part, demandée si la sanction non pénale (administrative, disciplinaire...) entraînait dans le cadre de la « matière pénale ». Une réponse positive a pour conséquence le respect des garanties traditionnellement propres au réseau pénal (A).

En second lieu, nous devons nous demander si, comme pour la CEDH, nous sommes en présence d'une nouvelle logique (B).

A. — *Comparaison avec le raisonnement de la CEDH*

La comparaison se limitera à l'exemple du raisonnement de la Cour à propos de la « matière pénale » en ce qu'il porte exactement sur le sujet même de l'article.

L'intérêt de la comparaison est double : d'abord, la CEDH depuis 1976 raisonne sur la notion de sanction punitive non pénale, à partir de la notion de « matière pénale », ensuite le raisonnement de la Cour a déjà fait l'objet d'une tentative de formalisation, similaire à l'objet de notre recherche.

L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) pose que toute personne a droit à un certain nombre de garanties procédurales (tribunal indépendant, impartial,...) en cas de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » et en cas d'accusation en « matière pénale ».

La Cour recherche si la mesure qui lui est déférée fait ou non partie de la matière pénale. En cas de réponse positive l'Etat concerné devra accorder à ces justiciables les règles de procédure visées par l'article 6 de la CESDH.

L'intérêt du raisonnement de la Cour réside dans sa capacité à préserver la complexité en ne réduisant pas les « accusations en matière pénale » au seul droit pénal. « La Convention permet sans aucun doute aux Etats, dans l'accomplissement de leur rôle de gardien de l'intérêt public, de maintenir ou d'établir une distinction

entre droit pénal et droit disciplinaire » ou administratif (arrêt *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976)³¹. Mais cette marge des Etats ne peut pas avoir pour effet de subordonner l'application des droits fondamentaux de l'article 6 de la CEDH, à la qualification de la mesure répressive retenue par eux. Cette éventualité aurait pour résultat une « fraude à la Convention »³². Pour éviter cette éventualité, la Cour a étendu la qualification de « matière pénale » à des sanctions relevant de réseaux extra-pénaux.

Le raisonnement des instances européennes s'organisent autour de trois critères : celui de la qualification de l'infraction d'après les techniques juridiques internes (critère A), celui de la nature même de l'infraction (critère B) et celui de la sévérité de la sanction (critère C)³³.

La question qui se pose est de savoir si « l'enchaînement logique » du Conseil constitutionnel est comparable à celui de la CEDH. Avant de tenter de répondre, il faut préciser que la comparaison est rendue délicate dans la mesure où la finalité des deux instances suprêmes paraît différente. En effet, le juge constitutionnel s'intéresse avant tout à la validité de la sanction, alors que le juge européen, ayant qualifié de « matière pénale », recherche si les garanties sont respectées. Mais en réalité le raisonnement présente des similitudes, dans la mesure où le Conseil constitutionnel et la CEDH censurent une mesure répressive si celle-ci ne présente pas les garanties constitutionnelles ou conventionnelles à partir du moment où elle rentre dans la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » ou celle de « matière pénale »³⁴.

Cette démarche comparative ne peut nous permettre de tirer des enseignements que si nous mettons en rapport les critères utilisés par le Conseil constitutionnel et par la CEDH.

Les critères utilisés par la CEDH (critère A : qualification de l'infraction d'après la technique juridique européenne ; critère B : nature de l'infraction ; critère C : sévérité de la sanction) apparaissent, en première analyse, comme très différents des critères dégagés dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Cette différence est plus pratique que théorique. Elle peut se comprendre dans une double perspective : d'une part, alors que la Cour intervient ponctuellement, à partir de situations concrètes et *a posteriori*, le Conseil est saisi *a priori* en dehors de toute application concrète de la mesure déférée. D'autre part, les instances européennes s'intéressent d'abord aux conséquences de la sanction, les garanties n'étant recherchées que dans un second temps, si la sanction entre dans la matière pénale, alors que pour le Conseil l'étude de la validité de la sanction passe, dans un premier temps, par l'examen de l'existence des règles fondamentales de procédure.

Le critère A de la CEDH (qualification de l'infraction d'après la technique juridique interne) n'existe pas explicitement dans le raisonnement du Conseil. Cela se comprend par le fait que la CEDH se penche, ici, sur l'infraction, alors que le juge constitutionnel n'étudie que la mesure punitive.

Mais on pourrait, à cette différence près, rapprocher le critère A de la CEDH avec un critère « non dit » dans le raisonnement du Conseil que nous qualifierons de critère A' : la qualification de la sanction par le législateur. L'intérêt de ce rapprochement tient dans leur rôle diamétralement opposé du critère A de la CEDH et du critère A' du Conseil.

Pour la Cour, le critère A « est un point de départ ; l'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative, il faut l'examiner à la lumière du dénominateur

31. CEDH, *Engel c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A, n° 22.

32. M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., 33.

33. Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, cette *Revue*, 1987, 819.

34. Retenons pour l'instant cette formule sur laquelle nous reviendrons, de façon plus précise dans le II. 2.

commun aux législations respectives des divers Etats contractants »³⁵. On voit qu'ici le critère A est d'un faible poids ou à la limite d'un poids moyen mais jamais d'un poids prépondérant. La situation semble totalement différente pour le critère A' du Conseil. En effet, la qualification retenue par le législateur joue, ici, un rôle prépondérant. La haute instance constitutionnelle ne se reconnaît pas le droit de requalifier la mesure. Si le législateur qualifie la disposition de mesure de police, elle ne va pas plus loin et affirme que les « mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme » et par conséquent que les mesures sont « susceptibles d'être exécutées d'office »³⁶.

Le Conseil en se soumettant à la qualification législative laisse une marque d'appréciation importante au Parlement. Le risque est de voir se développer l'arbitraire. La CEDH échappe à ce danger en ne donnant qu'un poids faible ou moyen au critère A. Le Conseil estime pour sa part qu'il ne lui appartient pas ni de juger, ni d'ignorer, ni *a fortiori* de requalifier le choix du législateur. *A contrario*, il laisse à penser qu'il « retrouve sa liberté » dès lors que le législateur se montre imprécis dans la qualification. Ainsi, dans sa décision du 13 août 1993, l'interdiction du territoire de plein droit en cas de reconduite à la frontière (article 14 de la loi) n'étant pas directement et clairement qualifiée par le législateur, le Conseil constitutionnel considère la mesure comme une « sanction ayant le caractère d'une punition » et dès lors la confronte aux critères. En revanche, dans une décision du 9 janvier 1980³⁷, pour une mesure quasiment similaire mais rattachée par le législateur à l'expulsion, considérée traditionnellement comme un acte de police, le Conseil avait affirmé qu'il s'agissait d'une mesure de police « auxquelles sont assignés des objectifs différents » (6^o considérant) et, dès lors, n'est pas soumise aux exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme (7^o considérant).

Quant au critère B de la CEDH (nature de l'infraction), il n'y a pas de comparaison avec un des critères utilisés par le Conseil. On voit bien, ici, la différence substantielle entre les deux instances : la CEDH envisage, pour déterminer la proximité de la sanction avec la « matière pénale », non seulement la sanction elle-même mais aussi l'infraction. De son côté le Conseil n'étudie que la mesure punitive sans rechercher la nature ou la qualification de l'infraction.

C'est finalement la comparaison entre le critère C de la CEDH (sévérité de la sanction) et le critère C du Conseil constitutionnel (sévérité de la sanction) qui présente le plus d'intérêt. Il faut cependant préciser que le critère C de la CEDH est plus large que celui du Conseil. En effet, il porte non seulement sur la sanction encourue (C1) mais aussi sur la sanction prononcée (C2) et sur la sanction exécutée (C3). Le Conseil se limitant à l'étude de la sanction encourue, notre comparaison ne portera que sur le sous-critère C1 de la CEDH.

La sanction encourue (C1 de la CEDH) est appréciée à partir de son but (C11), de sa nature (C12), de sa mesure (C13) et de sa modalité d'exécution (C14). Seuls C11, C12 et C13 se retrouvent dans le raisonnement du Conseil.

Sur le critère C, la différence substantielle entre les deux instances suprêmes porte sur la sanction privative de liberté. Pour la CEDH, la présence d'une mesure privative de liberté est prépondérante pour l'appartenance à la « matière pénale » : « Les sanctions portées contre MM. de Wit, Dona et Schul relevaient bien de la matière pénale, car elles tendaient à l'infliction de lourdes peines privatives de liberté »³⁸. Au contraire,

35. CEDH, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A, n° 80, § 82 ; CEDH, *Salesi c/ Italie*, 2 févr. 1993, Série A 257-E ; CEDH, *Schuler-Zraggen c/ Suisse*, 24 juin 1993, série A 436 ; CEDH, *Bendenoun c/ France*, 24 févr. 1994, série A 476.

36. Déc. 92.325 DC, du 13 août 1993, 6^o et 57^o considérants.

37. Déc. 79.109 DC, du 9 janv. 1980, *Rec.* 29.

38. CEDH, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, *op. cit.*

pour le Conseil constitutionnel, une mesure privative de liberté n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition, mais une sanction pénale qui ne peut être prononcée que par une juridiction relevant du réseau pénal.

En revanche, l'une comme l'autre reconnaissent qu'une mesure pécuniaire peut revêtir un caractère punitif-répressif. Dans sa décision du 17 janvier 1989 le Conseil, ayant relevé que le CSA est titulaire d'un pouvoir de sanction pécuniaire, estime, d'une part, que ce pouvoir de sanction est acceptable pour l'accomplissement de la mission du CSA (27^e considérant) et, d'autre part, que cette sanction présente bien le caractère d'une punition (36^e considérant). De son côté, la CEDH a posé dans la décision *Oztürk* que « si l'amende paraît à certains égards moins afflictive..., elle n'en a pas moins conservé le caractère punitif par lequel se distinguent d'habitude les sanctions pénales »³⁹.

Le Conseil comme la CEDH reconnaissent à la mesure privative de droit un caractère punitif. Ainsi, autant dans ses décisions des 10-11 octobre 1984 et du 13 août 1993, le Conseil reconnaît qu'une sanction privative de droit présente un caractère punitif.

Quant au sous-critère de la mesure de la sanction (C13 de la CEDH, C2 du Conseil), il apparaît autant chez le juge constitutionnel que chez le juge européen comme important. L'un comme l'autre estiment que la sanction punitive infligée en dehors du réseau pénal ne peut pas être disproportionnée, comme ne peut pas l'être la sanction pénale dans le réseau pénal. Mais si pour le Conseil la disproportion conduit à une censure, elle a pour effet, dans le raisonnement de la CEDH, de faire entrer avec plus de certitude la mesure dans la « matière pénale ».

Pour la CEDH la mesure de la sanction punitive est confrontée à la sanction pénale quasi identique : dans l'affaire *Engel*, la sanction était de deux jours d'arrêt de rigueur, elle présente bien un caractère privatif de liberté mais elle est de « trop courte durée pour ressortir à la matière pénale ». Inversement, dans l'affaire *Campbell*, la Cour a estimé que les privations de liberté encourues et subies « impliquaient de si lourdes conséquences pour la durée de son emprisonnement qu'il faut les (sanctions) considérer comme pénales aux fins de la Convention »⁴⁰. Pour le Conseil constitutionnel, au contraire, la disproportion rend la mesure inconstitutionnelle : dans la décision des 10-11 octobre 1984, le juge constitutionnel affirme que la privation (de ce droit) présente des conséquences trop graves pour être confiée à une autorité administrative. Dans la décision du 25 février 1992, le Conseil conclut à l'inconstitutionnalité de la sanction infligée par une autorité administrative, dans la mesure où elle est « manifestement disproportionnée par rapport aux manquements que la loi entend réprimer » (28^e considérant).

Il faut observer que, si pour le Conseil le caractère automatique de la sanction conduit à la censure (décision des 10-11 octobre 1984, décision du 13 août 1993), il n'en va pas de même pour la CEDH qui s'attache plus à la mesure qu'à la modalité d'exécution de la sanction. La Cour s'intéresse avant tout aux préjudices résultant des modalités d'exécution (aff. *Oztürk*).

Quant au critère A du Conseil constitutionnel, on peut, avec beaucoup de prudence, le rapprocher de la notion de « restriction nécessaire dans une société démocratique ». De la même façon que les objectifs constitutionnels justifient l'existence de mesures punitives (pour préserver l'ordre public, la liberté d'autrui et le caractère pluraliste de notre société), la préservation de la société démocratique justifie que les Etats adoptent des mesures répressives, étant précisé que cette notion n'apparaît pas dans l'article 6 de la CESDH (mais dans les art. 8 à 11 de la CESDH).

39. CEDH, *Oztürk* c/ RFA, 21 févr. 1984, série A, n° 73.

40. CEDH, *Campbell et Fell* c/ Royaume-Uni, 28 juin 1984, série A, n° 80.

Enfin, il faut souligner que les critères B dégagés dans la jurisprudence du Conseil ne se retrouvent pas dans les critères utilisés par la CEDH, mais dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme elle-même. Ainsi, les notions inscrites à l'article 6, paragraphe 1 de la CESDH de cause entendue « équitablement, publiquement, dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi » se rapprochent des garanties (critère B3) exigées par le Conseil. De même que l'article 6, paragraphes 2 et 3 est couvert par la notion de droit de la défense dans la jurisprudence du Conseil (avec les différences d'interprétation entre les deux juridictions qui n'est pas le propos de notre étude).

En conclusion, on peut dire que, malgré les différences, l'une comme l'autre des instances suprêmes ont adopté un système d'interprétation qui, compte tenu de sa complexité, peut apparaître arbitraire pour celui qui ne tiendrait pas compte des critères et de « l'enchaînement logique ». L'intérêt se trouve dans la tentative d'appréhender le complexe sans le réduire. Reste à se demander si le Conseil, en adoptant un tel système d'interprétation, n'a pas abandonné la logique classique au profit d'une nouvelle logique, comme le fait la CEDH. Si la réponse est positive, y a-t-il un danger plus grand d'arbitraire ou au contraire une réduction de ce risque ?

B. – Vers quel mode de raisonnement du Conseil constitutionnel

A ce stade de nos développements, il nous faut nous interroger sur les conséquences en termes de logique du raisonnement du Conseil constitutionnel.

Notre hypothèse de travail est que le Conseil constitutionnel a abandonné la logique classique sans avoir fait le pas décisif vers la logique du flou, à la différence de la CEDH⁴¹. La conséquence serait le maintien d'un risque d'arbitraire de la part du Conseil.

La logique classique ou aristotélicienne est construite sur le modèle du syllogisme. Le syllogisme est la compréhension d'un concept à partir de prémisses, dont chacune d'elles détermine l'autre et d'une conclusion « vrai » ou « faux ». On peut donner par exemple le syllogisme bien connu : tout homme est mortel ; Socrate est un homme ; donc Socrate est mortel. De façon plus formelle, le syllogisme se présente comme : tout A est un B ; C est un A ; donc C est un B.

Le raisonnement classique se fonde sur quatre principes : le principe de l'identité ($A = A$), le principe de la non-contradiction (A n'est pas égal à non- A), le principe du tiers exclu (soit A soit non A ou si $B = A$ alors il ne peut pas être égal à non- A) et enfin le principe de bivalence selon lequel tout énoncé est soit vrai, soit faux (vrai = 1 et faux = 0).

En termes de logique juridique, le principe de l'identité (ou d'égalité logique) signifie qu'une règle juridique ne peut pas être polymorphique, qu'elle ne détient qu'un sens, même si celui-ci reste à trouver. Le principe du non-contradictoire signifie que la disposition juridique ne peut pas « être » et « être son contraire », par exemple soit la disposition pose un interdit, soit elle pose une permission. Le principe du tiers exclu s'explique par l'impossibilité pour une situation d'être égale à une règle juridique et à son contraire (soit A , soit non- A). Par exemple, mettre fin à la vie d'autrui est soit un homicide, soit ne l'est pas, il ne peut pas être l'un et l'autre. Enfin le principe de bivalence conduit à une décision de type binaire, elle est vraie (1) ou elle est fausse (0) ; on parle de conformité ou de non-conformité.

La logique classique apparaît comme opérationnelle à condition que les règles juridiques utilisées comme prémisses soient définies et parfaitement déterminées. Des

41. M. Delmas-Marty, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la « logique du flou », *RD pén. crim.*, déc. 1992.

difficultés, voire un blocage, apparaissent dès lors que l'on est en présence de formules indéterminées ou imparfaitement déterminées. Dans ces hypothèses, en conservant la logique aristotélicienne, on réduit la complexité et la richesse des notions indéterminées. Le système juridique devient en réalité extrêmement réducteur et simplificateur.

C'est pour éviter cet inconvénient que le raisonnement en termes de logique floue a été proposé. Il permet une représentation des connaissances imparfaitement définies⁴².

Comment comprendre, en termes de logique, la formule utilisée par le Conseil dans sa décision du 25 février 1992 : « Considérant que ces exigences (celles de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme) ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (26^e considérant). Si on se rapporte à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, on remarque que celui-ci se réfère à la punition. Or cette formule sémantique est « imparfaite », car elle ne peut être déterminée par un seul qualificateur (par exemple le pénal) et un seul quantificateur (par exemple la prison). Si on se place sur le terrain de la logique classique, on est conduit à procéder à une détermination simple pour pouvoir établir, par la règle binaire, l'appartenance ou la non-appartenance. On dira alors que la notion de punition est qualifiée par le pénal. En termes formels, on dira que si A est égal à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, si B est égal au droit pénal et si C est égal à la sanction administrative, alors si $A = B$ et $B = C$, alors $A = C$ est pratiquement correct. Or, si C est égal à la sanction administrative, alors $A = B$ et $B \neq C$, donc $A \neq C$, ce qui n'est pas pratiquement correct. Par conséquent cette logique conduit à une conclusion diamétralement opposée à celle du Conseil constitutionnel.

Autrement dit, la volonté d'introduire la complexité et la formulation imparfaite de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme conduisent nécessairement à quitter la logique aristotélicienne.

L'intérêt de la logique floue est de pouvoir raisonner non plus en termes d'appartenance ou de non-appartenance à un sous-ensemble, mais à permettre des gradations dans l'appartenance à un sous-ensemble flou. On construit une échelle de gradation entre le vrai (1) et le faux (0). La décision se présente désormais sous la forme de « compatibilité » sur l'échelle de vérité et impose que soit établi un « seuil » au-delà duquel la notion est comprise dans le sous-ensemble flou. Cette logique permet d'éviter l'utilisation arbitraire de la notion de « limite rigide »⁴³.

Finalement, la logique floue abandonne l'hypothèse selon laquelle tout élément appartient ou non à un sous-ensemble d'un ensemble de références, au profil de celle selon laquelle il a un degré d'appartenance au sous-ensemble.

L'apport essentiel de cette logique est par conséquent la capacité à appréhender des systèmes complexes. Elle permet de formuler des affirmations significatives, non réductrices des données complexes et indéterminées ou imparfaitement déterminées.

La question est alors de savoir si le Conseil constitutionnel dans son raisonnement relatif à la sanction punitive a adopté la logique floue ? Dans la négative, n'y a-t-il pas un risque de dérive vers l'arbitraire ?

42. A. Kaufmann, *Introduction à la théorie des sous-ensembles flous*, vol. 1, Masson, 1973 ; D. Dubois et H. Prade, Les logiques du flou et du très possible, *Revue la recherche*, 237, nov. 1991, p. 1308.

43. *Ibidem*.

Pour répondre à cette problématique, nous devons rechercher si les conditions constitutives de la logique floue ⁴⁴ sont réunies dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. Ces conditions sont : la détermination d'un référentiel de base (1), l'exigence d'une « notion de référence spécifiable » (2), l'évaluation d'un degré d'appartenance (3) et le choix d'un seuil de qualification (4).

L'hypothèse ne sera vérifiée que si toutes les conditions sont réunies.

1. Détermination d'un « référentiel de base »

On entend par « référentiel de base » l'ensemble de référence à l'intérieur duquel se trouvent les sous-ensembles nets et flous. Autrement dit, un élément qui appartient ou n'appartient pas, ou encore se rapproche du sous-ensemble, fait partie de l'ensemble de référence ou « référentiel de base ».

Au regard des décisions du Conseil constitutionnel, il apparaît que celui-ci raisonne à l'intérieur de l'ensemble des sanctions répressives, comme d'ailleurs les instances européennes ⁴⁵. Ainsi, de façon négative, le Conseil estime en 1984 que « cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative » (décision des 10-11 octobre 1984, 79° considérant). En 1993, de manière positive, il affirme que les exigences à valeur constitutionnelle ne « concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition » (déc. du 13 août 1993, 48° considérant).

C'est donc bien à l'intérieur de l'ensemble des sanctions répressives que le Conseil a fait apparaître, à côté de sous-ensembles parfaits (déterminés), un sous-ensemble flou appelé « sanction ayant le caractère d'une punition ». On est donc amené à dépasser l'assimilation traditionnelle entre sanction punitive et sanction pénale. On peut avoir du punitif sans être dans le sous-ensemble pénal. Par conséquent, le Conseil estime que les exigences inscrites à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, qui vise ceux qui sont punis, ne s'appliquent pas seulement aux sanctions pénales mais également aux autres sanctions punitives.

Mais la différence avec le raisonnement de la CEDH est importante. En effet le juge suprême européen, en affirmant le caractère autonome de la « matière pénale », a fait apparaître un nouveau sous-ensemble (celui de la matière pénale) qui existe par lui-même. Au contraire, le Conseil constitutionnel n'a jamais affirmé l'autonomie du sous-ensemble « sanction ayant le caractère d'une punition » ou plus généralement de la sanction punitive.

L'inconvénient de la position du Conseil est de limiter la portée de son raisonnement, dans la mesure où la sanction reste enfermée dans le sous-ensemble retenu par le législateur. Autrement dit, le Conseil reconnaît une marge d'appréciation plus grande à l'auteur de la sanction que la CEDH.

2. L'exigence d'une notion de « référence spécifiable »

Dans la logique classique formelle, une proposition appartient ou n'appartient pas au sous-ensemble. L'appartenance au sous-ensemble se fait par un raisonnement binaire. Soit la proposition présente les caractéristiques exigées par le sous-ensemble et alors elle en fait partie, soit elle ne présente pas les caractéristiques attachées au sous-ensemble et alors elle lui est extérieure. Par exemple, une sanction qualifiée d'administrative par le législateur n'appartient qu'au sous-ensemble administratif (principe de l'identité).

44. Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, *op. cit.*, p. 837.

45. *Ibidem*.

Dans la logique floue, on abandonne le raisonnement binaire au profit d'une « notion de référence spécifiable ». Cette notion n'est plus déterminée par un et un seul postulat mais par la mise en rapport de critères multiples. La notion bien que complexe doit rester spécifiable, c'est-à-dire précisée. Ce changement s'explique par l'adoption d'un raisonnement graduel qui ne peut se satisfaire d'une solution appartenance ou non-appartenance. Ce qui compte désormais c'est la proximité avec la référence spécifiable.

Le Conseil constitutionnel ne se prononce pas explicitement sur la notion de « référence spécifiable ». Mais, au terme de l'étude des décisions, on peut dégager la notion de « tradition pénale » nationale qui se rapproche de la notion de « référence spécifiable » de la CEDH, qui est « la tradition pénale commune aux Etats membres du Conseil de l'Europe ».

C'est bien la « tradition pénale » nationale que le Conseil vise implicitement, en affirmant dans sa décision du 17 janvier 1989 le nécessaire respect « du principe de la légalité des délits et des peines, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le respect des droits de la défense » (35° considérant). De même, lorsqu'il affirme le droit de la personne sanctionnée « d'avoir accès au dossier la concernant et de présenter ses observations sur le manquement qui lui est reproché », il se réfère implicitement à la « tradition pénale » nationale.

Cette notion de référence est spécifiable (peut-être plus facilement que celle de la CEDH) par une interprétation (sur des plans différents) philosophique, historique, sociologique, herméneutique, épistémologique... du réseau pénal. Les critères dégagés aident à spécifier la notion de référence. Le critère A (objectif à valeur constitutionnelle) apporte une information non négligeable, dans la mesure où traditionnellement ces objectifs étaient réalisés à l'aide essentiellement du droit pénal. Le critère B (procédure équitable) montre que les exigences imposées par le Conseil au réseau punitif extra-pénal sont directement inspirées des « acquis » du réseau pénal. Enfin, et surtout, le critère C (sévérité de la sanction) permet au Conseil de se référer, implicitement, à la nature (C1), à la mesure (C2) et au but (C3) propre au droit pénal. Précisons que ce sont, incontestablement, les critères B et C qui participent le plus à la détermination de la notion de référence.

Il semble cependant qu'un risque d'arbitraire subsiste dans la mesure où le Conseil n'a pas été jusqu'au bout de son raisonnement. En effet, dans sa décision du 13 août 1993, à propos de l'article 1^{er} de la loi, en refusant de voir dans la mesure de police une « sanction ayant le caractère d'une punition », le Conseil ne retient pas la notion de « référence spécifiable », mais au contraire revient au raisonnement binaire en estimant que la mesure relève du sous-ensemble des mesures de police. Autrement dit, l'usage de la « référence spécifiable », « tradition pénale » nationale, aurait dû conduire le Conseil à soumettre la mesure de police au sous-ensemble sanction ayant le caractère d'une punition. L'arbitraire subsiste donc, dans la soumission du Conseil, dans certaines hypothèses, à la qualification donnée par le législateur à la mesure envisagée. Le risque est d'autant plus important que le Conseil ne tranche pas clairement entre les deux formes de raisonnement. Ainsi, dans la même décision de 1993, le Conseil utilise la notion de « référence spécifiable » à propos d'une autre mesure de police pour dire qu'il s'agit là d'une « sanction ayant le caractère d'une punition ».

Cette position est différente de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui estime, justement, ne pas être liée par la qualification législative de l'Etat. Cette position de la Cour a l'avantage de lutter efficacement contre la fraude à la Convention. En effet un Etat ne peut échapper aux exigences conventionnelles en retenant une qualification ne se trouvant pas dans la CEDH.

Dans la position du Conseil constitutionnel, il subsiste donc bien un risque d'arbitraire, dans la mesure où le juge constitutionnel n'a pas totalement adopté la logique floue. En ne retenant pas ce type de raisonnement dans certaines hypothèses, le Conseil limite d'autant son rôle, face au législateur.

3. L'évaluation d'un degré d'appartenance

Il s'agit de constater une échelle de gradation dans l'appartenance avec le sous-ensemble « sanction ayant le caractère d'une punition ». Cette échelle va de la non-appartenance (degré nul, égal à 0) à l'appartenance (degré total, égal à 1). Entre les deux, on peut dégager trois gradations d'appartenance : faible, moyen, haut ⁴⁶.

S'il est apparu possible de distinguer, pour la CEDH, une évaluation quantitative (« degré de gravité ») et une évaluation qualitative (« degré de proximité ») ⁴⁷, le raisonnement du Conseil ne semble pas permettre une telle distinction.

4. Choix d'un seuil de qualification

La logique classique à partir des prémisses (si...) obtient nécessairement la solution (donc...). La logique floue ne donne pas en elle-même la solution. Il faut établir une échelle de vérité sur laquelle au-delà d'un certain seuil il y a appartenance. La difficulté tient à l'établissement de ce seuil de qualification, qui n'est pas explicite comme dans le raisonnement binaire et est « indécidable ».

Le risque d'arbitraire « ne tient pas à la gradation donc à la nécessité de fixer un seuil, mais à la tentative de faire varier ce seuil sans motivation explicite » ⁴⁸.

Pour le Conseil, il faut préciser que la sanction privative de liberté a un degré d'appartenance nul. Une mesure attentatoire à la liberté ne peut jamais appartenir au sous-ensemble sanction ayant le caractère d'une punition mais doit toujours relever du sous-ensemble pénal.

Pour les autres hypothèses (sanction privative de droit et sanction pécuniaire), les décisions du Conseil ne permettent pas de dégager, comme pour la CEDH, un seuil de qualification. En effet, rien dans le raisonnement du Conseil ne permet d'expliquer pourquoi la sanction détenue par le CSA ou la COB est plus une sanction ayant le caractère d'une punition que celle détenue par le préfet en matière de reconduite à la frontière.

Cette absence de raison explicite dans la détermination du seuil au-delà duquel il y a appartenance avec le sous-ensemble est le risque le plus lourd de glissement vers l'arbitraire. L'absence de motivation, de la part de la haute instance constitutionnelle, sur le seuil de qualification lui permet de façon discrétionnaire de jouer sur l'échelle de vérité pour obtenir la solution désirée. Cette situation montre bien que le risque d'arbitraire, par le Conseil, tient plus à l'absence de la consécration de la logique floue qu'à sa consécration. Pour éviter ce risque, le Conseil devrait adopter le raisonnement graduel et fixer un seuil de qualification dont la motivation serait explicite.

46. Nous reprenons, ici, l'échelle de gradation dégagée par le Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, pour la CEDH, *op. cit.*, p. 843.

47. *Ibidem*.

48. M. Delmas-Marty, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la « logique floue », *op. cit.*, p. 1041 ; *adde* M. Delmas-Marty et J.-F. Coste, Logiques non standard et droit, l'exemple des droits de l'homme, conférence ENS-Ulm, à paraître *Le genre humain*, Seuil, 1995.

CONCLUSION

Notre étude nous a permis de montrer que le Conseil constitutionnel n'a pas un raisonnement non logique, donc arbitraire à propos des sanctions punitives. Cependant l'œuvre entamée par le juge constitutionnel semble inachevée.

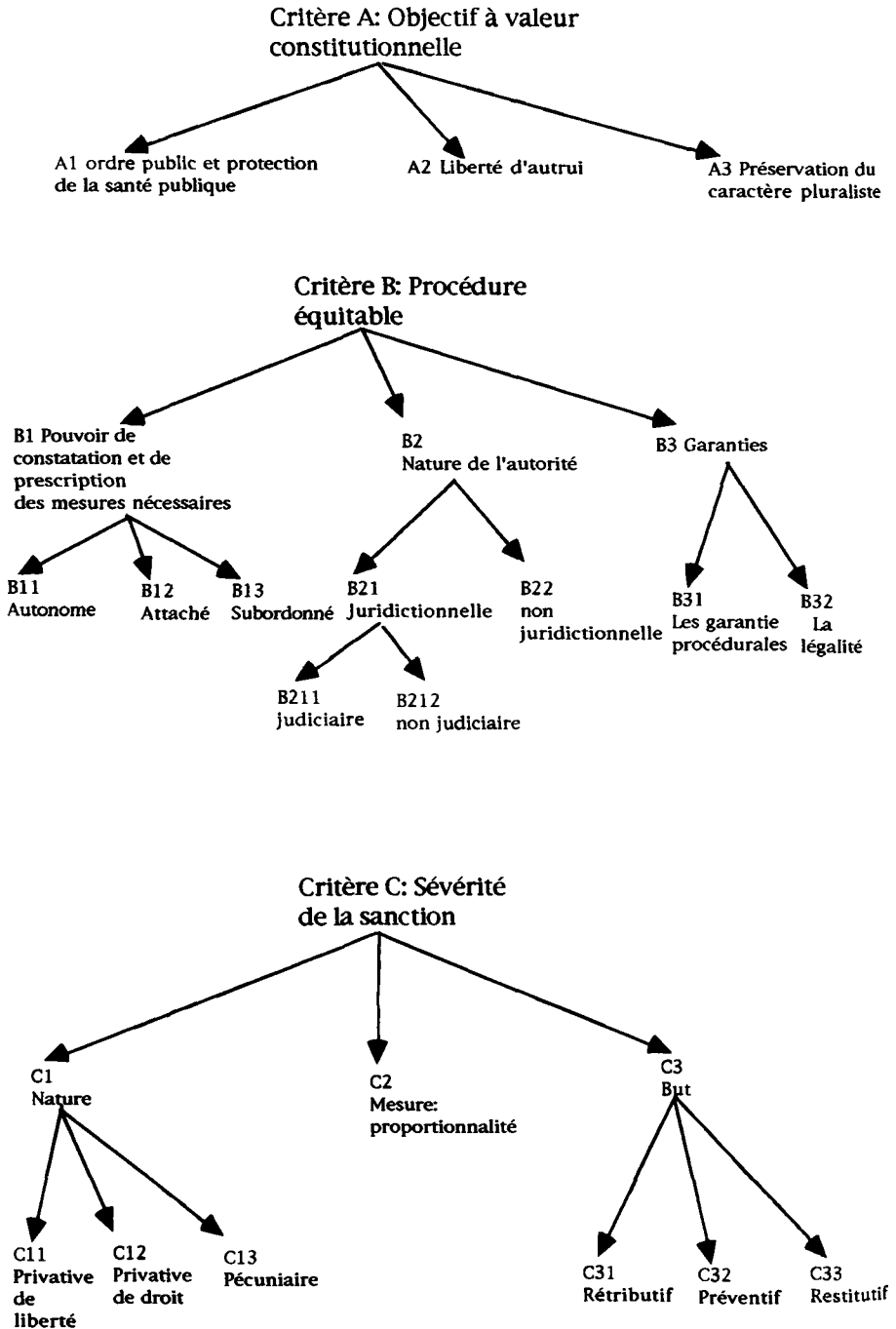
En abandonnant la logique binaire, trop réductrice, le Conseil a adopté un raisonnement juridique qui lui permet d'appréhender les changements et l'émergence d'un champ répressif complexe. Mais il n'en a pas encore tiré toutes les conséquences. En ne mettant pas en œuvre les conditions attachées à la logique floue (la détermination d'un référentiel de base, d'une notion de référence spécifiable, d'un degré d'appartenance et un seuil de qualification) le Conseil laisse subsister un risque d'arbitraire.

De façon plus générale, cette étude confirme les limites de la logique classique qui, tentant d'appréhender la complexité, n'y parvient qu'en réduisant les propositions complexes, ou en se « mutilant » au point d'abandonner le raisonnement binaire et de laisser la place au discrétionnaire.

Il ne s'agit pas, ici, de célébrer la mort du raisonnement classique, qui est essentiel dans tous les cas simples où les notions sont prédéterminées avec suffisamment de précision, mais de proposer de voir dans la logique aristotélicienne une étape du raisonnement flou. Autrement dit, face à des propositions complexes, imparfaites, la logique floue seule peut permettre d'établir une solution qui ne dénature pas la proposition de départ et limite l'arbitraire. Une fois le raisonnement graduel établi, on débouche toujours sur une décision binaire : compatibilité ou non-compatibilité, violation ou non-violation.

Ce passage à une structure « dialogique », qui ne signifie pas l'absence de logique mais un univers de la totalité, de la « vérité plurielle » et changeante ⁴⁹, doit contribuer à un enrichissement des systèmes juridiques et apporter une réponse au chantre du « déclin du droit ».

49. G. Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, 1991, p. 195.



La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal

Jean-Bernard BOSQUET-DENIS

Lorsque l'on envisage les rapports du contentieux pénal, concernant la fiscalité, et du contentieux fiscal, confié au juge administratif, on suppose que leur distinction provient de la poursuite de buts différents : le juge pénal apprécie l'existence et tire les conséquences de la fraude fiscale ; le juge administratif est juge de l'impôt.

De plus, la sauvegarde de l'ordre public entraîne prééminence de la loi pénale¹. Et le respect de la magistrature, aussi bien que de l'ordre social, impose de s'en tenir à ce qui a été jugé².

En matière fiscale, puisqu'il n'existe pas de juge unique, des questions peuvent se poser en même temps au judiciaire et à l'administratif³.

Le problème des rapports entre domaines pénal, civil, administratif, s'y pose donc fréquemment. Il est d'autant plus intéressant que les pouvoirs régaliens y sont sous-jacents.

1. Une manifestation principale est l'autorité de chose jugée qui s'attache, sous certaines conditions, mais de façon incontestable, à la décision pénale.

De nombreuses études sont intervenues, en France et à l'étranger, en ce qui concerne l'influence de la chose jugée au criminel sur le civil, au civil sur le pénal, et réciproquement. Cf. N. Valticos, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, préf. L. Mazeaud, Librairie du *Recueil Sirey*, Paris, 1953 ; P. Hébraud, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, thèse Toulouse, 1929 ; J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse Paris, 1954 ; G. Stefani, Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, *RID pén.* 1955.473 ; P. Courteaud, *Evolution dans la jurisprudence récente du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel*, thèse Grenoble, 1938 ; A. Vitu, Le problème de la chose jugée au pénal et son influence sur le civil, rapport aux Journées franco-belgo-luxembourgeoises, *Rev. dr. pén. et crim.* 1966-1967, p. 720 et s. ; P.E. Trousse, L'autorité de la chose jugée au répressif sur le procès civil ultérieur, *Rev. dr. pén. et crim.*, 1966-1967, p. 696 ; Le Balle, *Cours de doctorat*, Paris, 1954-1955 ; J. Derruppé, La notion particulière de décision définitive en matière pénale, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* ; Chavanne, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Paris, 1953 ; Combaldieu, Essai sur la question controversée et toujours actuelle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, *Rec. gén. des lois*, 1955.365 ; R. Perrot, Chose jugée, *Encycl. Dalloz*.

2. *Pro veritate habetur*. La vérité pare désormais la décision et « aucun jugement ne peut enfreindre les dispositions d'un jugement antérieur », Savigny, t. VI, p. 273.

3. On a pu le regretter ou s'en féliciter. V. B. Castagnède, *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale, en droit français*, thèse Paris-I, 22 févr. 1972, spéc. p. 3 : « Le fractionnement des compétences juridictionnelles est l'une des sources des difficultés les plus caractéristiques du droit public français. » Cet auteur constate (p. 4) que « les difficultés auxquelles se heurte la détermination du juge compétent pour connaître d'un litige né de l'exercice du pouvoir fiscal sont généralement imputées à la persistance d'une division du contentieux fiscal entre les deux ordres de juridictions ». Il ajoute : « En fait, il n'est pas sûr que l'institution d'un juge unique de l'impôt, tribunal administratif ou tribunal spécialisé, soit de nature à atténuer très sensiblement la complexité du problème des compétences juridictionnelles en matière fiscale. Celui-ci, en effet, est loin d'être résumé par le partage des instances fiscales entre tribunaux des deux ordres. » Il est remarqué, avec le doyen Louis Trotabas (in « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929) que le contentieux fiscal est plus dévolu à des tribunaux que séparé entre juridictions administratives et judiciaires.

Si l'on insiste sur la différenciation nécessaire du pénal et de l'administratif, rattachée à la conception de la séparation des pouvoirs, considérée comme protectrice des libertés, on affirme la distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal.

Le contentieux pénal, parce qu'il dépend des juridictions judiciaires, est considéré, à tort ou à raison, comme plus favorable aux individus. L'« oppression fiscale » caractériserait l'action de l'Administration, alors que le juge pénal, n'appliquant que des incriminations prévues par la loi, dans le cadre fixé par le Parlement, défenseur traditionnel des administrés sur le plan fiscal, serait considéré pouvoir tracer les limites de l'acte antisocial acceptable⁴.

Pour autant, la distinction du contentieux pénal et du contentieux administratif, en matière fiscale, n'est pas absolue et ne joue pas seulement par omnipotence du premier. Par diverses manières, la distinction n'est que relative.

Tout d'abord, poussé à ses limites, le principe de la primauté du contentieux pénal, avec l'autorité absolue de la chose jugée au criminel sur le fiscal, abolirait la distinction en mettant en cause l'autonomie du contentieux laissé au juge administratif.

Mais la réalité est autre, le contentieux fiscal, lorsqu'il est confié au juge administratif, garde une nécessaire autonomie, ne serait-ce qu'en raison du rôle particulier du juge de l'impôt.

Curieusement, cette autonomie est prise en compte par le juge pénal lorsqu'il doit juger les personnes. Ou bien, il s'interdit d'entrer dans le domaine fiscal, ou bien il en respecte ou utilise les décisions.

S'il n'existe pas, au nom de l'indépendance des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, d'exception préjudicielle fiscale au pénal, qui permettrait un dialogue avec le juge administratif, le juge pénal tient compte, sous couvert de preuve laissée à l'intime conviction, d'une donnée de l'Administration ou d'une décision de la juridiction administrative⁵.

Dans l'autre sens, on remarque qu'*a priori* le criminel ne tient pas systématiquement l'administratif en état, mais que la décision pénale ne peut qu'être prise en considération dans le contentieux soumis au juge administratif⁶.

Ces quelques remarques conduisent à s'interroger sur la réalité de la distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal.

Alors que le principe est traditionnel et continue à être affirmé dans le cadre de la dispersion du contentieux fiscal. Que, tour à tour, sont invoquées l'autonomie du juge

4. La séparation des pouvoirs s'accommode donc de la plénitude de compétence du juge pénal qui connaît de la légalité des actes administratifs. V. Arr. *Septfonds*, T. conf. 16 juin 1923, *DP* 1924.III.41. Le procureur général Matter concluait au pouvoir, pour le juge pénal, d'interpréter les actes réglementaires et d'apprécier leur légalité. J. Donnedieu de Vabres notait, in *Les éléments administratifs de l'infraction*, D. 1952.137, que « l'Administration ne dispose devant le juge pénal que de privilèges fort restreints, que l'activité administrative peut entrer tour à tour dans l'élément légal ou dans l'élément matériel du délit, mais qu'il n'y a pas, du point de vue juridique, d'élément administratif de l'infraction ». La répulsion à l'égard du fisc laisse, au stade ultime, le sort du contribuable déterminé par le magistrat. La « sensibilisation des Français à l'inquisition fiscale » doit être considérée comme « quasi permanente », M.C. Bergerès, *Contrôle fiscal*, J. Delmas et Cie, Paris, 1988, p. 11.

5. L'utilisation des moyens et déductions du contentieux administratif fiscal a une influence sur le contentieux purement pénal. V. Fraude fiscale, *Encycl. Dalloz*, n° 8 et s.; Crim. 16 mai 1968, *JCP* 1969.II.15803, note Brière de L'Isle et Lalumière; Crim. 24 mai 1967, *Bull. crim.*, n° 163; Crim. 7 déc. 1960, *Bull. crim.*, n° 574.

6. Ce dernier invoque une condamnation intervenue pour fraude fiscale, alors que, par ailleurs, il s'efforce de limiter l'influence du pénal sur le fiscal. V. *JCP fiscal*, Contentieux, fasc. 1605-6; J.-P. Chevalier, *La relativité de l'autorité de chose jugée dans le contentieux fiscal*, Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, PUF, 1974; M. Liébert-Champagne, L'autorité de la chose jugée en matière fiscale, *RJF* 6/88, 375 et s.; Cl. Lasry, Le Conseil d'Etat, Juge de l'impôt, *Et. et Doc.* 1955.58.

répressif, juge de la fraude fiscale, et celle du juge administratif, juge de l'impôt, la réflexion mérite de s'attarder sur ces deux revendications indépendantistes.

D'autant, et surtout, que ces juges ont en commun la charge de la protection des libertés de l'individu contribuable.

Les réponses apportées, en effet, ne sont pas seulement théoriques et il conviendra de s'interroger, finalement, sur l'intérêt du contribuable, puisque c'est pour lui que les contentieux existent.

I. – LA DISTINCTION ET L'AUTONOMIE DU JUGE PÉNAL EN MATIÈRE FISCALE

La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal apparaît d'abord comme une manifestation de la prééminence du pénal.

La distinction suppose l'autonomie du droit pénal dans l'élaboration de la décision pénale et à ce niveau, en principe, l'absence d'influence du juge administratif, puis la souveraineté de la décision pénale.

Mais l'appréciation doit être nuancée selon qu'est ou non déjà intervenue une décision contentieuse pénale ou fiscale.

A. – Avant toute décision contentieuse

Lorsque deux procédures sont en cours, pénale et administrative, le juge pénal, en raison de sa plénitude de compétence, refuse de poser des questions au juge administratif, sous couvert d'exception préjudicielle, ou d'attendre le terme de la procédure administrative en ordonnant un sursis à statuer.

De plus, le juge pénal utilise ses propres moyens ou méthodes pour parvenir à sa décision.

1. L'absence de renvoi préjudiciel et de sursis à statuer

L'exception préjudicielle ou question préjudicielle au jugement est invoquée avant toute défense au fond. La personne poursuivie fait souvent valoir une cause de nullité de la procédure antérieure ou d'une pièce importante du dossier.

Si l'exception était établie, elle enlèverait au fait tout caractère délictueux⁷.

Mais lorsque le contentieux fiscal se trouve réparti entre le juge répressif et le juge administratif, l'indépendance des procédures, soutenue par la Cour de cassation, ne permet pas le renvoi du juge pénal au juge administratif pour établir l'assiette et l'étendue de l'imposition⁸. De même, lors d'une question de fraude fiscale soumise au juge répressif, l'exception préjudicielle relative à l'exigibilité des droits dits fraudés n'est pas recevable⁹.

7. Stefani, Levasseur, Bouloc, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz 1993, 15^e éd., n° 437 et s.; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, n° 1169; *Rép. Dalloz*, Question préjudicielle, par Stefani, Larguier.

8. Crim. 20 juin 1983, *Bull. crim.*, n° 189.

9. Crim. 9 mai 1977, *Bull. crim.*, n° 160; 1^{er} octobre 1979, *Bull. crim.*, n° 264; 20 juin 1983, précité; V. G. Tixier, Ph. Derouin, *Droit pénal de la fiscalité*, Paris Dalloz 1989, n° 242; M. Liébert-Champagne, *Chronique précitée*, *RJF* 6/88, spéc. p. 376.

La juridiction répressive ne peut rétablir « les valeurs permettant de déterminer l'assiette de l'impôt et les pénalités fiscales encourues », Crim. 18 octobre 1973, *Bull. crim.*, n° 368. Il suffit que l'infraction soit constatée.

En l'espèce, la condamnation pénale était fondée sur le seul aveu du prévenu qui ne reconnaissait qu'une partie de la dissimulation reprochée. Le mémoire, à l'appui du pourvoi, faisait valoir que, si

Or, les hypothèses dans lesquelles un contribuable, poursuivi pour fraude fiscale, conteste les impositions ou leur montant devant le tribunal administratif, sont fréquentes.

Dans ces conditions, la Cour de cassation a refusé, à plusieurs reprises, l'exception de litispendance. Elle a décidé que les poursuites pénales, exercées sur la base de l'article 1741 du code général des impôts, sont indépendantes de la procédure administrative. Il suffit au juge répressif de vérifier si les manœuvres ont constitué une tentative d'échapper à l'impôt au-delà d'un seuil de tolérance légale¹⁰.

En réalité, il s'agit de l'idée selon laquelle « le contentieux fiscal et le contentieux pénal ne se situent pas sur le même plan » ; le « juge fiscal est le juge de l'imposition fiscale, tandis que le juge pénal est le juge de la fraude fiscale »¹¹.

L'absence de question préjudicielle et de sursis à statuer a été étendue à d'autres hypothèses que celle de la détermination des impositions. Ainsi, lorsque se pose un problème d'application d'une convention internationale fiscale.

Les tribunaux répressifs apprécient si une personne est réellement domiciliée en France ou à l'étranger, ainsi que les termes de la convention fiscale¹².

conformément aux termes de l'article 1741 CGI, la fraude fiscale existe dès qu'une dissimulation est prouvée, les juges du fond devaient, néanmoins, fixer le montant de la dissimulation.

Pour la Cour de cassation, cette fixation relève de la seule compétence de l'Administration sous le contrôle des juridictions administratives. En s'abstenant d'accorder le renvoi, la juridiction répressive s'était conformée à ce principe.

10. Crim. 16 mai 1968, *Bull. crim.*, n° 391 ; Crim. 9 avr. 1970, deux arrêts, *DS* 1970.755, note G. Valter. La Cour suprême affirme ainsi que « les poursuites pénales instaurées sur les bases de l'article 1741 CGI et la procédure administrative tendant à la fixation de l'assiette et de l'étendue des impositions sont, par leur nature et leur objet, différentes et indépendantes l'une de l'autre » et que « la mission du juge qui se prononce sur une poursuite intentée en vertu de l'article 1741 CGI se borne à rechercher si le prévenu a échappé ou a tenté d'échapper à l'impôt par des manœuvres répréhensibles et pour des sommes dépassant la tolérance légale », 9 avr. 1970, préc. Ce seuil est fixé à 1 000 F. Le motif est constamment repris. Pour exemple, la Cour de cassation justifie la cour d'appel de Paris ayant constaté « que les revenus frauduleusement dissimulés par le prévenu excèdent la tolérance légale » et considère que le juge répressif doit « seulement rechercher si le prévenu s'est soustrait ou a tenté de se soustraire à l'établissement ou au paiement des impôts » et qu'il n'est pas tenu de surseoir à statuer sur l'action publique jusqu'à décision de la juridiction administrative », Crim. 17 nov. 1971, *Bull. crim.*, n° 309. En l'espèce, il faut tout de même remarquer que le demandeur au pourvoi n'avait souscrit aucune déclaration de ses revenus pendant douze ans, qu'il agissait sous couvert de sociétés et que l'utilisation « d'artifices » montrait le caractère frauduleux des dissimulations, « confondant, en particulier, toutes les comptabilités des sociétés de façade » et sans qu'il fût possible de retrouver l'emploi des sommes passées par de nombreux comptes bancaires. Il était clair que la fraude fiscale était indépendante des montants dissimulés même si, de fait, l'importance des sommes en cause n'était pas indifférente à la conviction du juge.

11. Obs. Vitu, cette *Revue*, 1971.418. Le commentateur rapproche la position de la Chambre criminelle de celle qu'elle adopte, en des termes semblables, dans des matières non fiscales ; ainsi dans le cas de fausse déclaration de dommages de guerre, le juge correctionnel n'ayant pas besoin de surseoir à statuer dans l'attente de la décision d'une autre juridiction sur l'étendue des dommages, Crim. 10 juin 1921, *Bull. crim.*, n° 256 ; 19 janv. 1923, *Bull. crim.*, n° 19 ; 13 mai 1953, *Bull. crim.*, n° 165. Le juge répressif n'a, en effet, pour mission que de sanctionner la fraude si elle est constatée. V. aussi, Crim. 1^{er} oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1981.334, note D. Mardesson, F. Pillet ; *Gaz. Pal.* 1980.I.73 ; A. Viala, *Amadio, La protection du contribuable*, avr. 1978 ; G. Tixier, Garanties de procédure en matière fiscale et douanière, *D.* 1978, chron. p. 131 ; Crim. 4 déc. 1978, *JCP* 1979.II.19124, note G. Tixier, J.-M. Robert. Cette position constante laisse cependant au juge répressif une possibilité d'évaluer lui-même le montant des dissimulations pour montrer qu'elles dépassent le seuil de tolérance légale, Crim. 23 févr. 1972, *Bull. crim.*, n° 73.

12. Il n'existe donc pas d'exception préjudicielle pour savoir si le domicile est situé à l'étranger alors que, pourtant, la convention internationale a pu prévoir une procédure amiable de détermination, en accord avec les autorités étrangères, Crim. 29 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1975.II.583, note J. Cosson ; V. G. Tixier, Ph. Derouin, *Droit pénal de la fiscalité*, préc., n° 242. Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Paris, le 2 décembre 1985, *DS* 1988.148, note G. Tixier, T. Lamulle, la cour affirme que « les autorités fiscales de chaque Etat contractant peuvent rechercher pour un de leurs nationaux la réalité du caractère de résident de l'autre Etat, dès lors que celle-ci apparaît comme factice et traduit une action de fraude du contribuable en cause... » La Cour, en sa qualité de juge en matière de fraude

De toute façon, l'influence de la disposition internationale ne serait qu'indirecte puisqu'il s'agirait de savoir s'il existe ou non fraude fiscale, si l'attitude du prévenu était justifiée par un règlement communautaire ¹³.

Pour apprécier les justifications éventuelles d'une personne poursuivie pour fraude fiscale, qu'il s'agisse d'évaluer les impositions contestées ou d'apprécier l'influence d'un règlement ou d'une disposition internationale, le juge répressif est, à la fois, juge de l'action et juge de l'exception.

Il suffit au juge pénal d'obtenir la conviction qu'il existe une fraude et de l'affirmer. C'est la raison pour laquelle les preuves, au-delà de toute arithmétique, viseront d'abord à asseoir cette conviction.

Mais on aperçoit déjà que la distinction des contentieux, l'un destiné à connaître le montant de l'imposition, l'autre l'existence d'une fraude, peut aboutir à une contrariété que le contribuable aura du mal à comprendre, par exemple entre une décision de relaxe et une décision administrative qui, rétablissant les sommes imposables, montrerait, en réalité, des dissimulations.

2. La distinction des modes de preuve

En droit pénal, la preuve peut être apportée par n'importe quel moyen, du moment qu'elle détermine la conviction du juge ¹⁴.

La valeur inégale de l'écrit, des témoignages, indices et présomptions, connue du droit civil, n'a pas cours ici. Ce principe est acquis et étudié par ailleurs ¹⁵. Il convient de savoir comment il s'articule avec les règles de preuve du droit fiscal.

On sait que le juge pénal, en tant que juge de la fraude fiscale, doit seulement apprécier s'il existe des manœuvres frauduleuses ou des dissimulations et que l'action, qui lui est soumise, est différente, par sa nature et son objet, de celle qui serait exercée devant le juge de l'imposition.

Mais on remarque que le juge de l'impôt pourrait être le juge administratif en matière d'impôts directs, de taxes sur le chiffre d'affaires et de taxes assimilées, le juge civil en matière de droits d'enregistrement, de timbre, de contributions indirectes et de taxes assimilées ¹⁶.

fiscale, vérifie donc si la convention franco-irlandaise du 21 mars 1968 peut s'appliquer réellement à l'écrivain qui prétend résider en Irlande. Elle apprécie, à la fois, les termes de la convention et la qualité de résident au regard de cette convention. Dans l'affaire soumise au Conseil d'Etat, le 23 novembre 1992, *DS* 1993.206, note G. Tixier, T. Lamulle, il apparaît que le juge répressif, au niveau de la cour d'appel, avait déjà eu à statuer sur la qualité de résident au regard de la convention fiscale franco-ivoirienne du 6 avril 1966. Conformément à sa plénitude de compétence, le juge répressif avait relevé un ensemble d'indices, de constatations matérielles, sans surseoir à statuer, et ces éléments, montrant que le contribuable avait en France le centre de ses intérêts vitaux, s'imposaient désormais au juge administratif. L'appréciation du « foyer permanent d'habitation » au sens de la convention avait été ainsi confiée au seul juge pénal. La démarche est constante. On l'aperçoit de la même façon à travers la décision du Conseil d'Etat du 4 avril 1990, *RDF*, 1990, n° 44, 2050, note G. Tixier, T. Lamulle. Le tribunal correctionnel de Chartres avait relevé certains faits qui montraient que la convention franco-portugaise n'interdisait pas la réintégration de versements litigieux dans le bénéfice imposable.

13. V. à propos de la mise en œuvre de l'article 177 du Traité de Rome, la question des montants compensatoires qui ne s'est cependant posée qu'au juge administratif, CE 26 juill. 1985, *Lebon*, p. 233, n° 42204, *AJDA* 1985.615, concl. B. Genevois.

14. Art. 427 CPP ; V. Stefani, Levasseur, Bouloc, *Procédure pénale*, préc. n° 35 et s.

15. Cf. J. Patarin, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in *L'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, p. 8 et s.

16. Crim. 29 mai 1973, *Bull. crim.*, n° 245 ; cette *Revue*, p. 134, obs. Vitu, à propos de l'appréciation des éléments de preuve. En l'espèce, l'Administration des contributions indirectes, ayant constaté une fraude à la taxe à la valeur ajoutée, avait taxé d'office et prononcé des pénalités modérées. Mais le juge pénal gardait son pouvoir souverain d'apprécier le caractère frauduleux des dissimulations de recettes, au titre de la fraude fiscale prévue en l'article 1741 CGI.

Dans son ensemble, le contentieux fiscal est d'abord de type écrit. Les pièces écrites, comptables ou extra-comptables, peuvent aussi jouer un rôle important devant le juge répressif mais elles ne constituent qu'un moyen de déterminer l'intime conviction du juge pénal¹⁷.

Même lorsque les preuves produites devant la juridiction fiscale et devant la juridiction pénale servent à établir la matérialité des mêmes faits, les buts différents poursuivis par les juridictions autorisent à en tirer des conséquences autres¹⁸.

A l'occasion des faits relevés par l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction, éventuellement l'arrêt de la chambre d'accusation, ou par la citation directe, la saisine de la juridiction interviendrait *in rem* et cette dernière pourrait adopter la qualification qu'elle estimerait appropriée¹⁹. Le juge répressif se livre à sa propre appréciation des faits qu'il qualifie.

17. Point n'est besoin de savoir si le contentieux répressif a une nature objective, parce qu'il s'agirait de la violation d'une règle de droit, et le contentieux fiscal une nature subjective, parce que l'intérêt du contribuable serait d'abord pris en compte. Il suffit en réalité de constater la différence d'objet des contentieux qui entraîne une distinction des modes d'appréciation des éléments de preuve.

18. « La procédure rejoint le fond du droit », cf. G. Valter, note sous Crim. 9 avr. 1970, préc., *DS* 1970.760.

Nous devons cependant observer que l'Administration fiscale dispose de pouvoirs étendus pour la recherche des preuves lorsqu'elle vérifie la comptabilité des contribuables, lorsqu'elle use de son droit de communication défini à l'article L 81 du Livre des procédures fiscales et, sans avertissement préalable, obtient des documents du contribuable, lorsqu'elle procède à des visites domiciliaires, sur autorisation judiciaire en matière de contributions directes, mais sans formalité préalable dans les locaux professionnels, en matière de contributions indirectes. Aucun détournement de procédure ne devrait cependant se produire en matière de perquisitions et saisies, la Chambre criminelle ayant censuré l'utilisateur des dispositions du code des douanes pour des poursuites fiscales (Crim. 2 juin 1986, *Bull. crim.*, n° 487). Ce large pouvoir ne peut qu'avoir une incidence sur l'appréciation du juge pénal qui a « le droit de puiser les éléments de sa conviction dans les constatations de fait relevées par les vérificateurs fiscaux, dès lors que, par une appréciation souveraine exempte d'insuffisance et de contradiction, il en a reconnu l'exactitude » (Crim. 12 mars 1979, *Bull. crim.*, n° 102, p. 286). Toutefois, de principe, le juge pénal garde son pouvoir souverain d'appréciation. Il lui appartient de définir les effets d'une irrégularité commise lors de la recherche des preuves.

19. Ainsi, le caractère justifié ou non d'une dépense pourrait-il être apprécié, Crim. 5 févr. 1979, *Bull. crim.*, n° 48. Il conviendrait cependant de veiller à la concordance entre l'étendue de la plainte de l'Administration et la saisine de la juridiction de jugement. Cf. G. Tixier, Ph. Derouin, *Droit pénal de la fiscalité*, préc., n° 239; Crim. 18 juill. 1967, *Bull. crim.*, n° 222. La citation, en matière de contributions indirectes, visant le procès-verbal de constatation des faits, permet au juge correctionnel d'être saisi de toute infraction qui pourrait en résulter, Crim. 2 févr. 1987, *Bull. crim.*, n° 53. Il est d'ailleurs précisé aux procès-verbaux, qu'ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Le prévenu peut en critiquer le contenu et en apporter la preuve contraire par tous moyens légaux, Crim. 4 mars 1976, *Bull. crim.*, n° 82. Il ne peut se contenter de procéder par dénégation puisque les procès-verbaux bénéficient tout de même d'une présomption de vérité, Crim. 1^{er} oct. 1980, *Bull. crim.*, n° 240. En présence de cet élément de preuve, il n'existe pas de doute profitable au prévenu. Dans le souci de protéger les droits de la défense, les juges examinent donc ses arguments et vérifient en quoi ils contredisent valablement les énonciations du procès-verbal, Crim. 12 mars 1984, *Bull. crim.*, n° 101. De plus, la présomption de vérité de ces énonciations est interprétée strictement. Elle ne concerne que les constatations de l'Administration et non pas des déclarations de tiers, Crim. 11 déc. 1978, *Bull. crim.*, n° 350. Cette jurisprudence, ainsi que les caractères des indications des procès-verbaux, ne sont, en réalité, qu'une application de l'article L. 238 du Livre des procédures fiscales : « Les procès-verbaux des agents de l'Administration font foi jusqu'à preuve contraire. La personne qui fait l'objet des poursuites peut demander à apporter la preuve contraire des faits constatés dans le procès-verbal. Lorsque le tribunal accepte la demande, il reporte l'examen de l'affaire en la renvoyant au moins à quinze jours. Lorsque la personne concernée veut faire entendre des témoins, elle en dépose la liste au secrétariat-greffe avec leurs nom, prénoms, profession et domicile dans le délai de trois jours francs à compter de l'audience au cours de laquelle le renvoi a été prononcé ». La valeur des procès-verbaux en ce domaine peut être comparée à celle qu'ils ont en matière de contraventions (art. 537 CPP). Cette valeur est attribuée même aux rapports des agents de police judiciaire pour les contraventions (art. 21 CPP), et pas seulement aux procès-verbaux établis par les officiers de police judiciaire. En matière correctionnelle, cette force probante est limitée à la valeur de simples renseignements, en principe (art. 430 CPP; V. cependant dans le domaine de la police rurale, art. 385 c. rural, ou la législation du travail ou de la concurrence, Ord. 1^{er} déc. 1986). Parfois, les procès-verbaux font foi jusqu'à inscription de faux (art. 336 c. douanes; art. 120 c. eaux et forêts). Cf. Stefani, Levasseur, Bouloc, *Procédure pénale*, préc., éd. 1993, spéc. n° 38, 300, 700.

Il peut estimer que la preuve de la culpabilité est suffisamment apportée par les circonstances relevées au procès-verbal ou par l'aveu. Son appréciation est souveraine et il peut donc rejeter l'offre de preuve des prévenus²⁰.

On note, cependant, que se pose au juge pénal un problème supplémentaire qui est de savoir si une omission pure et simple de déclaration volontaire de revenus suffit pour constituer le délit ou s'il faut de plus constater l'existence d'agissements frauduleux²¹.

Finalement, si les jugements des tribunaux correctionnels et les arrêts des cours d'appel doivent être motivés, la Cour de cassation se contente de vérifier que les juges du fond ont fait usage de leur pouvoir souverain dans l'appréciation des circonstances²².

L'autonomie du juge répressif, soutenue par la Chambre criminelle, et tenant aux buts spécifiques du contentieux pénal par rapport au contentieux administratif, même en matière fiscale, entraîne cette différence d'attitude fondamentale par rapport aux modes de preuve.

B. — Après une décision contentieuse

Lorsqu'une décision a été rendue par une juridiction pénale ou administrative, en matière fiscale, son influence d'un ordre de juridictions à l'autre, alors que les deux ordres se trouvent saisis, est différente selon qu'on l'envisage du pénal vers l'administratif ou de l'administratif vers le pénal.

Dans le premier cas, est affirmée l'autorité de la chose jugée ; dans le deuxième cas, au contraire, la chose jugée ne devrait pas avoir d'influence.

1. L'autorité de la chose jugée au pénal sur le fiscal

La distinction des contentieux suppose le respect par le juge fiscal, en l'occurrence le juge administratif, de la décision pénale intervenue²³.

20. Crim. 15 mars 1972, *Bull. crim.*, n° 103 ; 20 mars 1974, *Bull. crim.*, n° 119 ; *Gaz. Pal.* 1974, *Bull. crim.*, n° 217.

21. La cour de Reims, 8 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974.I.176, notes J. Cosson et R. Blancher, s'était prononcée en ce dernier sens, en faveur d'un avoué qui avait omis de déclarer des revenus. Le tribunal correctionnel d'Orléans avait, au contraire, condamné un notaire, 4 févr. 1974-710, note G. Tixier. Mais il convient de remarquer que, dans ce dernier cas, il n'existait même pas de déclaration et que cette attitude volontaire d'omission s'était prolongée pendant quatorze ans. Le texte de l'article 1741 CGI semble concerner des situations alternatives en punissant « quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts... » « soit qu'il ait volontairement dissimulé une partie des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse ».

22. Dans l'affaire *Fournie et autres...*, du 9 avr. 1970, préc., la Chambre criminelle relève ainsi que « la juridiction administrative ne se prononce que selon les règles de preuve qui lui sont propres et qu'au regard d'une imposition poursuivie sur un titre de perception, alors que dans les poursuites pénales la dissimulation peut être établie par tous les moyens de preuve concourant à former la conviction des juges ». En l'espèce, le mémoire au soutien du pourvoi faisait valoir que l'arrêt avait retenu l'existence d'une fraude fiscale alors que le Conseil d'Etat n'avait pas constaté la création de fausses factures, ainsi qu'il était reproché. La Chambre criminelle justifie les juges du fond qui avaient constaté que les dissimulations et falsifications conduisaient à une différence d'imposition d'au moins 10 %, ce qui, selon l'argument désormais classique, n'avait rien de comparable avec l'établissement de l'assiette de l'imposition par le juge administratif.

23. MM. Stefani et Levasseur, lorsqu'ils étudient l'autorité de la chose jugée au criminel, d'une part sur le criminel, d'autre part sur le civil (*Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 1970, n° 689 et s.), soulignent deux principes : la chose jugée par une juridiction pénale a, par rapport aux autres juridictions répressives, une autorité de caractère négatif, en ce sens que ces juridictions ne peuvent plus connaître des mêmes faits définitivement jugés à l'encontre de la même personne. Au civil, la chose jugée pénale a un aspect positif puisque le juge civil tient compte de ce qui a été décidé par le juge pénal. C'est

La décision de la juridiction répressive a autorité absolue de chose jugée. Elle s'impose à tous et elle peut être soulevée d'office par le juge.

Mais elle ne concerne qu'un jugement définitif au regard de l'appel et rendu au fond. Une décision d'une juridiction d'instruction, comme une ordonnance de non-lieu, ne présenterait pas ce caractère, quel que soit son contenu ²⁴.

La décision définitive invoquée peut être aussi bien une décision de relaxe que de condamnation ²⁵.

Seuls les points réellement jugés s'imposent au second juge, ce qui pose le problème du contenu de la première décision devant être pris en considération.

Le principe est que l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire ²⁶.

La plupart du temps, le juge fiscal reprend des constatations matérielles du juge pénal ²⁷. Il relève fréquemment que « les constatations de fait opérées par le juge pénal dans le jugement devenu définitif, et qui sont le support nécessaire des condamnations prononcées, sont revêtues de l'autorité de la chose jugée » ²⁸.

La jurisprudence est donc en ce sens qu'une constatation matérielle du juge pénal ne peut plus être remise en cause devant le juge fiscal ²⁹.

Apparemment, l'attitude du juge administratif fiscal à l'égard de la décision pénale est semblable à celle que manifeste le juge civil, qui doit toujours s'incliner ³⁰.

probablement à ce deuxième principe que l'on doit rattacher l'influence de la chose jugée au pénal sur le fiscal. V. aussi, Stefani, Levasseur, Bouloc, *Procédure pénale*, préc., éd. 1993, n° 798 et s.

24. CE 15 juin 1951, *Rec.*, p. 352; CE 13 déc. 1982, n° 26738, *RDF* 1983.2179, concl. Bissara. Le contribuable ne pouvait pas se prévaloir d'une ordonnance de non-lieu dont il avait bénéficié à l'occasion de poursuites pour l'exploitation d'un hôtel sans autorisation. CE 25 mars 1987, n° 31935, *RJF* 6/87, n° 663. La question posée au Conseil d'Etat de l'influence des constatations faites par le juge répressif sur le juge civil judiciaire ou sur le juge administratif était rattachée, par le Commissaire du gouvernement Latournerie, lors de l'affaire *Vesin* (12 juill. 1929, *Rec.* 716), à l'arrêt *Danguilhem* du 17 juillet 1912 (*Rec.* 833). Il avait été décidé, dans ce dernier cas, qu'une ordonnance de non-lieu, dont avait bénéficié un entrepreneur de travaux publics, poursuivi pour homicide par imprudence, n'empêchait pas la veuve de solliciter réparation du dommage causé par un travail public, devant le Conseil de Préfecture.

25. CE 24 nov. 1986, n° 49853; *RJF* 6/87, n° 46.

26. En ce sens, parmi d'autres décisions: CE 12 juill. 1929, *Rec.* p. 716; CE 14 déc. 1984, n° 37200, *RJF* 2/85, n° 237.

27. Cf. M. Liébert-Champagne, *Chron.* préc., p. 376, et les décisions citées, CE 9 déc. 1987, *RJF* 3/88, n° 345 et les observations; V. aussi CE 27 juin 1979, n° 9130, *RJF* 1979.311; CE 4 févr. 1985, n° 8296, *RJF* 4/85.651, fausses factures; CE 21 mars 1986, n° 42922, *RJF* 5/86, n° 511; CE 9 avr. 1986, n° 22690, *RJF* 6/86, n° 633, concl. Fouquet; CE 28 mai 1986, n° 40482, *RJF* 7/86, n° 680, omission de recettes, écritures fictives; CE 24 nov. 1986, n° 49853, *RDF* 1986.29.30, concl. Fouquet, prêt fictif; CE 19 juin 1989, n° 55061, *RJF* 1989.1022, comptabilité occulte; CE 4 avr. 1990, *RDF* 1990, n° 44, 2050, note G. Tixier, T. Lamulle, commission versée à l'étranger; CE 23 nov. 1992, *DS* 1992.206, note G. Tixier, T. Lamulle, précitée.

28. CE 27 oct. 1976, n° 81026, Dupont 12/76, p. 370; CE 9 févr. 1977, n° 85633, Dupont 4/77, p. 159; CE 9 mars 1977, n° 98504, *RJF* 5/77, n° 273. Mais, en l'espèce, il s'agissait d'une décision du juge civil. CE 4 mai 1979, n° 5672, *RJF* 6/79, p. 223; CE 27 juin 1979, n° 9530, *RJF* 9/79, n° 544; CE 4 févr. 1985, n° 8296, *RJF* 4/85, n° 651.

29. Si, théoriquement, le juge fiscal garde son appréciation dans son domaine, les constatations matérielles du juge pénal l'influencent profondément. CE 10 déc. 1984, n° 38285, *RJF* 2/85, n° 273; CE 24 juin 1985, n° 21521, *RJF* 8-9/85, n° 1168; CE 10 juill. 1987, n° 57762, *RJF* 10/87, n° 1055; CE 28 oct. 1987, n° 46447, *RJF* 12/87, n° 1194.

30. Parmi les nombreuses études intervenues en ce domaine (certaines précitées, spéc. n. 1), H. Donnedieu de Vabres relevait en 1943 (au *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du *Recueil Sirey*, Paris 1943, spéc. n° 1571 et s.) que n'a autorité au civil que ce qui a été jugé principalement par la juridiction répressive et de façon définitive, ce qui exclut les jugements étrangers au fond même de l'affaire ou les articulations d'un jugement qui n'ont qu'un caractère accessoire ou qui n'ont pas de rapport direct et nécessaire avec l'objet du litige. De même, l'énonciation de motifs qui n'ont qu'un caractère accessoire est sans influence au civil. Ce n'est que lorsque le motif fait corps avec le jugement, qu'il en est le soutien nécessaire, qu'il s'impose au juge civil. L'autorité n'appartient « qu'aux points sur lesquels la juridiction répressive s'est en fait prononcée et sur lesquels elle était

2. L'absence d'influence de la chose jugée au fiscal sur le pénal

Lorsqu'il rencontre des décisions du juge fiscal, le juge pénal affirme son autonomie. La Chambre criminelle a posé le principe qu'il n'existe pas d'autorité de la chose jugée du fiscal sur le pénal³¹.

Alors que le juge répressif n'a pas à surseoir à statuer en attendant la décision du tribunal administratif³², la position de la Chambre criminelle est donc semblable en faveur de l'autonomie du juge pénal, lorsque la procédure parallèle administrative a abouti avant la procédure pénale.

Le montant des dissimulations invoqué par l'Administration, ou par une précédente décision administrative, ne peut gêner le juge répressif dans son appréciation. Il est seulement tenté de reprendre les éléments relevés par le juge administratif comme éléments de son intime conviction.

On remarque que cette autonomie du juge pénal devrait être favorable au contribuable en exigeant des circonstances particulières pour entrer en répression³³.

Dé plus, outre le fait que l'Administration hésite à déclencher des poursuites fondées sur l'article 1741 du code général des impôts³⁴, la sévérité du texte, et simplement son caractère pénal, justifient une interprétation stricte par le juge répressif.

Mais le fait qu'une décision de l'ordre administratif ne puisse avoir l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge répressif peut aussi être défavorable au contribuable qui aurait été absent sur le plan fiscal³⁵.

II. - LA DISTINCTION ET L'AUTONOMIE DU JUGE ADMINISTRATIF FISCAL

La distinction des contentieux ne se manifeste pas seulement par l'autonomie du pénal et par l'autorité de la chose jugée au pénal, avec pour corollaire l'absence d'influence du fiscal sur le pénal. Poussée à l'extrême, l'autorité du pénal aboutirait d'ailleurs à la mise en cause de la distinction.

tendue de se prononcer ». Il s'agit de ce qui est « certain et nécessaire » (G. Stefani, G. Levasseur, *Procédure pénale*, préc., n° 703 et s.; Stefani, Levasseur, Boulloc, préc., n° 805 et s.; Hugueney, S. 1931.I.393) au soutien de la décision pénale.

31. Ainsi Crim. 9 avr. 1970, arr. préc., *DS* 1970.755. Les termes sont révélateurs : dans la première espèce, *Fournie et autres*, la Chambre criminelle affirme que, si le tribunal répressif se trouve saisi sur la base de l'article 1741 CGI et qu'intervienne avant la décision pénale « une décision de la juridiction administrative, par laquelle sont définitivement annulés les titres de prescription établis, sur rehaussements, par l'Administration des Impôts, cette décision ne fait pas obstacle à une condamnation par le juge répressif sur la base de l'article 1741... » Et dans la deuxième espèce, *Petit*, la Chambre criminelle soutient l'autonomie du juge répressif car « non seulement les constatations de fait de l'arrêt de la juridiction administrative ne pouvaient s'imposer aux juges répressifs, mais encore ceux-ci ont-ils justifié leur décision par le seul motif tiré de ce que la dissimulation frauduleuse dépassait, en l'espèce, la tolérance instituée par l'article 1741, alinéa 2, CGI... » Il avait été remarqué, à propos de l'arrêt de la cour de Reims du 8 novembre 1973 (*Gaz. Pal.* 1974.I.176, préc., n. R. Blancher, J. Cosson), lequel s'était efforcé de définir la fraude fiscale, que les dispositions pénales du code général des impôts (art. 1741 et s.) devaient en tant que *lex specialis* s'appliquer à la lettre et que « contentieux pénal et contentieux fiscal n'ont rien de commun ». V. aussi M. Liébert-Champagne, chron. préc.

32. *Supra*.

33. V. l'arr. de la cour de Reims, préc.

34. Cf. B. Brachet, *Manuel de droit fiscal*, 3^e éd., LGDJ, 1979, p. 226.

35. Ainsi, Crim. 24 avr. 1984, *DS* 1986.125, note J. Cosson. Il se posait aussi un problème de distinction de l'infraction spéciale de l'article 1741 CGI avec d'autres infractions. Rapp. *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, préf. G. Levasseur, LGDJ, 1977.

En réalité, il subsiste une autonomie du juge fiscal dont les décisions ne sont pas, non plus, sans influencer le juge pénal. Cette autonomie se manifeste, qu'une décision pénale soit ou non déjà intervenue.

Cette autonomie existe ainsi dans le déroulement de la procédure administrative suivie à l'encontre du contribuable et lors de l'appréciation des faits.

A. – *L'autonomie du juge fiscal et le déroulement de la procédure*

Saisi des mêmes faits que le juge répressif, qu'il doit apprécier dans un but différent, puisqu'il s'agit de fixer l'assiette et l'étendue de l'imposition, le juge fiscal peut décider d'attendre la décision pénale et considérer l'intérêt d'un sursis à statuer, pour une bonne administration de la justice. Mais aucun texte ne l'oblige à surseoir à statuer.

Le juge administratif apparaît ainsi comme le protecteur naturel du contribuable contre les irrégularités de la procédure administrative.

1. *L'absence de caractère obligatoire du sursis à statuer devant le juge fiscal*

Le juge fiscal, en ordonnant un sursis à statuer, a le souci d'une bonne administration de la justice. Il peut estimer qu'il sera utile de tenir compte des constatations du juge pénal, que l'assiette de l'imposition sera fixée avec plus de précision³⁶. Sa décision de surseoir dépend seulement de son appréciation³⁷.

Le juge fiscal est donc maître de l'opportunité d'un sursis à statuer, ce qui constitue une position différente de celle imposée par la Chambre criminelle au juge répressif³⁸.

Puisqu'il n'est pas obligé de procéder ainsi, le tribunal administratif ne commet pas d'irrégularité lorsqu'il ne répond pas aux conclusions du requérant tendant à ce qu'il soit sursis à statuer jusqu'à la décision du juge pénal³⁹.

Il peut aussi estimer que se pose une question préjudicielle à soumettre au ministre des Affaires étrangères, en fait à son Service de législation fiscale, ainsi pour l'interprétation d'une convention fiscale conclue par la France.

Il peut consulter une juridiction judiciaire lorsque se pose une question civile, ainsi pour l'état des personnes, les libertés, le droit de propriété ou des contrats⁴⁰.

Le juge administratif fiscal apprécie donc sa propre mission dans sa spécificité.

2. *Le juge fiscal et la régularité de la procédure administrative vis-à-vis du contribuable*

Le paradoxe a été souligné de ce que l'on risque d'aboutir à des solutions divergentes au pénal et au fiscal en raison des missions différentes des juges⁴¹.

36. CE 9 févr. 1983, n° 27351 ; *RJF* 4/83, n° 559.

37. CE 10 nov. 1971, n° 76958 ; *RDF* 1972, n° 24, comm. 942 ; *RDF* 1973, n° 4, comm. 128. On remarque, en comparaison, que le sursis à statuer ordonné par le juge civil lorsque le juge pénal se trouve saisi des mêmes faits, s'il a d'abord invoqué des fondements textuels, comme les articles 198 et 232 du code civil, selon lesquels la condamnation pénale constituait une cause péremptoire de divorce et servait de preuve à la célébration d'un mariage, ou les articles 3 du code d'instruction criminelle, puis 4 du code de procédure pénale, et 1351 du code civil, a pris ensuite pour fondement le principe de primauté des décisions des juridictions répressives, gardiennes de l'ordre public. Un tel principe ne prend pas le relais d'une absence de texte en matière fiscale, en raison des missions différentes dévolues aux juges répressif et administratif.

38. *Supra*, et Crim. 5 juill. 1976, *Bull. crim.*, n° 246 ; 20 juin 1983, *Bull. crim.*, n° 189.

39. CE 14 mai 1986, n° 59590 ; *Lamy*, Contentieux fiscal, n° 5051.

40. CE 15 avr. 1983, n° 24391, à propos des engagements de la veuve par rapport aux dettes du mari. CE 1^{er} mars 1989, n° 64357, à propos de la valeur d'une promesse de vente en matière de propriété immobilière.

41. M. Liébert-Champagne, *Chron. préc.*

Mais le juge administratif fiscal est d'abord le gardien de la régularité de la procédure suivie à l'encontre du contribuable ; ce qui le fait parfois sanctionner une procédure abusive.

Le jugement pénal, retenant la fraude fiscale, peut ainsi être suivi d'une décision fiscale de décharge ⁴².

Le juge fiscal veille donc sur les garanties accordées au contribuable lors de la procédure administrative ⁴³.

On a dit que, par contre, il n'appartenait pas au juge pénal de sanctionner, au nom des droits de la défense, la violation de ces garanties ⁴⁴.

Mais on observe que ce principe est discuté ⁴⁵.

Une raison invoquée, pour justifier l'incompétence du juge pénal, est traditionnellement que le juge pénal n'a pas qualité pour interpréter des textes ne prévoyant pas de nullité sur le plan pénal ⁴⁶.

Cependant, la Chambre criminelle a pu décider qu'une exception de nullité de la procédure administrative était recevable ⁴⁷.

Les garanties, accordées par l'article 1649 septies du code général des impôts, consistent en l'assistance possible d'un conseil au cours des vérifications de comptabilité ; la limitation de la durée des vérifications sur place, l'impossibilité du renouvellement d'une vérification terminée pour la même période.

Ces dispositions ont été reprises en l'article L 47 du Livre des procédures fiscales : l'avis de la vérification de comptabilité, envoyé ou remis au contribuable, « doit préciser les années soumises à vérification et mentionner expressément, sous peine de

42. CE 9 avr. 1986, n° 22690 ; *RJF* 6/86, n° 625, concl. Fouquet, p. 359 : Le commissaire du gouvernement indiquait : « Le juge pénal constate l'existence d'irrégularités de nature à priver une comptabilité de sa valeur probante. L'existence de ces irrégularités est un fait qui s'impose au juge de l'impôt. Pour autant, cette constatation de fait n'interdit pas au juge de l'impôt d'estimer que ce fait, c'est-à-dire l'existence de fausses factures, n'a pu être établi qu'à l'occasion d'une vérification de comptabilité irrégulière. Il vous arrive fréquemment de constater la matérialité de fraudes et décharger, cependant, le contribuable sur le terrain de l'imposition. »

43. CE 9 avr. 1986, n° 22691 ; *RJF* 6/86, n° 625 : « L'autorité de la chose jugée au pénal ne peut faire obstacle à ce que, devant le juge de l'impôt, le contribuable fasse valoir que la vérification dont précèdent les impositions contestées est entachée d'irrégularité. »

44. V. D. Mardesson, F. Pillet, L'influence sur la procédure pénale du non-respect par l'Administration fiscale des garanties accordées au contribuable par le code général des impôts lors des vérifications de comptabilité, *Gaz. Pal.* 7 févr. 1980, p. 73.

45. Dans l'affaire soumise à la Chambre criminelle le 24 avr. 1984, *Peureux et autres*, *RJF* 6/86, n° 664 ; *DS* 1986.125, note J. Cosson, l'Administration n'avait pas averti le contribuable vérifié de la faculté d'être assisté d'un conseil. Il avait seulement été constaté que l'exception de nullité de procédure avait été présentée tardivement. Dans cette même affaire, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs accepté la constatation matérielle du juge pénal, découlant d'une vérification irrégulière, malgré les conclusions contraires du commissaire du gouvernement (Concl. Fouquet, *RJF* 6/86, p. 359). Même en cas de contrôle inopiné, l'avis doit être mis au début des opérations de constatations matérielles et « l'examen au fond des documents comptables ne peut commencer qu'à l'issue d'un délai raisonnable permettant au contribuable de se faire assister par un conseil ». Le texte édicte que l'irrégularité de la vérification entraîne, non seulement la nullité de l'imposition, mais la nullité de la procédure, sans distinguer entre procédure administrative et procédure pénale. Le principe général des droits de la défense constitue donc un guide pour le juge et le législateur. L'atteinte est trop grave pour ne pas être sanctionnée par les deux juges, le pénal et le fiscal. Pour autant, la compétence de droit commun du juge administratif fiscal n'est pas véritablement remise en cause. V. aussi M. Bergerès, *Le principe des droits de la défense en droit fiscal*, thèse Bordeaux 1975 ; J.-P. Maublanc, *L'interprétation de la loi fiscale par le juge de l'impôt*, thèse Bordeaux 1984 ; G. Schmeltz, *La jurisprudence fiscale de la juridiction administrative*, Dalloz, 1978. Livre des procédures fiscales, art. R. 199-1 et s.

46. *Crim.* 1^{er} oct. 1979, *Gaz. Pal.* 1981.I.333, Goetz, note D. Mardesson, F. Pillet.

47. *Crim.* 4 déc. 1978, *Venuto*, *Pal.* 1979.90, note J.C. ; *D.* 1979.I.R.217, Obs. Puech ; *JCP* 1979.II.19124, note Tixier et Robert ; J. Cosson, cette *Revue*, 1984.760 et Obs. 1986.129 sous *Crim.* 24 avr. 1984.

nullité de la procédure, que le contribuable a la faculté de se faire assister par un conseil de son choix ».

Même en cas de contrôle inopiné, l'avis doit être remis au début des opérations de constatations matérielles et « l'examen au fond de documents comptables ne peut commencer qu'à l'issue d'un délai raisonnable permettant au contribuable de se faire assister par un conseil ».

Le texte édicte que l'irrégularité de la vérification entraîne, non seulement la nullité de l'imposition, mais la nullité de la procédure, sans distinguer entre procédure administrative et procédure pénale.

Le principe général des droits de la défense constitue un guide pour le juge et le législateur. L'atteinte est trop grave pour ne pas être sanctionnée par les deux juges, le pénal et le fiscal.

Pour autant, la compétence de droit commun du juge administratif fiscal, pour le contrôle de la régularité de l'imposition, en matière d'impôts directs, n'est pas véritablement remise en cause.

Le juge administratif reste seul compétent, habituellement, pour sanctionner toutes les irrégularités commises lors de l'établissement de l'imposition ou pour définir dans quels cas l'on a affaire réellement à une vérification de comptabilité, la définition conditionnant l'application des garanties.

Seule la défense du principe général du droit permet cette communauté d'efforts entre juge pénal et juge administratif.

La décision de la Chambre criminelle, en faveur des droits de la défense, qui était formulée en des termes de principe général⁴⁸ a été confirmée dans les limites des cas prévus en l'article L 47 du Livre des procédures fiscales⁴⁹.

Une cour pourrait même, conformément aux dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale, relever d'office une irrégularité pour violation de dispositions substantielles mettant en cause l'ordre public, comme celles de l'article L 47 du Livre des procédures fiscales.

Cette évolution est souhaitable. Après tout, c'est au nom de la protection des administrés que la distinction des contentieux existe. Que les deux ordres de juridictions puissent vérifier la conformité d'une procédure, même sans texte, à une norme supérieure, est en réalité revenir au fondement de la distinction des contentieux.

De plus, le recours à un principe général du droit est un moyen d'étendre le contrôle juridictionnel de l'Administration⁵⁰.

48. Même si l'article 1649 septies, CGI, se trouvait placé au chapitre intitulé « Redressement et vérifications » et au titre I de la troisième partie du code « Assiette et contrôle de l'impôt » et a été transféré sous l'article L 47 aux « modalités d'exercice du droit de contrôle », du Livre des Procédures fiscales, il n'en demeure pas moins que la procédure pénale « pouvant trouver son fondement comme c'est le cas en l'espèce dans les constatations faites par les vérificateurs dans la comptabilité et les documents détenus par le contribuable, l'observation des prescriptions de l'article 1649 septies précité apparaît ainsi comme garantie essentielle des droits de la défense dont il appartient à la juridiction répressive d'assurer le respect ».

49. Crim. 11 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 189, p. 509. Une décision ne peut pas, pour annuler la procédure, se fonder sur une autre irrégularité. En d'autres cas, la Cour de cassation a énoncé « que les juges sont tenus de rechercher si la vérification de comptabilité a été faite dans des conditions régulières au regard des dispositions de l'article 1649 septies » (Crim. 12 mai 1980, *D.* 1981.22, note Tixier, Robert, *Bull. crim.* n° 142 ; *RDF* 1981, c. 707 ; *Gaz. Pal.* 1981.I.9, note J. Cosson. Et elle a considéré que la procédure comportait une cause de nullité « lorsque l'administration a procédé à une vérification de comptabilité sans avoir avisé préalablement le contribuable qu'il a la faculté de se faire assister d'un conseil de son choix » ; Crim. 8 déc. 1980, *D.* 1981.189, note Tixier, Robert, *Bull. crim.*, n° 336 ; 2 juin 1986, *Bull. crim.*, n° 187 ; *RJF* 1986-694.

50. En ce sens, P.M. Gaudemet, Réflexions sur les rapports du juge et du fisc, *Mélanges Waline*, LGDJ, t. 1, p. 327. On a pu parler de « procès du juge fiscal », cf. J. Boulouis, *RSF* 1957.631.

Il est un remède aux confusions textuelles ⁵¹.

Et plus que des transactions, qui apparaissent comme des reconnaissances de culpabilité, sous pression et sans contrôle, les garanties du contribuable passent par la vérification de la procédure et l'interprétation des textes ⁵² à la lumière du principe supérieur.

B. – L'autonomie du juge fiscal et l'appréciation des faits

Même lorsque la décision pénale est intervenue, le juge fiscal, devant déterminer les bases de l'imposition, garde une autonomie justifiée par cette compétence. Il ne s'estime lié que par certains aspects de la décision pénale et reste maître de la qualification des faits et des conséquences à en tirer. Il distingue entre de simples constatations matérielles et les conséquences juridiques à en tirer pour déterminer l'imposition, ce qui n'est pas toujours facile.

Les appréciations du juge répressif, ou d'un autre juge, des chiffres relevés ne lient pas le juge fiscal lorsque la compétence du juge de l'impôt est seule en cause.

1. La qualification des faits par le juge fiscal

Tout d'abord, on sait que l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif de la décision pénale et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire.

Par contre, les conséquences juridiques tirées des constatations matérielles faites par le juge répressif ne lient pas le juge fiscal qui ne se place pas sur le même plan que lui.

Le juge fiscal peut donc reprendre des constatations matérielles du juge pénal, pour mieux asseoir sa propre décision, au besoin après avoir ordonné un sursis à statuer considéré comme opportun. S'il n'est pas lié par la qualification juridique donnée aux faits, le juge fiscal peut estimer commode de reprendre cette qualification ⁵³, à moins que « la qualification fiscale des faits ne découle presque automatiquement des constatations du juge pénal ⁵⁴ ».

L'attitude du juge administratif est en principe la même à l'égard des constatations du juge civil ⁵⁵.

On a pu écrire que l'autorité de la chose jugée au pénal n'avait qu'un « caractère relatif », en ce sens que les qualifications juridiques données au pénal n'étaient retenues, éventuellement, que par opportunité ⁵⁶.

51. Le rédacteur des commentaires du *Code Dalloz*, Livre des procédures fiscales, M. J. Lamarque, émettait des réserves dans son « Avertissement », éd. 1989, VI, en raison des confusions textuelles. D'où, peut-être, cet intérêt supplémentaire, malgré l'autonomie du contentieux administratif fiscal, de l'importance accordée par le juge répressif et par le juge fiscal au principe supérieur des droits de la défense.

52. Il a aussi été mentionné cette pratique ancienne consistant, pour l'Administration, à signaler officiellement au Conseil d'Etat les questions importantes et nouvelles pour obtenir rapidement une décision de principe. Cf. Cl. Lasry, *Le Conseil d'Etat, Juge de l'impôt*, Etudes et Documents, 1955, spéc. p. 61. Cette pratique peut aboutir à une clarification en présence de nombreux textes mais elle n'interdit pas, en cas de difficulté dans le contentieux, de se référer au principe supérieur des droits de la défense.

53. Ainsi le juge fiscal reprend-il l'appréciation de comptabilité non probante portée par le juge pénal (CE 10 déc. 1984, n° 38285, *RJF* 2/85, n° 273), ou prend-il en compte la manœuvre (CE 10 juill. 1987, n° 57762, *RJF* 12/87, n° 1194 ; CE 24 juin 1985, n° 21521, *RJF* 8-9/85, n° 1168).

54. Cf. M. Liébert-Champagne, *Chron. préc.*, p. 377.

55. CE 9 mars 1977, n° 98504, *RJF* 5/77, n° 272.

56. J.P. Chevalier, *La relativité de l'autorité de la chose jugée dans le contentieux fiscal*, précité, spéc. p. 129. V. CE 10 juill. 1968, n° 69528.

Les exemples de cette attitude d'autonomie du juge fiscal sont nombreux⁵⁷.

De plus, la distinction d'une constatation matérielle, support nécessaire d'une décision pénale et bénéficiant à ce titre de l'autorité de la chose jugée, et de la qualification qui ne lie pas le juge fiscal, n'est pas toujours aisée⁵⁸.

2. L'appréciation des conséquences des faits

Le juge fiscal ne s'estime pas lié par les chiffres retenus par le juge répressif, quant aux montants dissimulés⁵⁹.

Pour évaluer la base imposable ou les pénalités fiscales, il peut se contenter de reprendre ces chiffres ou estimer qu'il ne s'agit que d'indices.

D'ailleurs, l'évaluation faite par le juge pénal n'a pas à être aussi précise que celle établie par le juge fiscal, puisqu'il ne s'agit pas d'indiquer l'assiette de l'impôt. Il n'a pas à indiquer le montant exact des dissimulations puisqu'il lui suffit qu'elles dépassent le seuil de tolérance⁶⁰.

Le montant du détournement ne coïncide pas forcément avec le montant imposable⁶¹.

57. Ainsi, la qualification de salarié, donnée par une commission de la Sécurité sociale, laisse le juge fiscal libre de qualifier les revenus de bénéfices non commerciaux, CE 23 févr. 1970, n° 11426, *RJF* 4/79, n° 217. En l'espèce, la personne concernée était un agent d'assurances. A propos de cette qualification des revenus, la qualification donnée par le juge fiscal ne lie pas le juge du travail, *Soc.* 21 janv. 1972, B. n° 60. En l'espèce, des salaires au regard du juge fiscal ont été qualifiés de dommages-intérêts par la cour d'appel. De même, un jugement civil, établissant la dette du débiteur, ne montre pas que le tiers a bénéficié d'un prêt de ce débiteur, CE 29 oct. 1986, n° 48105, *RJF* 12/86, n° 1040. Et la qualification juridique, comme celle de vente au lieu de reprise d'exploitation, ne s'impose pas non plus au fiscal, CE 14 mars 1984, n° 36237, *RJF* 5/84, n° 583. Alors que le Trésor public a été considéré par la cour d'appel comme n'ayant pas de créance valable à produire à une procédure collective d'une entreprise, l'imposition reste valable, CE 9 juill. 1980, n° 10405, *RJF* 10/80, n° 836. Des avances faites par une société ont été considérées comme anormales pour sa gestion. Des conséquences en ont été tirées alors que le juge répressif avait prononcé la relaxe sur des poursuites pour abus de biens sociaux à propos de ces mêmes avances, CE 7 nov. 1979, n° 6188. Alors que le juge pénal a estimé qu'il n'existait pas de fraude fiscale, une sanction fiscale reste possible, prononcée par le juge fiscal, CE 31 janv. 1983, n° 24055 ; CE 10 oct. 1984, n° 37323. Certains mensonges ou omissions, sans conséquence pénale, sont pris en considération par le juge fiscal : ainsi, la déclaration mensongère quant au régime d'imposition applicable (CE 10 mars 1986, n° 10181), ou à l'aspect incomplet d'une comptabilité (CE 29 juin 1988, n° 50885).

58. Lorsque le juge pénal considère qu'un document constitue une comptabilité occulte, il s'agit d'une constatation et non pas d'une qualification, CE 27 juin 1979, n° 9529, *Rec.*, p. 688. V. aussi CE 14 juin 1978, n° 7133, *RJF* 9/78, p. 251, n° 353. En l'espèce, le juge pénal avait constaté que les produits d'une exploitation agricole ne permettaient de nourrir que tel nombre d'animaux et il en avait déduit que la revente des animaux était intervenue « dans le cadre de l'exploitation agricole », ce qui constituait une qualification juridique, CE 13 nov. 1970, *Rec.*, p. 671 ; 11 mars 1970, n° 69588, Dupont, p. 249. Par contre, lorsqu'une cour d'appel constate « que le montant des sommes que le Trésor réclamait à une société était inférieur à celui d'un crédit de taxes dont l'intéressé disposait, et que le Trésor ne pouvait dès lors produire aucune créance au règlement judiciaire de la société, la cour d'appel n'a statué ni sur la régularité, ni sur le bien-fondé des impositions en litige devant le juge de l'impôt, ce qui aurait d'ailleurs excédé les limites de sa compétence », CE 9 juill. 1980, n° 10405, *RJF* 10/80, n° 836. Une indication négative qui serait le soutien nécessaire du dispositif pourrait constituer une constatation matérielle (V. *RJF* 3/88, n° 346 et 347, préc.). Mais, pour lier le juge fiscal, une constatation devrait être dépourvue d'ambiguïté, CE 2 juin 1986, *RJF* 8-9/86, n° 770.

59. CE 14 juin 1982, n° 34085.

60. *Supra*, et CE 15 oct. 1958, *Rec.*, p. 304.

61. CE 18 oct. 1978, n° 96122, *RJF* 12/78, 574. Il s'agit de la même idée selon laquelle le juge répressif n'a pas à établir les valeurs en vue de l'impôt. Le juge fiscal n'est pas tenu de retenir des montants de recettes comparables. V. aussi *Crim.* 18 oct. 1973, n° 93-48272, *Bull. crim.*, 902. Les énonciations du juge pénal, selon lesquelles le chiffre d'affaires annuel d'une entreprise était supérieur à tel montant, s'imposent parce qu'il ne s'agit pas d'établir un chiffre comme base d'imposition, CE 24 avr. 1981, n° 10813. Il en est de même pour la constatation de livraisons sans facture de certaines quantités de viande à un restaurateur, CE 14 oct. 1988, n° 48147. Mais il est évident que, lorsque le juge répressif calcule « la balance d'enrichissement » d'un huissier, ce montant exact ne s'impose pas

Les diverses précisions chiffrées ne seront donc pour le juge fiscal que des éléments d'appréciation⁶². A cet égard, une décision civile a pour le juge fiscal la même valeur d'indice.

Cependant, il faut remarquer que la solidarité, déclarée à l'égard d'une personne par le juge pénal, lierait le juge fiscal quant à son principe et à son étendue⁶³.

L'autonomie du juge fiscal lui permet donc habituellement de définir une opération juridique au regard de la loi fiscale, s'estimant libre à l'égard des qualifications données aux faits par le juge pénal, le juge civil, ou l'Administration. Il en détermine les conséquences pécuniaires en vue de l'impôt ou de la sanction fiscale.

CONCLUSION

La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal provient d'une différence de fonctions, puisque le juge pénal est juge de la fraude fiscale, le juge fiscal, juge de l'impôt.

Mais la distinction prend aussi, et surtout, pour base les principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs, de la défense de l'ordre public, mais aussi des libertés et du particulier.

C'est que, historiquement, l'autonomie des contentieux est liée au consentement à l'impôt et aux origines de la démocratie parlementaire.

Dans le fonctionnement des juridictions, le respect de ces principes est assuré par divers postulats ou mécanismes, comme l'autorité de la chose jugée du pénal sur le fiscal, la distinction des constatations matérielles et des qualifications pour que chaque juge puisse malgré tout remplir son rôle. Il en résulte de nombreuses nuances qui peuvent rester incomprises du contribuable et apparaître comme des contradictions, ou de simples considérations d'opportunité entre les juges.

Que le juge pénal décide la relaxe et que le juge fiscal condamne ou ne retienne pas les chiffres établis par l'autre juridiction, que le juge pénal condamne et que le juge fiscal exonère, et le contribuable, déjà tout entier à son affaire, n'y verra que manigance de « Raminagrobis ». Mouvante comme la jurisprudence, la distinction peut sembler hypocrite et participer, à terme, de l'incompréhension de la justice.

En réalité, il existe des justifications à la distinction des contentieux qui ne fonctionnent pas toujours de façon défavorable au particulier.

Et en cas de doute, ainsi lorsque le juge pénal hésite à sanctionner une irrégularité administrative, il ne devrait jamais être perdu de vue que les principes supérieurs, comme celui des droits de la défense, peuvent servir de référence, même sans texte. La distinction des contentieux existe d'abord en faveur de l'individu et ce serait lui donner son plein sens que de faire prévaloir la norme supérieure favorable et d'éviter toute dérive fonctionnelle.

au juge fiscal, alors que, pour le juge pénal, il ne s'agit que d'un élément d'appréciation puisqu'il suffit que le montant de la dissimulation ait dépassé mille francs pour l'application de l'article 1741 CGI ; CE 11 mars 1985, n° 37199.

62. Ainsi, la valeur donnée à un immeuble, CE 20 juin 1984, n° 35964 ; RJF 8-9/84, n° 982.

63. CE 25 avr. 1979, n° 7253, 7254 ; RJF 6/79, n° 398. La solidarité est associée ici à l'idée de sanction.

Les actions civiles au tribunal correctionnel : conséquences civiles et répressives

François GIRAUD,

*Ingénieur d'études au CNRS, Centre de recherches critiques sur le droit
(Université Jean-Monnet de Saint-Etienne, URA 1155)*

Le sort réservé aux intérêts civils par les tribunaux répressifs est révélateur de la place et du rôle tenu par la partie civile, victime directe ou indirecte, dans le procès pénal¹ et de l'incidence de son intervention tant sur l'aspect répressif² que purement civil. Aussi avons-nous tenté³ d'évaluer l'importance des demandes de dommages-intérêts dans les procédures pénales à partir de la constitution d'une base de données « intérêts civils », et d'étudier le rôle joué dans ces procédures par les victimes, les tiers payeurs, bénéficiaires ou non du recours subrogatoire, ainsi que par les groupements habilités à exercer les droits de la partie civile. Nous avons notamment cherché à apprécier l'utilisation effective, par ces derniers, des possibilités que diverses réformes législatives leur ont offertes d'agir en justice.

Après un point rapide sur le régime des actions civiles engagées par les victimes (I), les tiers payeurs subrogés (II) et les groupements (III), l'étude du droit positif relatif à ces actions étant un préalable indispensable à la compréhension des résultats des investigations menées au cours de l'année 1993, nous commentons ces derniers (IV).

I. - L'ACTION CIVILE DE LA VICTIME

La doctrine a largement commenté l'option en faveur de la voie répressive, qui offre de multiples avantages en termes de rapidité mais a également l'avantage de l'économie, procure d'autre part des facilités de preuve incontestables et fait bénéficier à la partie civile de la solidarité de l'article 55 du code pénal ; en outre « l'option en faveur de la voie répressive permet d'éviter que l'action civile ne se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à une décision pénale rendue sans que la victime ait pu défendre ses intérêts (...) » ; action qui n'est pas sans risque « la victime est exposée à des représailles de la part de l'inculpé bénéficiaire d'un non-lieu ou d'un acquittement. (...) d'autre part la partie civile, étant partie à l'instance, ne peut être entendue comme

1. Un tiers des victimes de délit correctionnel se constituent partie civile.

2. « ... en application du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, les intérêts civils sont souvent étroitement subordonnés à la décision prise au pénal, le juge aura tendance à affirmer une responsabilité pénale, même assortie d'une sanction très légère, dans le seul but d'accorder ou de laisser accorder la réparation civile. » A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, Paris, LGDJ, 1986, p. 26.

3. F. Giraud, *Le sort des intérêts civils au tribunal correctionnel*, rapport de recherche pour le ministère de la Justice, CERCRIID, juill. 1994.

témoin à l'instruction ni aux débats. Or, elle sera bien souvent le principal témoin à charge ; son absence risque d'affaiblir l'accusation et de conduire à un acquittement qui eût peut-être été évité, si elle avait été entendue »⁴.

La victime d'un dommage, qui souhaite en obtenir réparation⁵, peut exercer l'action civile « en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention »⁶, qui appartient « à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »⁷ (art. 2, c. pr. pén.), action qui peut être exercée « en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite » (art. 3, c. pr. pén.)^{8,9}. La constitution de partie civile peut se produire à titre principal (art. 3 al. 1, c. pr. pén.), elle entraîne alors la mise en mouvement de l'action publique et permet de vaincre l'éventuelle inertie du parquet, ou à titre accessoire, « par intervention », elle intervient alors que le ministère public a déjà pris l'initiative de mettre en mouvement l'action publique¹⁰.

La Chambre criminelle a dû délimiter et préciser l'espace octroyé à l'action civile devant les tribunaux répressifs ; ainsi la victime peut demander en même temps au juge répressif la réparation du dommage corporel et celle du dommage matériel, bien

4. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, 15^e édition, Dalloz, 1993, n° 225.

5. Cette recherche n'abordant pas le problème de l'indemnisation des victimes d'infractions sous l'angle du recouvrement, il faut rappeler le rôle joué par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (L n° 77-5 du 3 janv. 1977, L n° 81-82 du 2 févr. 1981 et L n° 90-589 du 6 juill. 1990, art. 706-3 et s. ; R 50-1 et s. c. pr. pén.). Lorsque l'auteur de l'infraction (hors accident de la circulation. V. *infra*, L n° 85-677 du 5 juill. 1985) est insolvable ou inconnu, la victime peut obtenir réparation des dommages qui résultent des atteintes à la personne.

6. Le Fonds de garantie des victimes est subrogé dans les droits de la victime « pour obtenir des personnes responsables du dommage causé par l'infraction ou tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée par lui, dans la limite du montant des réparations à la charge desdites personnes ». (art. 706-11 c. pr. pén.). D'autre part la Loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infraction prévoit un certain nombre de dispositions pour protéger la créance de la victime notamment en réprimant l'organisation de sa propre insolvabilité par le délinquant : « sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 6 000 F à 120 000 F tout débiteur qui, même avant la décision judiciaire, aura organisé ou aggravé son insolvabilité, soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation pécuniaire prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, par une juridiction civile », sont également visés par ce texte les dirigeants « de droit ou de fait » des personnes morales ainsi que le ou les complices de l'infraction.

7. Le lien de causalité entre l'infraction et le dommage doit être établi, non sans difficulté, par la victime. Par ex. « Attendu que si madame D. justifie de son préjudice matériel à hauteur de la somme de 5 708,10 F elle ne rapporte pas la preuve d'un lien de causalité directe entre le vol avec effraction commis par M.S. et le décès de son mari M.D. Qu'en effet le certificat établi le 3 décembre 1990 par le docteur L., médecin traitant, qui ne donne notamment aucune indication sur l'état de santé antérieur de M.D., se limite à constater que le vol a eu « un retentissement néfaste sur sa santé » et ne permet pas d'établir avec certitude qu'il est la cause directe de l'accident cardiaque ayant entraîné le décès de M.D. le 3 janvier 1990 ; que la demande d'expertise sollicitée subsidiairement et fondée uniquement sur ce document qui n'en établit pas la nécessité, ne peut être accueillie ; qu'en conséquence, il y a lieu de débouter madame D. de sa demande d'indemnisation de préjudice moral... » TGI Boulogne-sur-Mer, 4 avr. 1991 (inédit).

8. En cas de relaxe prononcée pour l'une des deux infractions reprochées au prévenu (relaxe pour circulation à gauche mais condamnation pour délit de fuite) et application de l'article 470-1 c. pr. pén., la partie civile peut se voir accorder « la réparation du préjudice causé par le délit de fuite seul retenu à la charge du prévenu » en application de l'article 3 c. pr. pén. (Crim. 16 avr. 1992, pourvoi n° 91-83.078, inédit).

9. « ... lorsque la victime d'une infraction pénale s'est constituée partie civile pour obtenir réparation des dommages que lui a causés cette infraction... le juge pénal fait alors application des règles du droit privé substantiel, même si la procédure suivie continue de relever du code de procédure pénale... » (L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1992, p. 96).

10. Si elle est faite à l'audience, la déclaration de partie civile doit, à peine d'irrecevabilité, s'effectuer avant les réquisitions du ministère public sur le fond « ou, si le tribunal a ordonné l'ajournement du prononcé de la peine, avant les réquisitions du ministère public sur la peine ». (L n° 75-624 du 11 juill. 1975.)

que ce dernier ne trouve pas son origine dans la qualification pénale. Dans un arrêt du 23 mai 1973, la haute juridiction a déclaré recevable, en application de l'article 3, alinéa 2 du code de procédure pénale, la constitution de partie civile par celui qui n'avait subi qu'un dommage matériel, à l'occasion d'un délit de blessures involontaires dont les passagers d'une voiture avaient été les seules victimes, mais la même Chambre criminelle (Crim. 2 déc. 1975, *Bull. crim.*, n° 264) rejette l'action civile pour préjudice matériel « subi par un autre que la victime de l'infraction poursuivie » (le préjudice matériel avait été subi par le propriétaire d'une automobile alors que ce dernier n'avait pas été personnellement victime des infractions visées dans la poursuite — art. 319 et 320 c. pr. pén. —), pour être recevable l'action civile doit avoir pour but la réparation du « préjudice personnellement subi par la victime de l'infraction poursuivie »¹¹. Plus récemment (Crim. 5 août 1992, pourvoi n° 91-86.368, inédit) la Chambre criminelle a cassé un arrêt de la cour de Rouen qui refusait d'accueillir une constitution de partie civile d'un plaideur lequel, voulant réserver une place de stationnement, avait eu le pied écrasé et coincé par la voiture du prévenu qui voulait s'emparer de force de la place et s'était fracturé le poignet en donnant un coup de poing sur le capot de la voiture pour inciter l'automobiliste à libérer son pied, au motif « qu'il n'y avait pas de lien de causalité direct entre la fracture du poignet et la voie de fait commise par le prévenu » ; pour la Cour de cassation selon les propres constatations des juges du fond « les blessures dont se plaint la victime ont été causées par la réaction de cette dernière au fait dommageable imputable au prévenu ». Enfin les proches (conjoint, parents, descendants, compagnon) d'une personne victime d'une infraction de blessures involontaires sont désormais recevables à exercer l'action civile (Crim. 9 févr. 1989, jurisprudence confirmée à plusieurs reprises depuis¹²).

Nous le savons, le législateur a prévu des dérogations au principe de l'existence d'une infraction effectivement punissable. Après avoir prononcé un acquittement ou une absolution la cour d'assises peut se prononcer sur les intérêts civils (art. 372, c. pr. pén.) en faveur de la victime¹³. On se souvient de l'acquittement de « la boulangère de Reims » accusée de meurtre, suivi d'une décision la condamnant à de substantiels dommages-intérêts en faveur des ayants droit de la victime. Devant les tribunaux correctionnels ou de police la victime peut invoquer la loi du 8 juillet 1983 (art. 470-1 c. pr. pén.) lorsqu'une relaxe est prononcée dans une poursuite du chef d'homicide ou de blessure par imprudence ; le juge demeure alors compétent « pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite ». Il s'agit là d'un véritable procès derrière le procès et l'aspect choquant pour les victimes de certaines décisions de relaxe peut se voir atténué par le prononcé d'une « sanction » sous forme de dommages-intérêts. L'appli-

11. G. Stefani, G. Levasseur et B. Boulloc, *op. cit.*, n° 231.

12. Un certain nombre de décisions récentes, souvent inédites, de la Chambre criminelle sont venues préciser les conditions de recevabilité de l'action civile de la victime et ont été reproduites par extraits dans notre rapport de recherche précité. Dans l'une d'entre elles le prévenu avait adressé à une veuve un dépliant publicitaire annonçant l'organisation d'une loterie et précisant que le destinataire de l'envoi, le conjoint décédé, nommément désigné, avait d'ores et déjà gagné un des lots. La haute juridiction casse un arrêt de la cour d'appel aux motifs que « ... seul peut être réparé par la juridiction pénale le préjudice subi directement par la victime de l'infraction... ; attendu qu'après avoir déclaré G. coupable de publicité de nature à induire en erreur, la cour d'appel expose, par motifs adoptés, que « la publicité incriminée a gravement porté atteinte aux sentiments d'affection de Mme P., puisque feu le mari de celle-ci a été présenté comme faisant la une d'un journal régional et manifestant l'émotion de tout être vivant à l'annonce d'une heureuse nouvelle, qu'en ramenant fictivement à la vie feu M.P., la société F. a, par négligence, causé à Mme veuve P. un préjudice moral qui sera réparé par l'allocation d'une somme de 15 000 francs » ; mais attendu qu'en se prononçant ainsi la cour d'appel a méconnu le principe ci-dessus rappelé ; que la cassation est, dès lors, encourue ; par ces motifs casse et annule... » (Crim. 30 janv. 1992, pourvoi n° 91-81.756).

13. En fait c'est à la Cour (alors composée exclusivement de magistrats professionnels) de dire s'il y a une faute distincte du crime définitivement écarté, laquelle servira de base à l'action en réparation du dommage.

cation de la règle contenue dans l'article 470-1 du code de procédure pénale suppose que le tribunal répressif ait été saisi à l'initiative du ministère public ou sur renvoi ordonné par une juridiction d'instruction, qu'une relaxe soit prononcée sur l'action publique et qu'enfin, en prévision d'une éventuelle relaxe, la partie civile, ou son assureur, ait pris soin de formuler, avant la clôture des débats, une demande en réparation fondée expressément sur les règles du droit civil. Ces conditions réunies, le juge pénal peut s'appuyer, pour asseoir sa décision accordant des dommages-intérêts, sur les règles de la responsabilité civile délictuelle (art. 1384 à 1386 c. civ.) ou contractuelle (art. 1147 c. civ.)¹⁴. La Chambre criminelle a eu l'occasion de préciser le domaine d'application de l'article 470-1 : en cas d'absence de faute du prévenu, l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 prévoit que le conducteur non victime, même non fautif, est tenu d'indemniser le conducteur victime, au moins partiellement, lorsque la faute de ce dernier n'a pas été la cause unique de l'accident « le caractère exclusif de la faute de la victime ne peut se déduire de la seule absence de faute du prévenu » (Crim. 9 avr. 1992, pourvoi n° 89-80.046).

Il faut ajouter deux autres cas dérogatoires : la loi du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service qui autorise le tribunal, saisi d'une poursuite correctionnelle en contrefaçon, à prononcer la confiscation des produits munis d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée, même dans le cas de relaxe. Enfin dans le cas de relaxe pour délit de banqueroute la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises donne la possibilité, au tribunal correctionnel, de statuer sur les dommages-intérêts réclamés et d'ordonner d'office la réintégration, dans le patrimoine du débiteur, de tous les biens qui en auraient été frauduleusement soustraits.

Par ailleurs ce procès sur les intérêts civils n'est pas sans soulever des questions de procédure : en fait, hors les affaires qui nécessitent une expertise (< 1 %) ¹⁵, le « traitement civil » d'un dossier pénal s'opère nécessairement dans le cadre des règles, plus contraignantes, de procédure pénale (le délai d'appel sur une décision « sur intérêts civils » rendue par une juridiction pénale est de dix jours) ; cependant la loi 81-82 du 2 février 1981 (art. 10, al. 2, c. pr. pén.) prévoit que, « lorsqu'il a été statué sur l'action publique, les mesures d'instruction ordonnées par le juge pénal sur les seuls intérêts civils obéissent aux règles de la procédure civile », ce qui renvoie aux articles 143 et suivants du nouveau code de procédure civile ¹⁶.

Le contentieux des intérêts civils au pénal est à l'origine de très nombreuses décisions aux enjeux économiques importants et qui sont fort mal connues. Les données statistiques pénales actuelles s'intéressent plus aux décisions répressives (jugement des tribunaux de police et correctionnels et arrêts des cours d'assises) et les informations sur

14. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Cujas, 1989, p. 88.

15. Et dans ce cas on peut constater une disparité entre les pratiques judiciaires : fixation d'une date de renvoi pour la liquidation des intérêts civils par le magistrat qui a rendu la décision répressive, ce qui lui permet éventuellement de constater un désistement ou suite du procès à la diligence des parties civiles, lesquelles doivent réassigner le prévenu, le défaut de consignation pour expertise entraînant péremption d'instance.

16. Mais la Chambre criminelle a eu l'occasion de préciser que le juge du fond appréciait souverainement l'opportunité d'ordonner une expertise alors que le pourvoi évoquait l'article 146, alinéa 2, nouv. c. pr. civ., lequel prévoit qu'« en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve » : « Attendu que, se prononçant sur les conséquences dommageables d'un accident de la circulation dont L. reconnu coupable d'homicide involontaire sur la personne de A. avait été déclaré entièrement responsable, la cour d'appel énonce qu'il y a lieu d'ordonner une expertise, afin de vérifier les allégations relatives aux revenus de la victime, contenues dans un rapport officieux versé aux débats par la compagnie d'assurance du prévenu... a souverainement apprécié l'opportunité de cette expertise... » ; ledit rapport officieux avait été obtenu dans des conditions irrégulières, son auteur s'était fausement présenté comme mandaté par un tribunal pour les recueillir ; en fait le juge du fond n'avait pas « suppléé la carence de la partie » mais simplement appliqué les mesures d'instruction de l'article 144 du nouv. c. pr. civ., estimant ne pas disposer d'éléments suffisants pour statuer (Crim. 28 nov. 1991, pourvoi n° 90-87.448, inédit).

le contentieux réparateur sont quasi inexistantes. Un simple exemple de jugement rendu par le tribunal de Saint-Etienne permettra à la fois d'expliquer cet état de fait et d'en mesurer l'enjeu : M. X et Mme Y sont victimes de coups et blessures volontaires (ITT > 8 jours et IPP < 3 mois) en septembre 1990. Le tribunal correctionnel rend sa décision sur l'action publique en avril 1991 (amende de 1 000 francs et 15 jours d'emprisonnement avec sursis), puis renvoie sa décision sur les intérêts civils au 15 juillet, renvoie à nouveau au 3 octobre pour mise en cause de la Caisse primaire d'assurance maladie, prononce à nouveau un renvoi au 2 décembre et décide l'attribution d'une provision de 5 000 F à M. X, renvoie pour délibéré au 7 février 1992 pour M. X (fixation pour ce dernier à 45 000 F de dommages-intérêts) mais renvoie à nouveau pour Mme Y en avril 1992 et en définitive prononce la fixation en juin 1992 pour 120 000 F (jugement commun CPAM, TGI Saint-Etienne, 10 avr. 1991, inédit). On le voit, la perception d'une même affaire, au demeurant très classique, peut différer du point de vue de la victime. Si l'on s'en tient à la décision répressive, elle est classique mais surtout très modeste eu égard à l'attente des parties civiles ; en revanche la décision sur intérêts civils, pour laquelle les débats, nous le voyons, sont nettement plus longs, apparaît comme la véritable sanction de l'auteur des faits.

II. - L'ACTION DES TIERS PAYEURS ET DES ASSUREURS SUBROGÉS

Nous devons insister sur cet aspect parfois « démobilisateur » pour la victime dans son action : la subrogation des tiers payeurs et des assureurs devant le tribunal répressif et la perte de la direction du procès qui peut en résulter pour elle.

L'assureur de dommages, qui a versé à un assuré l'indemnité d'assurance prévue par le contrat, la garantie promise même lorsque le sinistre est causé par un tiers responsable, est en vertu de l'article L 121-12 du code des assurances « subrogé dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ». Dans le cas où le dommage subi par l'assuré, et réparé par l'assureur, résulte d'une infraction à la loi pénale (vol, incendie volontaire, infraction au code de la route...), l'assureur peut-il, comme l'assuré victime en avait la possibilité, agir en sa qualité de subrogé devant le tribunal répressif afin de réclamer à l'auteur de l'infraction l'indemnité qu'il a payée à l'assuré ?

La loi du 8 juillet 1983, levant l'obstacle constitué par l'article 3 du code de procédure pénale selon lequel l'action civile n'est recevable que pour les chefs de dommages « qui découlent des faits, objets de la poursuite », autorise désormais l'assureur de responsabilité de la victime à intervenir au procès pénal lorsque des poursuites sont exercées pour infraction d'homicide ou de blessures involontaires ayant entraîné pour autrui un dommage quelconque (il peut être aussi mis en cause). Les nouvelles mesures concernent non seulement les assureurs automobiles, mais aussi « les assureurs de responsabilité professionnelle des médecins, ceux des fabricants de produits destinés à la consommation ou d'usines polluantes, dès lors que des dommages corporels provoqueront une information pénale. En revanche l'assureur de choses, pour vol ou d'autres infractions aux biens, demeure exclu des juridictions répressives »¹⁷.

On distingue habituellement les assurances de dommages, à caractère indemnitaire (assurance de chose, assurance de responsabilité, dont l'assurance automobile obligatoire) dont l'objet est l'indemnisation d'un dommage à la mesure des préjudices subis, et les assurances de personnes, à caractère forfaitaire (assurance sur la vie, assurances accidents corporels et assurance maladie) qui ont pour objet le règlement de prestations forfaitaires, en cas de réalisation d'un risque qui affecte la personne physique de l'assuré ; les assurances de personne ont donc un caractère de prévoyance individuelle.

17. Y. Lambert-Faivre, *Le droit des assurances*, Dalloz, 1992, p. 438.

On sait que l'assureur de dommages est subrogé dans les droits de l'assuré contre l'auteur de l'accident (art. L 121-12 du c. assur.) ; qu'en revanche l'assureur de personnes ne peut pas l'être (L 131-2). Mais à ces règles doivent être ajoutées quelques principes accessoires. La non-subrogation de l'assureur de personne est d'ordre public et ne peut être tournée par une cession d'action, le bénéficiaire de l'assurance de personne peut en cumuler le montant avec celui de l'indemnité due par le tiers responsable ; l'existence d'une assurance de personne n'a donc pas d'incidence sur la réparation, son montant n'étant pas imputable sur l'indemnité. A l'inverse, la subrogation de l'assureur de dommage (au demeurant écartée quand elle s'exerce contre les proches) interdit à la victime le cumul des indemnités. Elle s'exerce dans la double limite de l'indemnité mise à la charge du tiers et de l'indemnité due ¹⁸.

Ces différences entre assurances de personnes et assurances de dommages se justifient parce que les secondes, à la différence des premières, ont une fonction indemnitaire (les prestations ont un caractère indemnitaire lorsqu'elles ont pour objet et pour but d'éviter ou de compenser certains préjudices nés d'un dommage corporel, le principe indemnitaire suppose que la victime soit si possible indemnisée de l'intégralité des préjudices subis, mais pas davantage). C'est ce critère qui permet de les distinguer. Il n'est pas toujours facile à mettre en pratique ; ainsi a été qualifiée d'assurance de personnes l'assurance dite « sécurité familiale » qui couvre les dommages corporels du souscripteur et des personnes transportées, en cas de décès et d'invalidité, mais surtout l'on doit reconnaître une nature mixte à certaines assurances ; ainsi l'assurance individuelle accidents est à la fois une assurance de personnes et une assurance de choses parce qu'elle couvre les frais médico-pharmaceutiques que l'assuré a dû engager à la suite de l'accident. Pour ces derniers risques l'assureur est subrogé.

Les dispositions de la loi nouvelle (loi n° 85-677 du 5 juill. 1985) « s'appliquent aux relations entre le tiers payeur et la personne tenue à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné ce dommage » (art. 28, L 5 juill. 1985) ; elles ne concernent donc pas les dommages aux biens, même occasionnés en même temps que les dommages corporels, mais elles visent les dommages corporels comme les dommages moraux. Le législateur a voulu, en outre, que la loi régie tous les événements qui ont engendré ces dommages ¹⁹ ; l'atteinte à la personne peut même résulter d'une autre cause qu'un accident proprement dit. Ces dispositions concerneront tout aussi bien le responsable lui-même que son assureur et les responsables du fait d'autrui.

18. *Quid des effets de la transaction assureur-tiers payeurs à l'égard de la victime ?* Pour E. Serverin la réponse, rappelée dans presque tous les arrêts par différentes chambres, est que la victime ne peut invoquer la transaction comme base de calcul du montant de l'indemnisation, en raison du principe selon lequel « si la réparation du préjudice causé par une infraction doit être totale, elle ne saurait cependant être supérieure à celui-ci » (Crim. 13 déc. 1990, pourvoi n° 90-80.866, inédit). La victime ne peut donc revendiquer l'application à son profit d'une transaction conclue avec les tiers payeurs dès lors que cette transaction est devenue définitive. Mais E. Serverin signale la solution différente qu'apporte à cette question un récent arrêt de la deuxième chambre civile (3 juill. 1991, Lexis n° 797 pourvoi n° 90-11.616) dans une hypothèse où une caisse primaire avait transigé en cours d'instance, et accepté de ne réclamer à l'assureur que la moitié des sommes qu'elle avait versées à la victime, ce qui eu pour effet de décharger un important solde d'indemnité à l'égard de la victime. Bien que l'indemnisation de la victime s'en soit ainsi trouvée considérablement accrue, la deuxième chambre approuve cette solution, au motif que le juge « n'a fait que prendre en compte comme il devait l'accord intervenu par voie transactionnelle ». Cette solution est bien différente de celle qui prévaut en matière d'effet de la transaction, puisqu'elle revient à faire bénéficier la victime d'un accord auquel elle n'a pas été partie. « Il n'est pas certain qu'il faille voir dans cet arrêt un revirement, dans la mesure où le pourvoi était formé non par l'assureur, mais par l'organisme social, qui se bornait à contester le mode de calcul de l'indemnité lui revenant, sans remettre directement en cause la situation de la victime. » E. Serverin, La place de la transaction dans l'indemnisation des dommages corporels résultant d'accidents de la circulation, Conv. minist. de la Justice, Cersrid, CNRS, 1994.

19. Non seulement les accidents de la circulation, mais les autres, notamment les accidents domestiques.

Dans son article 28 la loi du 5 juillet 1985 prévoit de façon limitative les recours subrogatoires des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne ; l'article 31 précise que « ces recours s'exercent dans les limites de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit ».

C'est en fait la nature de la prestation versée qui permet de déterminer l'existence ou non d'une subrogation du tiers payeur. Dans le cas des mutuelles, l'article 122-4 du nouveau code des assurances (loi du 25 juill. 1985) prévoit « Lorsque les statuts d'une mutuelle subroge de plein droit celle-ci aux droits de ses adhérents victimes d'un accident dans leur action contre le tiers responsable... » : c'est donc les mutuelles elles-mêmes qui contractuellement déterminent le caractère indemnitaire (avec subrogation) ou « de prévoyance » (sans subrogation) des prestations.

Nous le voyons, ces interventions des assureurs comme celles des tiers payeurs peuvent réduire considérablement les sommes versées en définitive aux victimes au titre des indemnités pour préjudices économiques patrimoniaux, la véritable question étant alors de savoir si les assureurs et les tiers payeurs ont réparé l'ensemble du préjudice. On peut, bien sûr, se poser aussi la question de la légitimité du recours d'un tiers payeur comme un assureur contre l'auteur d'une infraction, et en définitive au détriment de la véritable victime, à partir du moment où il est établi que la fonction, voire la raison d'être de cet assureur, est de verser une indemnité ou des prestations à son client lors de la survenance d'un événement, en contrepartie du versement des primes ou cotisations^{20 21}. Cependant il est généralement admis que la justification de la subrogation légale de l'assureur de la victime contre le responsable est d'éviter un enrichissement condamné par « le principe indemnitaire des assurances de dommage et de la responsabilité civile²² » ; mais n'y a-t-il pas « enrichissement » pour l'assureur de dommage qui se voit rembourser les indemnités versées à son client après avoir encaissé les primes de ce dernier ? Le débat est loin d'être clos et pourrait ressurgir à l'occasion de la requalification de certaines prestations (cf. loi n° 92-665 du 16 juill. 1992 modifiant l'art. L 131-2 2°, c. assur.) qui marque une nette évolution en faveur de la subrogation des assureurs de personnes en donnant un caractère indemnitaire à certaines prestations. « Toutefois, dans les contrats garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat. »

La brèche ouverte au siècle dernier par la réforme de 1930 au profit des assureurs par l'insertion dans les contrats de la clause subrogatoire s'élargit sans cesse. Les dispositions législatives ne semblant pas en mesure de juguler cette extension constante de la subrogation du tiers payeur, puisque le « rempart » élaboré patiemment par la doctrine et le législateur contre ces recours en instituant une ligne de démarcation entre « l'indemnitaire » et la « prévoyance » est constamment vidé de son objet comme de son utilité, à partir du moment où le caractère indemnitaire

20. Et ceci que cette indemnité soit forfaitaire ou non, que le contrat qui les lie soit obligatoire (assurance au tiers de véhicule terrestre à moteur, assurance habitation) ou facultatif (prévoyance) – bien que le caractère obligatoire d'une assurance n'annule pas son caractère de « prévoyance »...

21. Pour J. J. Dupeyroux, à propos du recours des institutions de prévoyance et de retraites complémentaires (Ass. Plén. 9 mai 1980, donnant le caractère indemnitaire à une prestation et autorisant son imputation sur la pension de reversion anticipée versée à la veuve d'un cadre), il est « étrange que la victime qui a fait un effet de prévoyance particulière s'en voit retirer le bénéfice par une amputation correspondante de l'indemnité de droit commun représentant son préjudice » in *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 12^e édition, 1993, p. 700.

22. Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, p. 441.

(donc donnant lieu à subrogation) est reconnu à un nombre de plus en plus important de prestations.

La Chambre criminelle a eu l'occasion à maintes reprises de délimiter le domaine dévolu à la subrogation des tiers payeurs après réparation d'un dommage résultant d'une infraction pénale, en excluant, notamment, le recours subrogatoire lorsque la réparation du dommage résulte non du délit mais du contrat d'assurance²³.

III. – L'ACTION CIVILE DES GROUPEMENTS DEVANT LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES

La question de la recevabilité de l'action civile des associations a toujours soulevé des difficultés. L'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 reconnaît à ces groupements le droit d'ester en justice, mais sans préciser à quelles conditions l'exercice de ce droit est soumis. Il est nécessaire de distinguer trois hypothèses.

a) L'association défend son intérêt personnel, moral ou patrimonial (préjudice personnel, direct et certain). L'action est en principe recevable.

b) L'association défend l'intérêt de ses membres, il s'agit de la défense de la somme des intérêts individuels des membres de l'association²⁴. L'action est en principe irrecevable.

c) L'association prétend exercer une action fondée sur un intérêt collectif ou général. Peut-elle se constituer partie civile en alléguant que l'infraction poursuivie a préjudicié aux intérêts collectifs pour la protection desquels elle s'est fondée ?

La Chambre criminelle a traditionnellement répondu par la négative²⁵.

En effet, à la différence des syndicats²⁶, les associations n'ont pas reçu de mission spéciale de la loi, quand elles prétendent invoquer un intérêt justifiant leur action²⁷, c'est en réalité l'intérêt général qu'elles visent (la morale, la santé, la probité...), or celui-ci trouve déjà dans le ministère public un représentant officiel²⁸.

23. Une sélection de ces nombreux arrêts, publiés ou non, figure dans F. Giraud, *op. cit.*, p. 28.

24. « En ce qui concerne les sociétés d'auteurs (SACEM, etc.) qui ont été parfois constituées sous la forme d'associations et qui depuis la loi du 3 juillet 1985 sont des sociétés civiles (art. 38 et 39), la Cour de cassation a jugé le 18 novembre 1986 (*Bull.*, n° 344) qu'elles pouvaient agir en justice, en qualité de partie civile, afin de sauvegarder les intérêts de leurs mandants. Mais normalement une association ne peut se substituer à ses membres pour obtenir réparation du préjudice subi par ceux-ci (Crim. 16 janv. 1990, *Bull.*, n° 24). » G. Stefani, G. Levasseur et B. Boulloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 15^e édition, 1993, n° 184.

25. Cependant : « une association n'ayant pas pour but la défense des intérêts de ses membres, qui a été spécialement créée pour lutter contre le tabagisme et qui est reconnue d'utilité publique à cet effet, subit un préjudice direct et personnel du fait d'une publicité clandestine en faveur du tabac ; la recevabilité de son action découle de la spécificité du but et de l'objet de sa mission. » Crim. 7 févr. 1984, *Bull. crim.*, n° 41.

26. « ... l'article 6 de la loi du 1^{er} juill. 1901, en accordant aux associations le droit général d'ester en justice, ne leur confère pas le droit particulier de se constituer partie civile alors que les syndicats se voient reconnaître expressément cette faculté par l'article L 411-11 du code du travail. Ainsi s'explique pour l'essentiel l'opposition jurisprudentielle entre syndicats et associations. » J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de droit criminel*, p. 80, éd. Sirey, 1988.

27. « ... l'association n'aurait pas, dans cette hypothèse, un intérêt personnel et direct pour agir, condition traditionnellement exigée des demandeurs par les règles de procédure ; depuis un arrêt de principe des Chambres réunies en date du 15 juin 1923, la Cour de cassation refuse aux associations l'exercice de l'action collective en raison de leur absence d'intérêt personnel et direct. C'est ainsi qu'il fut refusé à des associations d'anciens combattants, résistants ou déportés, faute d'un intérêt personnel et direct, d'exercer l'action civile à l'occasion de poursuites pour apologie de crimes de guerre » in G. Soussi, *Les associations*, Dalloz, 1985, p. 166.

28. « Tout au plus ont-elles la faculté de dénoncer les infractions dont elles ont connaissance, mais elles ne peuvent mettre en mouvement les poursuites à leur sujet. Cette solution, fondée sur les textes,

Cependant certaines associations, dont le nombre est croissant, peuvent se voir investies d'une mission légale particulière ; mais les possibilités d'agir devant les tribunaux répressifs sont alors strictement délimitées et de toute façon les textes qui reconnaissent aux associations le droit d'exercer l'action civile ne l'accordent que pour des infractions déterminées²⁹.

Pour certaines d'entre elles, la loi exige, non seulement qu'elles soient déclarées conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, mais encore qu'elles soient reconnues d'utilité publique. C'est le cas des ligues antialcooliques (art. 96 du c. déb. boiss. pour les infractions aux dispositions de ce code)³⁰, de l'Union nationale et des unions départementales des associations familiales (art. 3 et 7 du c. fam.³¹ qui donnent à ces associations la possibilité d'exercer l'action civile pour tous les faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles)³², des associations de défense de la moralité publique (art. 289, al. 3, c. pén.)³³, des associations de lutte contre le proxénétisme (loi 75-229 du 9 avr. 1975), des associations de protection animale (art. 14 de la loi 76-629 du 10 juill. 1976), des associations se proposant d'agir pour la protection et l'amélioration du cadre de vie et de l'environnement (loi du 31 déc. 1976, art. L 160-1 et L 480-1 c. urb.).

Pour d'autres, la loi exige que les associations déclarées soient constituées depuis un certain temps. Ainsi, les associations se proposant de combattre le racisme doivent être déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits (loi du 1^{er} juill. 1972, art. 2-1 c. pr. pén. et Loi n° 90-615 du 13 juill. 1990), les associations de protection de la nature et de l'environnement doivent l'être depuis au moins trois ans (loi du 30 juill. 1976, art. 40, Loi n° 91-2 du 3 janv. 1991 et Loi n° 95-101 du 2 févr. 1995), ainsi que les associations pour la protection et l'amélioration du cadre de vie et de l'environnement (loi du 31 déc. 1976, art. 44-1, art. L 160-1 et L 480-1 c. urb.).

a été souvent critiquée. On souligne que le ministère public se voit privé d'utiles auxiliaires, dans les poursuites contre certains types d'infractions » in R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Cujas, 1989, p. 126.

29. « Le plus souvent, les associations se voient reconnaître la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Elles peuvent donc, comme une partie civile, soit exercer l'action civile par voie de citation directe (délits et contraventions) ou par voie de constitution auprès d'un juge d'instruction, soit seulement intervenir dans une procédure déjà engagée par le ministère public ou par une autre victime. Exceptionnellement, leurs droits sont subordonnés à l'accord de la victime ou la mise en mouvement antérieure de l'action publique », in G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *op. cit.*, n° 188.

30. « Les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre l'alcoolisme, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions aux dispositions du présent code », code des débits de boissons, art. L 96 (L n° 91-32 du 10 janv. 1991). Pour la Chambre criminelle ce préjudice existe quand le comité démontre que sa propre publicité diffusée pour prévenir le public contre l'abus de boissons alcooliques est contrariée par celle d'un fabricant d'apéritifs qui vante l'effet bénéfique de ses produits sur la santé et la vigueur physique, mais elle rejette l'action du même comité s'il se constitue dans une poursuite pour ivresse publique, ou pour refus de prélèvement sanguin lors d'un accident de la circulation. Cependant une nouvelle jurisprudence est attendue depuis l'entrée en vigueur de la Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 qui ouvre très largement les actions civiles des associations ayant pour objet de combattre la délinquance routière.

31. Code de la famille et de l'aide sociale, article 3-4 (L n° 75-629 du 11 juill. 1975, art. 3-II) (Les associations familiales... sont habilitées à...) « Exercer devant toutes les juridictions, sans avoir à justifier d'un agrément ou d'une autorisation préalable de l'autorité publique, notamment des agréments prévus à l'article 289, alinéa 3, du code pénal et à l'article 1^{er} de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, l'action civile » relativement aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles.

32. Ces groupements ont fait un large usage de la faculté qui leur était donnée, notamment dans des poursuites pour avortement, outrage public à la pudeur, omission de porter secours à un nouveau-né abandonné après accouchement ou fraudes alimentaires.

33. « Les associations reconnues d'utilité publique et dont les statuts prévoient la défense de la moralité publique pourront, si elles ont été agréées à cet effet par arrêté du garde des sceaux, ministre de la Justice, et du ministre de l'Intérieur, exercer pour les infractions prévues par les articles 283 à 289 les droits reconnus à la partie civile. »

Les associations ayant pour objet statutaire la lutte contre les violences sexuelles (art. 2-2 c. pr. pén. loi du 23 déc. 1980), celles se proposant de défendre ou d'assister l'enfance martyrisée (art. 2-3 nouv. c. pr. pén. loi du 2 févr. 1981) ou celles se proposant de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés (art. 2-5 nouv. c. pr. pén., loi du 10 juin 1983) ou de manière générale de combattre les crimes contre l'humanité (art. 2-4 nouv. c. pr. pén., lois du 2 févr. 1981 et du 10 juin 1983) doivent être déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits ³⁴.

Pour d'autres associations enfin, la loi exige qu'elles aient été agréées. C'est le cas des associations dont les statuts prévoient la défense de la moralité publique (agrément du garde des Sceaux et du ministre de l'Intérieur, art. 289, al. 3 c. pr. pén.), des associations de défense des intérêts des consommateurs (art. 46 de la Loi du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat et n° 92-60 du 18 janv. 1992) des associations déclarées de la protection et de l'amélioration du cadre de vie et de l'environnement (loi du 31 déc. 1976, art. 44-1 ; art. L 160-1 et L 480-1 c. urb.), des associations locales d'usagers (art. L 121-8 c. urb.), en cas d'infraction à la loi sur la publicité, les enseignes et les préenseignes (loi 79-1150 du 29 déc. 1979) ³⁵, des associations de lutte contre le bruit (Loi n° 92-1444 du 31 déc. 1992), des associations de supporters (Loi n° 92-652 du 13 juill. 1992), des associations ayant pour objet la défense des victimes d'un accident survenu dans les transports collectifs ou dans un lieu ou local ouvert au public et regroupant plusieurs de ces victimes (Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995).

Nous le voyons le nombre est assez important de ces associations que la loi a investies du pouvoir d'agir en justice pour la défense d'intérêts collectifs. Ce nombre va croissant, puisqu'au cours des quinze dernières années le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour élargir au bénéfice des associations le champ des possibilités d'action civile devant les tribunaux répressifs, la liste est particulièrement longue ³⁶. Citons parmi les textes les plus récents : personnes handicapées, parents d'élèves, élèves des lycées et collèges, qui peuvent agir plus facilement au pénal par les associations qui les représentent, de même les groupements luttant contre le tabagisme, l'alcoolisme, pour la protection de la nature, ceux qui prennent en charge la défense des intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés, ceux qui assistent les victimes d'infractions, du terrorisme, ceux qui ont vocation à lutter contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté, les ligues et autres fédérations ayant pour but l'étude ou la protection du patrimoine archéologique se voient offrir par des textes souvent codifiés la possibilité de se constituer partie civile, soit en se joignant à l'action publique, soit en la mettant en œuvre ³⁷.

34. Pour les associations se proposant de combattre les crimes contre l'humanité, il suffit qu'elles soient déclarées depuis cinq ans (loi du 10 juin 1983).

35. « De toute façon, lorsqu'une association s'est vu reconnaître par la loi le droit d'exercer l'action civile devant les tribunaux répressifs, ceux-ci ne peuvent accueillir son action et lui accorder une réparation que si le préjudice qu'elle invoque résulte directement de l'infraction. C'est seulement lorsque le texte de loi lui a reconnu le droit d'agir relativement aux infractions ou aux faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre que la jurisprudence accueille leur action, même si le préjudice ne résulte pas directement de ces infractions ; il en est ainsi pour les unions d'associations familiales (art. 6 de l'ord. du 8 mai 1945, art. 3 du C. fam.) – à condition que le préjudice invoqué soit distinct du préjudice social dont le ministère public poursuit la réparation –, pour les associations de défense des consommateurs (art. 46 de la loi du 27 déc. 1973 – préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs – » in G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *op. cit.*, n° 106 et s.

36. Cf. pour une liste exhaustive : rapport F. Giraud, *op. cit.*, p. 59.

37. La commission « Justice pénale et droits de l'homme » a proposé l'unification des conditions de recevabilité de l'action civile des associations : « Peut exercer les droits reconnus à la partie civile toute association agréée régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui a pour objet, par ses statuts, la défense d'intérêts collectifs que l'infraction a directement ou indirectement lésés », mais les infractions pouvant donner lieu à une telle action « collective » devraient être limitativement énumérées par la loi. *La mise en état des affaires pénales, rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme*, La documentation française, p. 144.

Les conditions légales des actions civiles (conditions légales) :

CONDITIONS	ASSOCIATIONS (objet)
1° – aucune condition 2° – agrément - représentativité nationale - mandat (au moins 2 victimes) - objet statutaire 3° – agrément - déclaration > 3 ans - infractions définies par texte 4° – agrément - infractions définies par texte	Associations familiales Consommateurs Organisations des « supporters » Détecteurs de métaux Protection animale Protection de la nature Lutte contre le bruit Lutte contre l'utilisation des organismes génétiquement modifiés Lutte contre la circulation abusive des véhicules dans les espaces naturels Lutte contre l'usage de dopants Contrôle de l'élimination des déchets Défense de la pêche maritime Défense de la pêche + pisciculture Lutte contre l'utilisation abusive des enseignes et préenseignes
5° – déclaration > 5 ans - infractions définies par texte	Défense de la liberté de l'usage de la contraception et du recours à l'IVG Protection de l'eau Défense des anciens combattants Défense des handicapés Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme Lutte contre le racisme Défense de l'honneur. Résistance Lutte contre l'apologie des crimes de guerre Défense des victimes infract. terrorisme Affichage publications int.-18 ans (assoc. parents élèves) Lutte contre discriminations sexistes Protection des installations classées Défense de l'enfance martyrisée
6° – déclaration > 6 ans - infractions définies par texte - action publique préalable - accord victime	Lutte contre la délinquance routière
7° – déclaration > 2 ans - infractions définies par texte	Contrôle du traitement des eaux usées
8° – déclaration > 5 ans - infractions définies - accord victime	Lutte contre les discriminations liées au handicap Lutte contre les violences sexuelles

En dépit de cette très nette évolution législative les actions civiles des associations ne se voient pas toujours accueillies par la Chambre criminelle : le principe maintenu par les juges suprêmes étant l'exclusion des groupements privés du procès pénal, « sauf exceptions définies par la loi ». Exceptions que les groupements doivent justifier.

Le groupement est reçu dans son action s'il s'agit de réparer un préjudice directement porté aux intérêts qu'il a la charge de défendre, mais il en va tout autrement si le groupement soit ne justifie pas avoir été lésé par l'infraction soit fait référence aux « intérêts généraux de la société » soit lorsque la ou les infractions poursuivies « ne sont pas de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif » des membres du groupement. La Chambre criminelle n'accepte que très sélectivement qu'un groupement privé puisse corroborer l'action publique à l'occasion de la commission d'une infraction portant atteinte aux intérêts de ses membres ; il faut impérativement que ce moyen ne se substitue pas au défaut d'intérêt ou de qualité pour agir ³⁸.

IV. – RÉSULTATS D'UNE RECHERCHE EMPIRIQUE SUR LA PRÉSENCE DE LA PARTIE CIVILE

La répartition des différents types d'infraction à l'origine des jugements étudiés ³⁹ est très proche de la répartition nationale telle qu'elle nous est fournie par les statistiques du ministère de la Justice : 1/3 pour les vols, 1/5 pour l'ensemble des infractions commises avec un véhicule, 1/10 pour les différentes violences commises à l'encontre des personnes physiques et non liées à la conduite d'un véhicule, 1/20 pour les destructions du bien d'autrui, 1/20 pour les escroqueries, le reste étant plus disparate.

La lecture des résultats de l'étude en référence (tableaux n° 1, 2 et 3) nous montre formellement que la constitution de partie civile augmente le quantum moyen par infraction de la peine prononcée et ceci de façon substantielle (prison et amende) ⁴⁰. Nous nous souvenons de l'une de nos hypothèses de départ quant à l'incidence de la constitution de partie civile sur la décision répressive, il y a là un élément de réponse, peut-être attendu, mais enfin chiffré ; l'étude de la relation peine prononcée/dommages intérêts fixés est largement à défricher et, s'il est démontré que le juge intègre le

38. (Infraction au droit de la chasse) « ... Attendu qu'en accordant à la Fédération départementale des chasseurs de Haute-Loire, dont la mission est non seulement de participer à la conservation de la faune sauvage mais aussi de contrôler son commerce, et à l'association « Club national des Bécassiers », dont l'action, selon les juges, concourt à la protection de la bécasse notamment en combattant l'abattage à la passée ou en battue, la réparation du préjudice directement porté aux intérêts qu'elles ont la charge de défendre, par l'infraction commise par V., quel que soit le pays de provenance ou de chasse du gibier ayant servi à la confection du produit irrégulièrement importé, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs du moyen lequel, dès lors, doit être écarté... » ; (Crim. 2 déc. 1992, pourvoi n° 91-86.145, inédit) ; *Contra* : « ... Attendu que, pour débouter la Fédération départementale des chasseurs de sa demande de dommages-intérêts dirigée contre D., N. et O., prévenus de chasse sur le terrain d'autrui, la cour d'appel énonce que la chasse sur le terrain d'autrui n'est susceptible de causer un préjudice qu'au propriétaire ou locataire de ce terrain ; attendu qu'en prononçant ainsi, et dès lors que, selon l'article L 228-41 du code rural, la contravention de chasse sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire subordonne la poursuite par le ministère public à une plainte de la partie intéressée, la cour d'appel n'a pas encouru les griefs allégués... » (Crim. 10 nov. 1992, pourvoi n° 92-81.268, inédit).

39. Echantillon de l'étude : 1 500 jugements de 12 tribunaux correctionnels, sélectionnés à partir des statistiques du ministère de la Justice en tenant compte de la représentativité de la structure de leurs condamnations (Angers, Bayonne, Blois, Boulogne-sur-Mer, Caen, Clermont-Ferrand, Grasse, Mulhouse, Le Puy-en-Velay, Perpignan, Pontoise et Saint-Etienne) rendus en mai 1991 (recul nécessaire pour obtenir, le cas échéant, la décision définitive sur intérêts civils).

40. Les victimes obtenant par ailleurs un taux global très raisonnable « demande/fixation » de dommages-intérêts on peut dire en faisant référence à un débat récurrent sur l'action civile que la victime est « vengée et dédommée » par sa constitution de partie civile...

mode de comportement judiciaire de la victime (présence ou absence, partie civile ou non, intervention d'une association...) dans son délibéré, on parlera plus difficilement d'exclusion de la victime du procès pénal, celle-ci étant véritablement partie prenante tant dans le cours du procès que sur son résultat « pénal et civil »⁴¹.

Cependant, et pour relativiser l'assertion précédente, le taux de constitution de partie civile par infraction nous montre une grande variabilité du comportement procédural de la victime. Dans un certain nombre de cas l'action civile est systématique, infractions de violence et infractions à caractère économique (contrefaçon, coups et blessures involontaires entraînant ITT supérieure à 3 mois, extorsion de signature par violence, infractions à l'informatique, aux assurances sociales, proxénétisme, publicité mensongère, tromperie sur la marchandise et les infractions à la vente à domicile), en revanche pour un certain nombre d'infractions disparates elle est rarissime (infraction à la législation sur les stupéfiants, à la législation sur le séjour des étrangers, ce qui est explicable mais plus surprenant : délits de rébellion ou d'outrage, coups mortels avec arme, infractions à la gestion des entreprises...).

De même nous pouvons constater une grande disparité entre les ratios « demande/provision/fixation » lorsque la ventilation s'opère par infraction. Parmi les infractions dont les victimes sont dédommagées à hauteur de leur demande, citons les vols, la filouterie, l'escroquerie et l'abus de confiance, les chèques sans provision, les homicides involontaires et les violences volontaires, en revanche les victimes des délits de tromperie sur marchandises, d'infraction routière (hors ivresse), des différentes infractions à la gestion des entreprises, d'abandon de famille, sont loin d'obtenir les sommes demandées (tableau n° 5).

Nous pouvons être étonnés de la faible présence des compagnies d'assurance dans l'échantillon (2 dossiers), l'explication réside fort probablement dans l'étroitesse du champ des possibilités de subrogation offertes à ces dernières devant les tribunaux répressifs : homicide ou coups et blessures involontaires et caractère nécessairement indemnitaire des prestations versées à la victime (en fait potentiellement les assurances pouvaient être subrogées dans 29 dossiers sur 1 500 décisions relevées soit 1,9 %...). L'échantillon ne peut tenir compte bien entendu du très large espace laissé à la transaction, les sommes relativement peu élevées fixées à titre de dommages-intérêts par le juge correctionnel pour les 29 dossiers sus-évoqués – par exemple 16 913,12 francs en moyenne au titre des homicides involontaires – sont une indication de la place prise par les versements à caractère forfaitaire (rappelons que l'assurance de personnes n'entraîne pas de subrogation au profit de l'assureur) et la transaction dans le règlement des litiges victimes/assureurs du prévenu (tableau n° 11). En revanche, en ce qui concerne les CPAM elles obtiennent le meilleur taux « demande/fixation » (93,80 %) toutes parties civiles confondues ; il est vrai que le mode de calcul de leurs prestations ne souffre quasiment jamais discussion devant le tribunal (tableau n° 4).

41. F. Alt-Maes, dans un article consacré au concept de victime en droit civil et pénal, après avoir défini cette dernière comme « la personne qui subit et qui souffre soit des agissements d'autrui, soit d'événements néfastes... sujet passif, par opposition au sujet actif, celui qui cause le dommage », nous rappelle fort à propos que la victime n'a pas toujours tenu le même rôle dans l'histoire du droit pénal, elle n'a pas toujours été « la personne qui subit » ; elle a aussi été « la personne qui se venge : un droit de vengeance illimité lui était reconnu à Rome. On lui substituait avec la Loi des douze tables un droit de vengeance réglementée, dans lequel la vengeance ne devait pas excéder le mal subi, puis une vengeance évaluée en argent : la composition pécuniaire. La victime au XI^e siècle est devenue la personne qui agit et qui dirige le procès. Le déroulement de la procédure, accusatoire en droit pénal comme en droit civil, était en effet soumis à la plainte de la victime. Ce système évoque la common law actuelle qui organise la confrontation entre le plaignant et l'accusé. L'Etat ne joue alors qu'un rôle secondaire pour donner force exécutoire à la décision ». Puis, toujours selon l'auteur, c'est la naissance du concept de responsabilité qui a « relégué la victime à un rôle secondaire » (Le concept de victime en droit civil et en droit pénal, cette *Revue* (1) janv.-mars 1994, p. 35).

La donnée principale de cette étude est celle du faible nombre d'associations qui se constituent partie civile devant les tribunaux correctionnels ⁴² (environ 2 % des affaires concernées) ; relativement faible car finalement, si, nous l'avons vu, les textes ouvrant la voie aux constitutions de partie civile d'associations sont de plus en plus nombreux, ils n'en sont pas moins délimités à un nombre d'infractions restreint, ce qui est probablement une explication (les vols, 1/3 des infractions sont par exemple exclues des textes précités, de même les délits de conduite en état d'ivresse, 10 %, constatés suite à opération de contrôle préventive et qui n'ont que des victimes potentielles). Cependant le défaut de moyens matériels nécessaires pour engager systématiquement des actions judiciaires, joint à une absence de véritable tradition des poursuites de la part du mouvement associatif français, en forme certainement une autre.

Deux types d'infractions représentent à eux seuls les trois quarts de celles sur lesquelles ces associations se sont constituées : les infractions liées au droit de la consommation (tromperie sur marchandises et publicité mensongère pour 52 %) et celles liées au droit de la chasse (24 %) ⁴³. En fait ces actions sont assez traditionnelles et ne peuvent être inscrites au crédit de différentes réformes évoquées plus haut. La loi Royer en 1973 avait déjà ouvert l'action civile aux associations de consommateurs. La loi du 5 janvier 1988 ne fait que la compléter en leur permettant de solliciter du juge pénal qu'il ordonne, au besoin sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser les agissements illicites ou à supprimer dans un contrat ou un type de contrats une clause illicite (art. 3), le juge pouvant à cette fin avoir recours à l'ajournement du prononcé de la peine (art. 4). Tout récemment une loi du 18 janvier 1992 a prévu que ces associations pourraient agir devant toute juridiction, en tant que mandataires de deux consommateurs au moins victimes d'un même professionnel et se prévalant d'un préjudice ayant une origine commune.

Les actions civiles des fédérations de chasseurs nées à l'occasion de la commission d'un délit de chasse, fondées sur des textes anciens, ne sont pas une nouveauté. La Chambre criminelle, en procédant à quelques revirements, s'en tient, sans discontinuer, à une définition étroite du préjudice direct subordonnant la recevabilité de l'action civile d'une fédération de chasseurs ⁴⁴.

Un certain nombre de comparaisons établies entre les demandes, les provisions et les fixations nous livrent d'utiles informations sur la « rentabilité » des actions civiles des associations ; on remarque d'emblée qu'elle est faible. Lorsqu'elle chiffre une demande de dommages-intérêts, l'association n'obtient en moyenne que 14 % des sommes demandées ; c'est le taux le plus faible toutes parties civiles confondues. Il est vrai qu'il s'agit dans la quasi-totalité des cas d'un dommage « moral », alors que la base des demandes des autres parties civiles est majoritairement « matérielle », donc

42. A la quasi-unanimité les associations, lorsqu'elles se constituent partie civile, le font postérieurement à la victime (c'est nous l'avons vu *supra*, p. 4, parfois une condition de l'exercice de l'action civile de l'association).

43. En fait pour cette dernière catégorie d'infractions il s'agit, pour la plupart, d'une atteinte au patrimoine géré par la fédération de chasse (chasse interdite sur réserve).

44. « Crim. 9 déc. 1975, *Bull.*, n° 271, *D.* 1976.IR., p. 13 (subordonnant la recevabilité de l'action civile d'une fédération départementale de chasseurs et d'une association communale de chasse, devant la juridiction répressive, à la justification d'un préjudice personnel et certain résultant directement des faits dont elle est saisie) ; Crim. 4 juill. 1978, *Bull. crim.*, n° 219 (préjudice direct lorsque l'association a engagé des dépenses importantes pour la constitution d'une réserve de gibier) ; Crim. 6 juin 1989, *Bull.* n° 238, *Gaz. Pal.* 16 juill. 1991, note Charlez (vente et transport de gibier abattu dans des conditions illégales), qui réalise un revirement de jurisprudence ; Crim. 26 avr. 1990, *Bull.*, n° 157 (préjudice indirect pour la contravention au début du 25 janv. 1957) ; Crim. 15 nov. 1990, *Bull.* n° 384 (préjudice direct en cas de chasse dans une réserve) ; Crim. 10 nov. 1992, *Bull.* n° 366 (irrecevabilité en cas de chasse sur le terrain d'autrui). *Addé* : Jenny, « La constitution de partie civile des fédérations départementales de chasseurs », *Gaz. Pal.* 1980.II.Doct.514. Pour l'action d'un membre d'une association communale de chasse : Crim. 15 déc. 1982, *Bull. crim.* n° 292 », G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *op. cit.*, n° 184. Egalement F. Giraud, *op. cit.*, p. 28.

plus aisément vérifiable et chiffrable. Le cas est flagrant pour les CPAM, lesquelles sont quasiment dédommagées « sur facture ». Le chiffre lui-même des sommes fixées – une moyenne de 1 688 francs en faveur des associations – est relativement faible si l'on effectue le même type de comparaison.

Une autre donnée issue de la même étude nous apprend que les associations ne peuvent compter sur l'article 475-1 du code de procédure pénale pour se voir rembourser leurs frais d'avocat. En effet la moyenne des sommes fixées au titre de cet article est de 705 francs, et ceci sans grande variation dans l'échantillon.

*
**

Deux domaines principaux de réflexion peuvent être mis en évidence par les résultats, ici brièvement commentés, de cette recherche menée sur les intérêts civils.

L'action civile de la victime permet dans certains cas à cette dernière de voir son rôle et sa place confortés dans le procès pénal ; son incidence sur la décision, tant pénale que civile, est nette.

En revanche, quant à l'imminence de l'arrivée d'une véritable « troisième force » dans le prétoire, laquelle pourrait contester et concurrencer le ministère public dans le déclenchement de l'action pénale ⁴⁵, les résultats, tant statistiques que jurisprudentiels, tendent à nous montrer que le chemin, pour cela, est encore long à parcourir, si toutefois il doit véritablement être parcouru, par les groupements agissant à côté des victimes. Et cela, même si l'on centre l'analyse sur les seuls domaines largement ouverts aux actions civiles desdits groupements. On a peine à déceler la trace d'un quelconque « éclatement des poursuites », notion évoquée au début des années 80, ni le soupçon d'une disparition du monopole du parquet en raison de « l'action collective ».

45. Lire notamment : M. Delmas-Marty, « Problèmes et principes généraux de politique criminelle : l'action publique menacée ou partagée ? La défense des intérêts collectifs par les groupements privés : syndicats, associations, ordres professionnels... » *Arch. de politique criminelle*, n° 10, éd. Pedone, 1988.

Tableau n° 1 (Extraits ⁴⁶) : Moyennes des peines prononcées avec ou sans la présence d'une ou plusieurs parties civiles (jour/prison avec sursis)

SURSIS		
Libellés VISAS	sans victime partie civile	avec victime partie civile
abandon famille ⁴⁷	131,47	63,33
armes	68,18	160,00
attentat pudeur	360,00	900,00
chèque sans provision	20,92	134,53
conduite en état d'ivresse	43,16	151,88
coups mortels avec arme	51,43	126,00
destruction biens d'autrui	215,00	133,43
escroquerie	121,63	178,07
filouterie (hôtel, voiture...)	40,00	127,50
abus de biens sociaux et infractions connexes	153,75	127,50
homicide involontaire (véhicule terrestre à moteur)	55,00	65,00
infraction route (hors ivresse)	78,03	154,50
violences volontaires ITT > 8 jours	112,50	160,34
vol simple	77,65	132,00
vol effract. et infractions connexes	131,10	160,25

46. Sur l'échantillon de 1 500 décisions nous n'avons retenu ici que les données les plus significatives.

47. Il s'agit essentiellement de condamnations par défaut.

Tableau n° 2 (Extraits ⁴⁸) : Moyennes des peines prononcées sans ou avec la présence d'une ou plusieurs parties civiles (jour/prison ferme)

PRISON FERME		
Libellés VISAS	sans victime partie civile	avec victime partie civile
attentat pudeur	1 260,00	900,00
chèque sans provision	26,50	162,27
conduite en état d'ivresse	99,64	335,000
coups mortels avec arme	82,50	410,00
destruction biens d'autrui	135,00	362,50
escroquerie	126,80	236,25
filouterie (hôtel, voiture...)	25,00	129,00
abus de biens sociaux et infractions connexes	280,00	360,00
infractions route (hors ivresse)	103,50	240,00
séjour irrégulier	103,64	150,00
stupéfiants	255,00	622,50
violences volontaires ITT > 8 jours	147,50	215,53
vol simple	92,46	217,50
vol avec effract. et infractions connexes	121,78	212,79

48. Sur 1 500 décisions de l'échantillon, nous n'avons retenu ici que les données les plus significatives.

Tableau n° 3 (Extraits ⁴⁹) : Moyennes des peines prononcées sans ou avec la constitution d'une ou plusieurs parties civiles (montant de l'amende prononcée)

AMENDE		
Libellés VISAS	sans victime partie civile	avec victime partie civile
chèque sans provision	1 846,15	3 062,50
conduite en état d'ivresse	1 440,77	1 862,50
coups et blessures invol. ITT < 3 mois	2 875,00	2 933,33
coups mortels avec arme	1 100,00	1 500,00
destruction biens d'autrui	1 150,00	3 642,86
escroquerie	8 836,36	4 316,67
abus de biens sociaux et infractions connexes	13 450,00	16 001,00
homicide involontaire (véhicule terrestre à moteur)	1 900,00	2 772,73
infraction route (hors ivresse)	1 627,08	2 195,00
violences volontaires ITT > 8 jours	3 300,00	3 486,67
vol simple	1 444,30	1 730,00
vol avec effract. et infractions connexes	1 560,00	3 438,10

49. Sur 1 500 décisions de l'échantillon, nous n'avons retenu ici que les données les plus significatives.

Tableau n° 4 (Extraits ⁵⁰) : Moyennes « demande/provision/fixation » des parties civiles de l'échantillon

DEMANDE			
Qualité	Minimum	Maximum	Moyenne
Association	1 000	200 000	12 156
Autre personne morale	11	700 000	24 767
CPAM	464	481 727	77 004
Douanes	35 340	1 075 000	562 668
Personne physique	1	1 856 408	25 987

PROVISION			
Qualité	Minimum	Maximum	Moyenne
Personne physique	1	105 000	13 945

FIXATION			
Qualité	Minimum	Maximum	Moyenne
Association	1	15 000	1 688
Autre personne morale	1	600 000	22 320
CPAM	464	481 727	72 228
Douanes	3 000	1 075 000	469 390
Personne physique	1	565 110	10 746

50. Sur 344 constitutions de partie civile déclarées recevables nous n'avons retenu ici que les données les plus significatives.

Tableau n° 5 (Extraits⁵¹) : Montant moyen des dommages intérêts par infraction

Libellés VISAS	Moyenne Demandes	Moyenne Provisions	Moyennes Fixations
abandon famille	6 585,69	0,00	2 281,44
abus de confiance	37 263,83	0,00	28 025,00
chèque sans provision	5 588,95	0,00	5 002,27
conduite en état d'ivresse	93 749,40	8 580,00	17 540,72
construction ou urbanisme	31 000,00	0,00	5 800,00
contrefaçon	48 404,87	0,00	8 110,53
coups et blessures invol. ITT < 3 mois	36 857,14	8 042,86	4 571,43
coups mortels avec arme	2 400,00	1 000,00	17 000,00
dénonciation calomnieuse, diffamation	500,25	0,00	250,25
destruction des biens d'autrui	12 558,38	0,00	9 132,62
escroquerie	15 703,11	0,00	13 137,30
abus de biens sociaux et infractions connexes	808,51	0,00	12 851,15
homicide involontaire (véhicule terrestre à moteur)	29 987,37	6 000,00	16 913,42
infraction route (hors ivresse)	62 588,19	6 378,72	16 471,23
tromperie marchandise	9 000,00	0,00	2 125,00
violences volontaires ITT > 8 jours	12 477,60	919,35	6 594,11
vol simple	19 737,93	0,00	19 763,48
vol avec effract. et infractions connexes	41 522,45	2 065,90	28 415,20

51. Sur 1 500 décisions de l'échantillon, nous n'avons retenu ici que les données les plus significatives.

A. CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Droit pénal général

Bernard BOULOC

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

A. – Sources

1. *Application de la loi dans le temps – Loi de procédure*

La question de savoir si une loi nouvelle de procédure qui allonge ou qui ouvre à nouveau un délai de prescription s'applique à des faits bénéficiant d'une prescription acquise a été posée à la Cour de cassation. En l'espèce, il s'agissait de la loi du 10 juillet 1989 qui a ajouté à l'article 7 du code de procédure pénale un alinéa nouveau, selon lequel lorsque la victime est mineure et que le crime a été commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par une personne ayant autorité sur elle, le délai de prescription est réouvert ou court à nouveau à son profit, pour la même durée, à sa majorité. Une jeune femme qui avait été victime de viols incestueux et, devenue majeure avant cette loi, avait déposé une plainte avec constitution de partie civile contre son père pour des viols commis entre 1973 et 1979. La chambre d'accusation de la cour d'appel de Reims, après avoir fait procéder à des recherches quant à la date du dernier acte de viol et constaté qu'il serait antérieur au 15 juillet 1979 – le 15 juillet 1989 étant la date d'entrée en vigueur de la loi dans le département de l'Aube – a déclaré l'action publique éteinte par prescription et déclaré irrecevable la constitution de partie civile.

Le pourvoi formé contre cet arrêt contestait la décision rendue, car la loi du 10 juillet 1989 entendait déroger aux principes relatifs à la prescription, et avait réouvert à compter de la majorité de la victime le délai de prescription de dix ans. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 3 novembre 1994 (*Bull.*, n° 349), a cependant rejeté le pourvoi. Elle a jugé que les lois nouvelles relatives à la réouverture du délai de prescription sont sans effet sur les prescriptions déjà acquises lors de leur entrée en vigueur. Le nouveau code pénal dans son article 112-2-4° ne se prononce pas autrement lorsqu'il dispose que sont d'application immédiate les lois relatives à la prescription, du moins lorsque la prescription n'est pas acquise.

Sans doute, l'objectif de la loi de 1989 est de permettre à la victime devenue majeure de prendre de son plein gré l'option qu'elle juge convenable et opportune. Mais comme la prescription est d'ordre public, si elle est acquise, elle fait échec à toute possibilité de prononcer légalement une sanction. Dès lors, la solution adoptée par la Cour de cassation, si elle peut apparaître contestable en équité, est juridiquement fondée.

2. *Application dans le temps. Décision régulièrement rendue sous l'empire de la loi antérieure*

Une personne avait été condamnée pour abandon de famille à six mois d'emprisonnement dont cinq mois avec sursis et mise à l'épreuve pendant trois ans. Elle contestait la légalité de la condamnation parce que la partie ferme de l'emprisonnement n'avait pas été motivée comme l'exige l'article 132-19 du nouveau code pénal. Aussi bien, par application de l'article 112-1 du nouveau code pénal, elle demandait l'annulation de la condamnation. La Chambre criminelle par un arrêt du 9 novembre 1994 (*Bull. crim.* n° 358) ne pouvait que rejeter le pourvoi. Pour elle, en effet la disposition concernant la motivation du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme est une loi de procédure, puisqu'elle ne concerne ni la définition de l'infraction ni la nature et le quantum de la peine. De ce fait, la loi nouvelle de procédure ne saurait remettre en la cause la légalité de la décision régulièrement rendue avant son entrée en vigueur (V. déjà *Crim.* 3 oct. 1994, *Bull.* n° 312, cette *Revue* 1995, p. 345, n° 12).

3. *Application dans le temps. Loi plus douce*

Par différents arrêts, la Chambre criminelle a été amenée à rappeler aux juridictions du fond que la loi nouvelle plus douce doit s'appliquer aux faits antérieurement commis et non encore jugés. Ainsi, par un arrêt du 14 décembre 1994 (*Bull.* n° 412), la Chambre criminelle censure l'arrêt d'une cour d'assises qui, statuant en février 1994 sur une contravention de violences volontaires n'ayant pas entraîné une incapacité de travail excédant huit jours, avait prononcé une peine de quinze jours d'emprisonnement avec sursis. Elle rappelle, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi et du condamné formé d'ordre du garde des Sceaux, que depuis la loi du 19 juillet 1993 l'emprisonnement conventionnel est supprimé (V. déjà *Crim.* 7 avr. 1994, *Bull.* n° 141).

Le même jour (14 déc. 1994, *Bull.* n° 413), la Chambre criminelle sur pourvoi formé par le procureur général d'ordre du garde des Sceaux substituait à des peines de huit et cinq ans de réclusion criminelle des peines d'emprisonnement de même durée, prononcées pour vols aggravés après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. En effet, selon l'article 131-1 du nouveau code pénal, la durée de la réclusion criminelle est d'au moins dix ans, toute peine privative de liberté d'une durée inférieure ne peut être qu'une peine d'emprisonnement.

Mais cinq jours plus tard (*Crim.* 19 déc. 1994, *Bull.* n° 422), la Cour de cassation censurait avec renvoi la décision de condamnation à cinq ans de réclusion criminelle d'une personne accusée de meurtre. La raison en est que du fait de l'indivisibilité existant entre la déclaration de culpabilité et la peine la cassation devait être totale. Il est vrai que, dans cette dernière espèce, le pourvoi avait été formé par le procureur général près la cour d'appel et même par le condamné. De ce fait, la Cour de cassation a estimé devoir faire rejuger l'affaire par une nouvelle cour d'assises.

4. *Application dans le temps. Loi de forme*

Une cour d'assises avait prononcé pour vols aggravés une peine de quinze ans de réclusion criminelle, ainsi que l'interdiction de séjour et la privation des droits civiques pour une durée de dix ans. Le condamné estimait que la peine de l'interdiction de séjour aurait dû faire l'objet d'une décision spéciale et motivée, comme l'imposait l'ancien article 44 du code pénal. Sans doute, la nouvelle législation n'impose plus une telle décision, mais s'agissant de faits antérieurs au 1^{er} mars 1994, la loi ancienne, en tant que loi plus favorable, devait s'appliquer. Par un arrêt du 14 décembre 1994 (*Bull.* n° 411), la Cour de cassation rejette le pourvoi. Pour elle, les lois fixant les formes de la procédure sont d'application immédiate comme l'indique l'article 112-2 du nouveau

code pénal, de sorte que les articles 131-31 et 131-32 se sont substitués à l'article 44 de l'ancien code pénal. Elle a ajouté, car le pourvoi contestait le recours à une majorité simple, que la majorité qualifiée de huit voix au moins n'était requise que pour le prononcé du maximum d'une peine privative de liberté. En conséquence, elle a rejeté le pourvoi dans sa totalité.

5. *Application dans le temps. Loi plus sévère*

La loi nouvelle plus sévère ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur. C'est ce qu'avait oublié la cour d'assises de la Haute-Savoie qui avait prononcé contre une personne coupable d'assassinat une peine de vingt-cinq ans de réclusion criminelle. Or, à l'époque des faits, c'est-à-dire avant le nouveau code pénal, si la peine maximum était la réclusion criminelle à perpétuité, le maximum de la peine temporaire de réclusion était de vingt ans. Aussi bien, la Chambre criminelle par un arrêt du 14 décembre 1994 (*Bull.* n° 414) a cassé la décision de la cour d'assises qui ne pouvait pas aggraver la situation du condamné, en retenant contre lui le dispositif du nouveau code pénal.

6. *Démarchage à domicile. Loi nouvelle plus favorable*

Une personne avait proposé, par voie de démarchage à domicile, une méthode d'auto-apprentissage de l'anglais destinée aux jeunes enfants. Ce démarchage était interdit, en application de la loi du 12 juillet 1971 et de l'article 8 de la loi du 22 décembre 1972. Mais postérieurement à la condamnation était intervenue une loi du 3 juin 1994 qui excluait de l'interdiction les supports matériels de connaissance des langues étrangères dont la présentation ne fait pas référence à un niveau scolaire ou à une activité d'enseignement. Sur pourvoi du condamné, la Cour de cassation a censuré, par un arrêt du 30 novembre 1994 (*Bull.* n° 391), l'arrêt de condamnation. Elle a rappelé qu'une loi nouvelle qui abroge une incrimination ou qui comporte des dispositions favorables s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur. Elle a ajouté que la condamnation critiquée ne pouvait être maintenue que dans le cas où les faits l'ayant motivée constitueraient une infraction au regard tant de la loi ancienne que de la loi nouvelle. De ce fait, elle a demandé à la cour de renvoi de procéder à un nouvel examen des faits au regard de la loi nouvelle plus favorable.

B. – Responsabilité pénale

7. *Intention en matière d'infractions à la législation sur les contributions indirectes*

Une société devait faire transporter des alcools de Chambéry à Aix-en-Provence. Une partie du chargement devait être dérobée, cet événement étant signalé à la recette des impôts peu de temps après. L'administration devait faire citer directement le transporteur et le vendeur pour non-déclaration de suspension de transport de boissons alcoolisées dans les 24 heures et utilisation d'un titre de mouvement devenu inapplicable. La cour d'appel d'Aix-en-Provence relaxait le vendeur-expéditeur et son dirigeant légal, en faisant valoir que la responsabilité édictée par l'article 1805 du code général des impôts cédait devant la preuve contraire, et qu'en l'espèce les responsables avaient été informés tardivement de l'irrégularité de l'acquit à caution, le document initial étant régulier. Sur pourvoi, la Cour de cassation par un arrêt du 7 novembre 1994 (*Bull.* n° 354) maintenait la décision des juges aixois. Au moyen qui faisait valoir que les responsables n'avaient pas pris toutes les mesures nécessaires pour satisfaire à leur obligation de surveillance et faire en sorte que la marchandise parvienne au lieu de desti-

nation déclaré, la haute juridiction répond qu'il résulte de l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 que les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à son entrée en vigueur ne demeurent constitués qu'en cas d'imprudence, négligence, ou mise en danger délibéré de la personne d'autrui, même si la loi ne le prévoit pas expressément. Aussi, comme la cour d'appel avait constaté que les prévenus n'avaient pas le pouvoir d'infléchir le cours des événements, ils n'avaient pu commettre de faute ; en quelque sorte ils avaient été contraints. De ce fait, la relaxe était justifiée. L'intérêt de cette décision est donc d'indiquer que les délits matériels n'existent plus : l'agent doit avoir commis une faute d'imprudence ou de négligence ou eu conscience de mise en danger de la vie d'autrui. Elle mérite donc d'être connue.

Le même arrêt apporte une indication précieuse quant à la délégation de pouvoirs exonératrice de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. On sait que, depuis les arrêts du 11 mars 1993 (*Bull.* n° 112), la délégation de pouvoirs est efficace sauf lorsque la loi en a disposé autrement. Est-ce à dire qu'elle emporte effet hors du domaine pour lequel elle a été consentie ? La réponse est fournie par le présent arrêt. Dans le cas présent, le président avait chargé son directeur général de veiller au respect du Code du travail et de la législation applicable aux transports. C'était donc une délégation limitée. Aussi bien, la Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel qui a fait produire effet à cette délégation dans le domaine de la législation des contributions indirectes et de la circulation des alcools. La Cour aurait dû rechercher si la délégation concernait aussi ce domaine. La leçon sera entendue : la délégation de pouvoirs est nécessairement une exception. Si elle concerne telle matière, les autres ne peuvent qu'être exclues. Il appartiendra aux praticiens de rédiger des délégations de pouvoirs précises, sans être trop générales, et répondant aux conditions générales de compétence et autorité du délégataire.

On observera enfin, que dans le domaine des contributions indirectes, la confiscation ne peut être ordonnée que pour les objets préalablement saisis (V. H. Matsopoulos, La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal, cette *Revue* 1995, p. 301, n° 4). Il semble que cette solution continuera de s'appliquer nonobstant les nouvelles dispositions en matière de confiscation.

8. *L'intention dans les délits matériels*

En outre de l'arrêt du 7 novembre 1994 (*Bull.* n° 354), intervenu en matière de contributions indirectes, la Chambre criminelle s'est prononcée le 28 novembre 1994 (*Bull.* n° 380) sur la question de la réception d'alcool sous couvert de titres de mouvement inapplicables. Elle rappelle que tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal demeurent constitués en cas d'imprudence ou de négligence.

Par ailleurs, la même précision est fournie par un arrêt du 14 décembre 1994 (*Bull.* n° 415) intéressant le délit de publicité trompeuse. En l'espèce, la FNAC avait fait diffuser un dossier technique concernant un lecteur de compact-disques portable, lequel s'est avéré inapte à cet usage. Le directeur-adjoint de la société a été poursuivi pour publicité trompeuse, et il avait été condamné pour ne pas avoir vérifié la sincérité et la véracité du message publicitaire avant d'en assurer la diffusion. Parmi d'autres critiques, il faisait valoir devant la Cour de cassation que depuis le nouveau code pénal tout délit requérait une intention, ou à tout le moins une imprudence ou une négligence. Mais la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi. Elle a observé que la Cour avait relevé que la FNAC n'avait pas vérifié la sincérité et la véracité du message. Aussi, un tel motif caractérisait la négligence du prévenu, de sorte que la Cour avait justifié sa décision au regard tant des différents textes invoqués que de l'article 339 de la loi du 16 décembre 1992 (comp. sous l'empire de la jurisprudence antérieure Crim. 3 janv. 1984, *Bull.* n° 1).

9. *Nécessité d'un fait personnel*

S'il arrive que dans certaines matières, la loi déclare telle personne responsable de droit (sous réserve d'ailleurs d'une possibilité de contestation), le principe reste que nul n'est responsable que de son fait personnel. Tel est le cas, en particulier dans le domaine de la publicité en matière de tabac. Il était reproché au président d'une société productrice de cigarettes d'avoir effectué une publicité illicite en faveur du tabac. La cour d'appel de Versailles l'avait condamné car la société qu'il présidait avait tiré profit de la représentation des noms et emblème de la marque sur l'affiche. Le président avait cependant fait valoir qu'il n'avait pas participé matériellement à l'infraction, alors que l'affiche avait été commandée et payée par l'organisateur de la manifestation sportive, à l'occasion de laquelle elle avait été diffusée. Sur pourvoi, la Cour de cassation par un arrêt du 23 novembre 1994 (*Bull. crim.* n° 376) a censuré l'arrêt de la cour d'appel. Elle a rappelé que, par suite de l'abrogation de l'article 15 de la loi du 9 juillet 1976 par la loi du 10 janvier 1991, la responsabilité pénale du prévenu ne pouvait être recherchée qu'à raison de son fait personnel et ce dans les conditions du droit commun. Faute d'avoir constaté une telle activité, l'arrêt de la cour d'appel ne pouvait qu'être censuré.

Mérite d'être rapproché de cet arrêt, celui rendu le 29 novembre 1994 par la Chambre criminelle (*Bull.* n° 384). Il s'agissait aussi de publicité en faveur du tabac, et la cour d'appel de Paris avait relaxé le directeur d'une publication, précisément en raison de l'abrogation par la loi du 10 janvier 1995 de la présomption de responsabilité du directeur de la publication. La partie civile contestait la relaxe, car pour elle le directeur de la publication a au moins laissé commettre le délit et pouvait prendre des dispositions utiles pour que le délit ne se commette pas en son absence. Mais la Cour de cassation n'a pas retenu cette manière de voir. Elle a indiqué que la responsabilité pénale du directeur de la publication, dont la finalité n'équivaut pas à celle du chef de l'entreprise de presse, n'est encourue de plein droit que dans les cas prévus spécialement par la loi. Elle a ajouté que les articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse ne sont pas applicables aux infractions de droit commun, comme la publicité irrégulière en faveur du tabac. Ainsi, le directeur d'une publication n'est pas nécessairement pénalement responsable de tout ce qui est publié par le périodique. Pour les infractions de presse, sa responsabilité est de principe, mais pour toutes autres infractions il faudra établir sa participation matérielle et morale.

10. *L'intention en matière de presse*

D'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 29 novembre 1994 (*Bull.* n° 382), il résulte que c'est toujours à l'auteur des imputations diffamatoires qu'incombe la preuve des faits nécessaires à l'admission de sa bonne foi. Dans le cas d'espèce, la haute juridiction a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant considéré qu'un humoriste n'était pas tenu au même devoir d'information exacte et vérifiée qu'un journaliste. Pour la Chambre criminelle, dès lors que des propos avaient été proférés dans le contexte d'une émission d'information générale, l'exception de bonne foi ne peut être admise que si les juges énoncent les faits sur lesquels ils se fondent et que si ces faits justifient l'exception. Comme la Cour n'avait pas spécialement constaté l'existence de tels faits justificatifs, sa décision est censurée. Après comme avant le nouveau code pénal, la diffamation implique l'intention de l'auteur, lequel doit donc démontrer sa bonne foi.

11. *Le caractère intentionnel du délit de conduite sous l'empire d'un état alcoolique*

Puisque tous les délits sont intentionnels ou requièrent une faute, celui qui conduit sous l'empire d'un état alcoolique – et n'est pas pleinement conscient ou maître de

ses actes – peut-il être déclaré coupable d'un délit qu'il a voulu ? Sur le plan philosophique ou même de la technique, de sérieuses raisons militent pour exclure la volonté. Il y a sans doute imprudence à boire de manière inconsidérée puis à conduire. La Cour de cassation, saisie de ce problème a tranché dans un autre sens : la conduite sous l'empire d'un état alcoolique « qui procède d'un comportement volontaire est une infraction intentionnelle au regard de l'article 121-3, alinéa 1 du nouveau code pénal » (Crim. 19 déc. 1994, *Bull.* n° 420). On rappellera qu'en cette matière de l'ivresse les solutions doctrinales étaient plus nuancées (V. Stefani, Levasseur et Boulloc, *Droit pénal général*, 15 n° 427 ; Merle et Vitu, *Droit pénal général*, 6^e éd. I, n° 592).

C. – Sanctions

12. *Application du nouveau droit des confusions de peine*

La cour d'assises de l'Hérault, saisie d'une question de confusion de peines, ordonnait la confusion partielle des peines de 5, 6 ou 7 ans d'emprisonnement qu'elle prononçait, avec des peines de réclusion criminelle de 5 et 8 ans infligées précédemment par un arrêt de la cour d'assises de l'Allier. Un pourvoi du procureur général près la cour d'appel contestait la confusion partielle, car les condamnés étaient en droit de bénéficier d'une confusion de plein droit. Sans doute, les dispositions du nouveau code pénal en la matière sont beaucoup moins favorables aux condamnés (V. Stefani, Levasseur et Boulloc, *Droit pénal général*, 15^e éd., n°s 692 à 703). Mais l'article 371 de la loi du 16 décembre 1992 précise que l'application des articles 132-2 à 132-5 du nouveau code pénal ne peut préjudicier aux personnes reconnues coupables de crimes ou de délits qui ont tous été commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code. Aussi la Cour de cassation, par un arrêt du 16 novembre 1994 (*Bull.* n° 367), a fait application de cette règle. En cas de condamnation pour crime à une peine criminelle, les condamnations correctionnelles sont confondues de plein droit avec la peine criminelle. Elle a donc dit que les peines correctionnelles étaient confondues avec les peines criminelles antérieurement prononcées par la cour d'assises de l'Allier.

13. *Cumul d'une peine principale et des peines complémentaires*

Une personne avait commis le délit de chasse dans une réserve, avec la circonstance aggravante d'utilisation d'un véhicule pour se rendre sur les lieux. Elle avait été condamnée à un mois d'emprisonnement avec sursis pour le délit, à 3 000 F d'amende pour la contravention et en outre à la perte du permis de chasse (avec interdiction d'en obtenir un pendant cinq ans) et à la suspension du permis de conduire pendant deux mois. Elle trouvait les sanctions un peu lourdes et contestait que les juges aient été en droit de la priver de son permis de chasse et de suspendre son permis de conduire, car l'article 131-9 du nouveau code pénal interdit le prononcé cumulatif de l'emprisonnement avec l'une des peines privatives ou restrictives de droits de l'article 131-6. Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 9 novembre 1994 (*Bull.* n° 356), a rejeté le pourvoi. Elle a rappelé que le prévenu avait été condamné sur la base du délit de l'article L. 228-2 du code rural, lequel permet aux juges de suspendre le permis de conduire et de retirer le permis de chasse. Aussi bien, si le cumul de l'emprisonnement et d'une des peines de l'article 131-6 du nouveau code pénal est interdit lorsque l'une de ces peines est prononcée à titre de peine principale, il en va différemment lorsque la suspension du permis de conduire et le retrait du permis de chasse sont des peines complémentaires prévues par la loi. Il va de soi qu'une peine complémentaire peut s'ajouter à la peine d'emprisonnement, alors que si cette peine complémentaire

a été promue au rang de peine principale, elle ne peut s'ajouter à une autre peine principale. Même si le nouveau code paraît considérer les peines privatives ou restrictives de droit comme des peines comparables à l'emprisonnement ou à l'amende (art. 131-3 nouveau c. pén.), elles sont toujours des substituts ou des alternatives à l'emprisonnement, ou à l'amende dans le cas de l'article 131-7 du nouveau code pénal (V. Stefani, Levasseur et Boulloc, *Droit pénal général*, 15^e éd., n^{os} 527, 529 et 543).

14. *Semi-liberté. Admission en cas de sursis partiel*

La semi-liberté peut être une étape entre le milieu totalement fermé et le milieu libre, comme elle peut être une modalité d'exécution d'une courte peine, du moins depuis 1970. Mais ce que la loi n'a pas tranché, c'est la question de savoir si la partie ferme d'une peine assortie partiellement du sursis peut être exécutée selon ce régime. L'article 132-25 du nouveau code pénal, visé par la Cour de cassation comme impliquant cette possibilité (cf. Crim., 6 déc. 1994, *Bull.* n^o 395), est taisant sur ce point. Par ailleurs, la Cour de cassation, par un précédent arrêt du 21 octobre 1992 (*Bull.* n^o 337, cette *Revue*, 1993, p. 770), s'était bornée à relever qu'une peine ferme supérieure à six mois ne pouvait pas être exécutée selon ce régime. Aussi l'arrêt du 6 décembre 1994 mérite une attention particulière. En faveur de la solution adoptée, on peut faire valoir le souci de ne pas gêner l'exercice de l'activité professionnelle, et la durée de la peine. Mais en sens opposé, on peut relever que la partie ferme de l'emprisonnement ne constitue pas toute la peine, laquelle peut être supérieure au maximum d'une année, en cas de révocation du sursis. Du reste dans le cas présent, la durée totale de l'emprisonnement était de trente mois (deux ans et demi). Mais il paraît difficile de ne pas admettre l'exécution d'une peine de dix mois sous le régime de la semi-liberté, dès lors que l'on ne sait pas si la partie conditionnelle de la peine sera effectivement ramenée à exécution. Aussi bien, puisque le vœu des pouvoirs publics est de favoriser les mesures non désocialisantes, la solution adoptée par la Cour de cassation mérite approbation.

15. *Annulation de plein droit du permis de conduire*

L'annulation du permis de conduire est une mesure grave, car elle contraint l'intéressé à solliciter un nouveau permis, le cas échéant après expiration d'un certain délai (trois ans ou dix ans selon les situations, cf. art. 15.III. c. route). Elle peut être prononcée par les juges en cas de condamnation pour l'une des infractions visées à l'article L. 1^{er} ou L. 2 du code de la route ou pour homicide ou blessures involontaires commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule. Il y a lieu à annulation de plein droit en cas de récidive de l'un des délits définis à l'article L. 1 du code de la route ou en cas d'application simultanée de l'article L. 1 I ou II du code de la route et des articles 221-6 ou 222-19 du nouveau code pénal.

Une personne qui était poursuivie pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique et dégradation à la propriété mobilière et immobilière d'autrui avait été condamnée à une peine d'emprisonnement et à une peine d'amende, mais le juge avait aussi constaté l'annulation de plein droit de son permis. Elle contestait l'application de cette dernière disposition car l'état de récidive n'était pas visé par la prévention de sorte qu'elle n'avait pu s'expliquer sur ce point.

Par arrêt du 7 décembre 1994 (*Bull.* n^o 396), la Chambre criminelle devait lui donner satisfaction. Elle rappelle que la cour d'appel ne pouvait pas constater l'annulation de plein droit du permis sans énoncer aucune des circonstances de nature à la justifier. La peine retenue était donc illégale puisque rien apparemment ne justifiait la mesure en cause. La cour de renvoi aura, en tout cas, à se prononcer sur l'existence des conditions de l'article L. 15.II du code de la route.

16. *Pouvoir de modération de la peine par le juge*

On sait que le nouveau code pénal ne fait plus du tout allusion aux circonstances atténuantes, même s'il donne aux juges le pouvoir de réduire la peine (maximum) édictée par la loi (V. sur cette question Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 15^e éd., n^o 646). Aussi bien, certaines dispositions du code de procédure pénale ont été modifiées, notamment celle concernant la question à poser en cour d'assises. Un condamné contestait la peine prononcée contre lui, et il estimait que la feuille des questions aurait dû comporter une mention sur les circonstances atténuantes. La Cour de cassation, par un arrêt du 14 décembre 1994 (*Bull.* n^o 410), lui a répondu que depuis le nouveau code pénal le juge pouvait atténuer discrétionnairement la peine dont désormais le maximum, seul fixé par la loi, doit être prononcé à la majorité de huit voix au moins. La solution est juridiquement exacte. Tout au plus peut-on remarquer qu'il existe une peine plancher en matière criminelle (art. 132-18 du nouv. c. pénal) et même regretter qu'une question particulière ne soit plus posée en cour d'assises.

Infractions contre les personnes

Yves MAYAUD

Professeur à l'Université Jean-Moulin (Lyon 3)

Des risques causés à autrui. Applications et implications, ou de la naissance d'une jurisprudence

Le délit de risques causés à autrui, tel que défini par l'article 223-1 du nouveau code pénal, est certainement l'une des dispositions les plus prometteuses de la réforme, tant pour ce qu'elle laisse entrevoir de solutions inédites, tranchant ainsi avec nombre d'incriminations reprises de l'ancien code, que pour ses précieuses retombées sur les grandes théories du droit criminel. Le droit pénal spécial et le droit pénal général sont ainsi intimement mêlés, comme en témoigne par ailleurs l'article 121-3, qui fait de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui moins une qualification relevant de la nature propre d'une incrimination, qu'un élément de culpabilité participant des principes généraux de la responsabilité pénale.

Les premières décisions rendues sur le fondement de ces textes confirment, s'il en était besoin, la richesse de la matière. Elles permettent déjà d'en connaître les points forts, mais surtout elles vont contribuer à projeter sur celles qui suivront les prémises d'un raisonnement éprouvé. C'est tout le processus de qualification judiciaire qui se trouve ainsi engagé, pour ce qu'il suppose, non seulement de réponses ponctuelles, mais également de solutions promises à une certaine continuité. Certes, par leur caractère isolé, ces premières applications ne sauraient valoir jurisprudence. Elles n'en relèvent pas moins d'une dynamique très forte de finition du droit, avec pour conséquence de les tenir comme des références appréciables, dont l'autorité est moins le fait de leur conformité à des précédents, que d'une motivation destinée à créer le précédent.

C'est doublement que la mise en danger a déjà retenu les juridictions du fond, dans ce qui en constitue d'abord l'élément moral (A), ensuite dans les conflits qui peuvent l'opposer à d'autres qualifications (B).

A. - Éléments moral

La mise en danger de la personne au sens de l'article 223-1 du nouveau code pénal se caractérise par la *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence*. Pour le tribunal de grande instance de Saint-Étienne, la formule traduit « la nécessité d'une méconnaissance intentionnelle de l'obligation de sécurité imposée par la loi ou le règlement, à l'exclusion de tout manquement par imprudence ou négligence » (TGI Saint-Etienne, 10 août 1994, *Gaz. Pal.*, 7-8 déc. 1994). On ne peut qu'approuver cette dimension psychologique de l'infraction, tout en exprimant quelques réserves sur les notions destinées à en rendre compte.

Il est admis, toutes les interprétations sont en ce sens (J. Dumont, *J.-Cl. Pénal* nouveau code, art. 223-1 et 223-2, 1993 ; M. Puech, De la mise en danger d'autrui, *D.* 1994, *Chron.* 153 ; B. Bourdeau, Mise en œuvre de l'article 223-1 du code pénal : autrui en danger et dogmes en péril, *ALD* 1994, *Comm. légist.* 188 ; J. Pradel, La mise en danger, *Rev. jur. Centre Ouest*, juill. 1994, n° 14, p. 63 ; G. Accomando et C. Guéry, Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau

code pénal, cette *Revue*, 1994.681 ; J.-H. Robert, in *Le nouveau code pénal – Enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994, p. 87 ; J. Cedras, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention*, D. 1995.Chron.18), que le délit de mise en danger exige plus qu'une simple défaillance. Par son caractère manifestement délibéré, le législateur en fait une infraction à base de détermination, par opposition aux fautes classiques d'imprudence ou de négligence. Il est donc essentiel de se situer en dehors de ces fautes, pour traduire la spécificité morale de l'infraction, toute liée à son caractère délibéré. Mais cette réalité ne trouve pas pour autant sa meilleure expression par référence à l'intention. C'est d'ailleurs toute la difficulté inhérente à ce nouveau délit que d'avoir à le maîtriser en des termes qui traduisent vraiment son originalité, ce qui suppose une certaine distance par rapport aux concepts habituels. En fait, la mise en danger délibérée s'éloigne doublement de l'intention : d'abord sur un critère légal, ensuite sur un critère doctrinal.

a) Critère légal

Ce premier critère est tiré de l'article 121-3 du nouveau code pénal. Ce texte, dont nous savons qu'il contribue à l'énoncé des principes directeurs de la responsabilité pénale, traite expressément de l'élément moral des délits au titre d'une double affirmation. Il énonce d'abord le principe de la primauté de l'intention : *il n'y a point de... délit sans intention de le commettre* ; il réserve ensuite le cas particulier de certaines infractions : *toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui*. Cette articulation, techniquement renforcée par deux alinéas différents, interdit de considérer la mise en danger délibérée comme relevant de l'intention, dont la prédominance est par ailleurs érigée en principe. Par la séparation tranchée entre ce principe et ses exceptions, c'est à un autre type de culpabilité qu'il est renvoyé, et, de même que l'imprudence et la négligence concrétisent une différence de nature entre la faute et l'intention, de même, la mise en danger délibérée de la personne d'autrui ne peut que procéder d'une différence similaire.

Il est vrai que l'article 223-1 se réfère à une violation *manifestement délibérée* de la norme par laquelle sont assurées la sécurité des personnes et la prévention des risques. Mais ce caractère délibéré de la violation, qui se trouve ainsi renforcé par ce qu'il a de manifeste, n'a nullement pour effet de modifier la culpabilité. Il n'est aucune dissemblance entre ce qui présente un caractère délibéré et ce qui est manifestement délibéré : la même détermination est en cause (M. Puech, préc. ; *Circulaire* du 24 juin 1994, relative à l'application, en matière de circulation routière, des dispositions du nouveau code pénal relatives à la mise en danger, n° 1.2.2.), et on voit mal comment elle pourrait se prêter à quelques nuances. L'adverbe « manifestement » n'ajoute rien à l'état d'esprit de celui qui agit, lequel engage sa responsabilité sur le seul critère de la résolution dont il fait preuve en violant délibérément la norme de prudence ou de sécurité.

Qu'elle soit *simplement* délibérée ou *manifestement* délibérée, la mise en danger ne participe donc pas du principe de l'intention au sens de l'article 121-3, ce qui ne peut qu'inciter à rechercher ailleurs sa véritable nature. C'est ici que l'apport doctrinal apparaît décisif.

b) Critère doctrinal

L'originalité du délit de mise en danger tient moins à l'intention qu'à la volonté. Débat difficile que celui de la place respective de chacune de ces notions (A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 208 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 514 ; Ph. Conte et P. Maistre de Chambon, *Droit pénal général*, Masson, 1990, p. 208), dernièrement enrichi par une thèse remarquable et remarquée (D. Rebut, *L'omission en droit pénal – Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse

Lyon, 1993, n° 229 et s.). La réforme du code pénal lui apporte de quoi en alimenter le principe, mieux encore lui donne toute sa pertinence, en le créditant de l'utilité patente qui lui manquait. A la volonté correspond la résolution du comportement, à l'intention le désir du résultat redouté. Parce que la mise en danger est une infraction formelle, elle n'intègre pas ce résultat dans ses éléments constitutifs, ce qui rend inutile la référence à l'intention. C'est donc par la seule volonté du comportement que se commet le délit, sans avoir à la prolonger d'une intention dirigée vers l'un des résultats - mort, mutilation ou infirmité - érigés en risques pour autrui.

Le nouveau code pénal n'associe pas à l'intention la mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Mais parce que le comportement en cause ne saurait pour autant se réduire à une simple faute d'imprudence ou de négligence, il ne peut trouver son originalité que dans ce qui en caractérise le principe à base d'une volonté d'action. Ce n'est donc pas tant la *méconnaissance intentionnelle* de l'obligation de sécurité imposée par la loi ou le règlement qui est sanctionnée au titre de la mise en danger, que sa *méconnaissance volontaire*. La nuance paraîtra peut-être bien subtile, dans la mesure où, de l'une à l'autre de ces formules, l'absence de connaissance reste finalement *délibérée*. Elle n'est pourtant pas négligeable. C'est en effet toute la logique du nouveau code pénal qui s'en trouve affectée, logique de rupture avec le clivage traditionnel entre la faute et l'intention, pour tenir compte d'une autre donnée, empruntée à une délinquance depuis longtemps dénoncée, à base de volonté dans le comportement, mais sans se doubler d'une adhésion au résultat, sans l'intention ou le désir du résultat. Telle est la réalité criminologique, faite d'*indifférence volontaire aux valeurs sociales*, que consacre le nouveau code pénal au titre de la mise en danger (Y. Mayaud, La volonté à la lumière du nouveau code pénal, *Mélanges Larguier*, 1993, p. 203).

Alors, se révèlent d'elles-mêmes les incohérences liées au mauvais usage du qualificatif « involontaire ». Le nouveau code pénal, en effet, range parmi les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne le manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence, pour en faire une circonstance aggravante de l'homicide involontaire (art. 221.-6, al. 2) ou des (anciens) coups et blessures par imprudence (art. 222-19, al. 2). Il est pourtant impossible d'admettre que soit ainsi qualifié d'involontaire ce qui est délibéré, sauf à restituer au qualificatif son véritable sens. Et, de fait, c'est moins du comportement que du résultat qu'il est rendu compte. Le comportement est volontaire, mais le résultat quant à lui, pour ce qu'il représente d'atteinte effective à la vie ou à l'intégrité physique, ne l'est pas, ce qui revient à faire du manquement délibéré une infraction non intentionnelle (sur les savantes intuitions de la doctrine à ce sujet, V. A. Decocq, *op. cit.*, p. 209 ; Ph. Conte et P. Maistre de Chambon, *op. cit.*, p. 209 ; D. Rebut, *op. cit.*, n° 239).

Il est donc bien une différence de nature entre l'intention et la volonté, puisque la volonté peut être là où l'intention n'est pas. Le nouveau délit de mise en danger a précisément pour originalité d'intégrer cette différence.

B. — *Conflits de qualifications*

La mise en danger, dont l'incrimination s'inscrit dans une politique de prévention des manifestations d'insécurité les plus graves, ne peut que se prêter à des applications conflictuelles, tant sont nombreuses les qualifications qui poursuivent le même objectif. Les premières décisions en témoignent, qui permettent de situer ces conflits à un double niveau, selon que les qualifications en concours sont ou non compatibles.

a) *Qualifications compatibles*

La mise en danger se commet par la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement. C'est dire qu'elle emprunte

sa condition préalable à une norme extérieure à l'article 223-1, dont la caractéristique est d'être généralement sanctionnée en elle-même. Tel est surtout le cas en matière de circulation routière, ainsi que dans le droit des entreprises, où abondent les qualifications destinées à prévenir et à punir le non-respect des obligations de sécurité. Le délit de mise en danger se réalisant par la violation de ces obligations, il en résulte un conflit entre la qualification qu'il représente et celle au titre de laquelle la norme violée est à la fois définie et pénalement sanctionnée.

A s'appuyer sur les premières décisions publiées, la résolution de ce conflit semble relever d'une double réponse : la violation de la norme de sécurité ne saurait valoir en soi mise en danger, mais la mise en danger contient toute la délinquance inhérente à cette violation.

1° Lorsqu'il est constitutif d'infraction pénale, le non-respect de l'obligation de sécurité ne saurait en soi caractériser la mise en danger. C'est du moins la solution qui a été retenue par la cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 26 octobre 1994, qui mérite une entière approbation (Douai, 26 oct. 1994, *Bull. inf. C. cass.* 1994.1207 ; *D.* 1995.172, note P. Couvrat et M. Massé ; *Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 1994 et 7-8 déc. 1994, note J.-G. M. – Dans le même sens, et pour une autre décision du même jour, *Gaz. Pal.*, 26-27 avr. 1995).

Un automobiliste avait fait preuve d'insécurité en circulant à 224 km/h sur une autoroute, ayant ainsi dépassé la vitesse maximale autorisée, limitée à 130 km/h en vertu du décret n° 85-807 du 20 juillet 1985. Il fut poursuivi pour mise en danger délibérée d'autrui et contravention au code de la route, mais, contrairement aux premiers juges, la cour d'appel ne retint pas la première qualification. Elle eût pu pourtant s'appuyer sur la circulaire du 24 juin 1994 (préc.), qui affirme avec force que « certaines violations de la réglementation présentant une particulière gravité – ainsi rouler à plus de 200 km/h sur certaines voies – sont à elles seules, et quelles que soient les circonstances, objectivement de nature à créer un risque direct et immédiat ». Il y avait dans cette proposition presque prémonitoire un soutien facile à une condamnation de principe. La cour n'a pas suivi, estimant au contraire, dans une formule diamétralement opposée, qu'« *il ne saurait être posé pour principe* » que le fait pour un automobiliste de rouler à plus de 200 km/h sur un certain type de voies soit objectivement de nature à créer un risque pour autrui.

Il n'est donc pas de présomption de mise en danger. C'est cas par cas que le risque doit être prouvé, en fonction des circonstances et sur la foi d'éléments tangibles, conformément aux exigences de l'article 223-1, dont la portée restrictive se déduit à l'évidence de la formule d'incrimination. Toute solution qui passerait par une telle présomption serait contraire à plusieurs principes : d'abord le principe de disparition des délits purement matériels, à supposer que la présomption soit absolue ; ensuite, dans l'hypothèse d'une présomption simple, les principes qui régissent les mécanismes de la preuve en matière délictuelle, ce que souligne expressément la cour d'appel de Douai, qui n'entendait pas se voir reprocher un renversement de la charge de la preuve, par le profit trop facile qu'elle eût pu tirer de la force probante des procès-verbaux établis pour constater la violation contraventionnelle de la norme de sécurité ; enfin, et surtout, le principe que le délit de mise en danger ne doit pas être l'instrument d'une correctionnalisation, dans le sens ascendant du terme, des nombreuses contraventions existant en matière d'insécurité. Il y a dans toutes ces données autant de raisons d'approuver la décision de la cour, et d'espérer qu'elle soit à l'origine d'une jurisprudence confirmée.

S'il est une mise en danger, c'est donc par référence seulement à l'appréciation souveraine des juridictions, sans que celles-ci puissent en déduire le principe d'un seuil légal d'insécurité, notamment lié à certains types de contraventions. La cour d'appel de Douai a pour sa part nié l'existence du délit dans l'espèce qu'elle avait à juger,

après avoir considéré « que le jour des faits, à l'heure où la constatation de l'infraction a été effectuée, la circulation était des plus fluide, les conditions atmosphériques bonnes, la visibilité parfaite et qu'à l'endroit où le cinémomètre était implanté la chaussée, sèche, était rectiligne sur plusieurs centaines de mètres ». Toutes ces données ne permettaient pas de tenir l'infraction comme réalisée, parce qu'elles n'établissaient pas, dans les termes de la loi, l'exposition aux risques visés par l'article 223-1.

En revanche, a été déclaré coupable du délit de prévenu qui avait emprunté « intentionnellement » un itinéraire interdit à l'ensemble routier qu'il conduisait, et qui avait ainsi méconnu de façon manifestement délibérée l'obligation de sécurité édictée par voie réglementaire, les arrêtés préfectoraux d'interdiction ayant été pris à raison de la dangerosité toute particulière du tracé routier et de sa déclivité, dangerosité elle-même établie par de nombreux accidents mortels occasionnés par des poids lourds (TGI Saint-Etienne, 4 août 1994, et 10 août 1994, préc., *Gaz. Pal.* 7-8 déc. 1994). Si, dans cette espèce, l'infraction a été retenue, c'est au titre d'une approche qui, apparemment, n'emprunte rien à une quelconque présomption, ce qui en rend le principe juridiquement fondé.

Les espèces ne manqueront pas, qui contribueront bientôt à rejoindre chacune de ces versions représentatives des premières applications du délit de mise en danger. Il est essentiel qu'elles soient toujours le reflet de risques parfaitement établis, et non pas déduits d'une obligation de sécurité préalablement réglementée et pénalement sanctionnée.

2° Si la violation de la norme de sécurité ne saurait être en soi constitutive de mise en danger, en revanche, dès lors que le risque causé à autrui est réalisé dans tous ses éléments, il ne peut que recouper la qualification propre à cette violation. La mise en danger réalise donc la contravention à l'obligation particulière de sécurité ou de prudence, avec la conséquence de mettre en concours idéal chacune des infractions correspondant à cette situation, ce que la doctrine n'a pas manqué de relever, pour évoquer les solutions possibles, en termes de cumul ou de non-cumul des qualifications en conflit (J. Dumont, préc. ; M. Puech, préc. ; B. Bourdeau, préc. ; H. Seillan, Le nouveau code pénal et la santé/sécurité au travail, *ALD* 1994. *Comm. législ.* 209 ; M. Pralus, Le délit de risques causés à autrui dans ses rapports avec les infractions voisines, *JCP* 1995.I.3830).

Dans son arrêt du 26 octobre 1994, la cour d'appel de Douai s'est également prononcée sur cette question, afin de répondre aux conclusions du prévenu qui, poursuivi à la fois pour contravention d'excès de vitesse et délit de mise en danger, soutenait qu'il était impossible de faire ainsi coexister deux qualifications pénales pour un même fait. Mais la cour a retenu le principe de ce cumul, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Chambre criminelle, qui considère comme distincts la contravention au code de la route et les délits et contravention de blessures involontaires, aux motifs que la première consiste dans l'inobservation des règlements, alors que les seconds sont constitués par les conséquences d'une telle inobservation (sur cette jurisprudence, V. Crim. 3 mai 1960, *Bull. crim.* n° 236 ; 7 juill. 1971, *ibid.* n° 221 ; 8 mars 1972, *ibid.* n° 89 ; D. 1972.Somm.95 ; 12 mai 1993, *Bull. crim.* n° 177 ; 20 sept. 1993, *Gaz. Pal.* 1993.2.Somm.573). Forts de ce raisonnement, les magistrats ont estimé pouvoir en transposer le principe au délit de mise en danger : « Ce délit consiste, en effet, dans le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation d'un règlement n'impliquant pas, à elle seule, l'exposition à un tel risque. » C'est donc sur la différence de portée des agissements correspondant à chacune des infractions en concours que se base la cour d'appel pour en admettre le cumul, en étroite relation avec la solution qu'elle retient par ailleurs, selon laquelle la violation d'un règlement de sécurité ne saurait en soi exposer autrui à l'un des risques visés par le délit de mise en danger.

Il n'est pas évident que la solution ainsi consacrée soit conforme aux principes de résolution des conflits de qualifications, ce qui revient en fait à dénoncer la transposition de jurisprudence dont elle procède.

Une distinction importante sépare en effet les risques causés à autrui et les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne. Le délit de mise en danger est une infraction formelle, à l'opposé des violences involontaires qui sont, quant à elles, des infractions matérielles. Cette opposition n'est pas que de structure, elle est également révélatrice d'une différence de valeurs, en ce sens que, contrairement à l'incrimination des actes de violences, qui procède d'une volonté de protection de la personne, le délit de risques causés à autrui s'inscrit davantage dans une politique de prévention ayant pour objet la sécurité. Les valeurs sociales protégées ne sont donc pas les mêmes, et si, en raison de cette différence, la contravention, voire le délit, de non-respect des prescriptions réglementaires peut être cumulée avec les qualifications d'homicide ou de violences involontaires, le principe de ce cumul, en revanche, devient impossible concernant le délit de mise en danger (en ce sens, TGI Saint-Etienne, 4 août 1994, préc.). De la violation de l'obligation de prudence aux risques causés à autrui, il n'est qu'un seul enjeu de politique criminelle, la sécurité, ce qui interdit de retenir chacune des infractions qui en sanctionnent le principe, là où la violation est matériellement réalisée dans les conditions d'une mise en danger (M. Puech, préc. ; P. Couvrat et M. Massé, préc. ; M. Pralus, préc.).

Il en résulte que seule doit être retenue la qualification correspondant à l'expression pénale la plus élevée, ce qui se veut à l'avantage du délit de mise en danger toutes les fois que la violation de la norme de sécurité est une contravention. Mais il ne faut pas négliger l'hypothèse où cette violation serait érigée en délit, ce qui est par exemple le cas de l'article L. 263-2 du code du travail. Alors, il semble que le concours d'infractions, qui procède ici d'une égalité de qualification, soit à résoudre sur le fondement du principe de spécialité, en donnant l'avantage à l'incrimination la plus spécifique, conformément à la règle *specialia generalibus derogant*.

b) Qualifications incompatibles

C'est encore la cour d'appel de Douai qui fournit la matière propre à cette hypothèse, permettant d'illustrer l'existence de conflits négatifs entre le délit de mise en danger et certaines qualifications exclusives de toute compatibilité. Dans un arrêt du 28 septembre 1994 (*Bull. inf. C. cass.* 1994.1216 ; *Gaz. Pal.* 16-17 déc. 1994) elle a en effet jugé que, saisie des chefs des délits de dégradation ne présentant pas de danger pour les personnes et de mise en danger d'autrui, une juridiction de jugement se doit de requalifier les faits en délit de dégradation d'un bien appartenant à autrui par un moyen de nature à créer un danger pour les personnes. L'espèce était relative à un prévenu qui, au volant de sa voiture, avait volontairement dégradé, en le percutant par l'arrière à plusieurs reprises, un véhicule qui le précédait, et dont le conducteur avait perdu la maîtrise, mais sans être blessé.

La requalification fut ainsi motivée : « Les infractions de dégradation ne présentant pas de danger pour les personnes et de mise en danger d'autrui sont... incompatibles, dès lors que le premier de ces délits implique la recherche délibérée d'un résultat dommageable alors que le second d'entre eux, qui exclut une telle recherche, implique seulement que son auteur, tout en envisageant la survenue de la mort d'autrui ou de blessures graves à même de lui être infligées comme un risque qu'il espérait éviter, a néanmoins persisté dans son action qui, malgré la violation manifestement délibérée de l'obligation particulière de sécurité ou de prudence à laquelle il s'est livré, ne s'est, par chance, pas caractérisée par la survenance de ce risque ».

La formule est idéalement descriptive du principe de distinction entre l'intention et la volonté. La « recherche délibérée d'un résultat dommageable », qui caractérise le

délit de dégradation d'un bien, n'est rien d'autre en effet que l'*intention*, alors que la *volonté* rend suffisamment compte du délit de mise en danger, au contraire présenté comme exclusif d'une telle recherche, pour être seulement et suffisamment caractérisé par une « persistance » délibérée dans l'action. Tout en se privant des mots qui en traduisent l'originalité, la cour de Douai a donc eu l'heureuse intuition de ce qui sépare juridiquement les deux concepts.

De cette différence entre les deux infractions a été déduite leur incompatibilité. Il n'est pourtant pas certain que celle-ci ait pour juste fondement l'élément moral propre à chacun des délits concernés. Retenir une telle solution revient en fait à interdire toute possibilité de cumul d'une infraction matérielle et d'une infraction formelle, ce qui est manifestement contraire au droit positif (V. l'exemple révélateur de l'art. L 263-2 c. trav.). L'incompatibilité procède d'une autre donnée, beaucoup plus réaliste, liée au danger lui-même, dans la mesure où il n'est pas possible d'envisager à la fois une qualification qui en contient le principe et une autre qui, au contraire, l'exclut. C'est donc moins l'état d'esprit de l'auteur des faits qui doit servir de critère à l'exclusion respective des infractions en cause, que l'existence ou l'inexistence objectivement établie des risques encourus par autrui.

L'arrêt n'en a pas moins le mérite d'ouvrir de larges perspectives sur d'autres hypothèses de conflits, qui ne manqueront pas de se révéler un jour. Nous ne ferons que les évoquer, pour en réserver l'analyse à la faveur d'une jurisprudence plus significative. A côté de la violation de la norme de sécurité, l'exposition aux risques est, en effet, la seconde circonstance comprise dans la définition du délit de l'article 223-1 pouvant se prêter à un concours d'infractions. De fait, le principe de ces risques est retenu dans d'autres incriminations, ce qui justifie d'en rapprocher les termes avec les éléments de définition de la mise en danger, afin de s'interroger sur les conflits qui peuvent en résulter.

Deux cas de figures semblent alors se dessiner, selon que l'exposition au danger est une circonstance aggravante ou un élément constitutif de ces infractions. Dans la première hypothèse, telles les atteintes involontaires à la personne par manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence (nouv. c. pén., art. 221-6, al. 2, et art. 222-19, al. 2), la qualification de mise en danger devrait être en principe négligée, conformément à la jurisprudence selon laquelle le même fait ne peut être retenu comme constitutif à la fois d'un crime ou d'un délit et d'une circonstance aggravante accompagnant une autre infraction (Crim. 14 oct. 1954, *Bull. crim.* n° 294 ; 23 juin 1977, *ibid.* n° 235 ; 21 mai 1980, *ibid.* n° 158 ; 3 oct. 1984, *ibid.* n° 285). De même, dans la seconde hypothèse, un cumul semble difficilement envisageable : ainsi des destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes (nouv. c. pén., art. 322-5 et s.), où la mise en danger est associée à une action principalement orientée contre les biens, ce qui lui confère une spécificité suffisamment marquée pour l'emporter sur l'incrimination plus générale de l'article 223-1.

Mais il s'agit là de droit-fiction...

Infractions contre les biens

Reynald OTTENHOF

*Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Nantes
Vice-Président de l'Association internationale de droit pénal*

1. *Abus de confiance. Action civile. Préjudice. Réparation intégrale*

La constatation de l'existence d'un préjudice, consécutive à la condamnation pour abus de confiance, entraîne-t-elle *ipso facto* l'obligation pour la juridiction entrée en voie de condamnation d'accorder à la victime les dommages-intérêts qu'elle réclame ? Contrairement à la cour d'Angers, la Chambre criminelle répond par l'affirmative, au motif que « la condamnation pour abus de confiance impliquait nécessairement un détournement ». Dans ces conditions, en s'abstenant de « rechercher l'étendue du préjudice qu'elle était tenue de réparer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Crim. 26 oct. 1994, *Bull. crim.* n° 340).

L'apparente logique de ce raisonnement soulève cependant deux observations :

1° On sait en effet que la Chambre criminelle ne se montre guère exigeante sur la constatation de l'existence du préjudice par les juges du fond. Elle se borne le plus souvent à constater que le préjudice découle directement de la seule constatation du détournement (Crim. 5 mars 1980, *Bull. crim.* n° 80). Elle ne dit rien d'autre dans le cas présent. La doctrine en a justement déduit que, dans ces conditions, « il est fort douteux que le préjudice constitue véritablement un élément constitutif distinct du délit d'abus de confiance » (M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Masson, 1992, p. 78). Comme par ailleurs il est généralement admis que le délit est consommé du seul fait du détournement ou de la dissipation quelles qu'en soient les suites, la preuve d'un enrichissement de l'auteur du détournement n'est pas nécessaire.

Mais encore faut-il que le détournement soit de nature à priver le propriétaire de ses droits sur la chose (Crim. 9 mai 1975, 258, note M. Delmas-Marty). En l'absence d'une telle constatation, l'existence d'un préjudice ne peut découler, comme affirmé ci-dessus, de la seule constatation du détournement.

2° C'est alors qu'intervient la seconde observation. Le préjudice suffisant pour constituer l'infraction peut-il, sans autre forme de procès, fonder l'indemnisation de la victime ? La réponse est pour le moins douteuse. Qu'un enrichissement de l'auteur ne soit pas nécessaire, soit ! Est-ce à dire que la preuve de l'appauvrissement de la victime ne le soit pas non plus ? La cour d'Angers avait pour le moins exigé de cette dernière qu'elle établisse par un décompte précis l'étendue de son préjudice, dans la mesure où une partie du matériel détourné avait été restituée. En imposant aux juges du fond l'obligation de « rechercher l'étendue du préjudice », la haute juridiction se montre – c'est le signe des temps – secourable pour les victimes. L'intention est louable, certes. Mais lorsque, comme en l'espèce, la victime est un professionnel, ira-t-on jusqu'à se contenter qu'elle se présente à l'audience, laissant au tribunal le soin de « faire le reste »... ?

2. *Abus de confiance. Distinction de la vente dite « par combinaison » et du « contrat de confié »*

De la place Vendôme au quai de l'Horloge, le chemin apparaît quelquefois tortueux... La faute en incombe, on l'aura compris, à la seule complexité des opé-

rations juridiques en usage entre certains grands joailliers parisiens et leurs fortunés clients...

L'un des épisodes judiciaires de l'« affaire Chaumet » a trouvé son épilogue dans la décision de la Chambre criminelle en date du 3 novembre 1994 (*Bull. crim.* n° 345, *JCP* 1995.II.22445, note F. Polland-Dulian) rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, 9^e chambre, du 26 mai 1993 qui avait relaxé partiellement les protagonistes de cette affaire du chef d'abus de confiance, seul aspect entrant dans le cadre de cette chronique.

L'intérêt de la discussion porte essentiellement sur la qualification du contrat ayant servi de cadre à l'opération juridique complexe réalisée entre les joailliers et leurs clients. Celle-ci comportait dès l'origine, de la part des premiers, un engagement ferme d'achat à concurrence d'un certain pourcentage du stock, avec règlement échelonné dans le temps et portant intérêt. À l'échéance de la convention, il était établi un compte entre les parties, certains bijoux étant alors restitués, d'autres facturés, d'autres enfin reportés dans une nouvelle convention concernant des bijoux différents. Selon la cour d'appel, de telles pratiques s'analysent, selon les usages de la joaillerie, en opérations dites (cela ne s'invente pas !) de « combinaisons », et non de contrat de « confié ». La différence essentielle entre les deux types d'opération résiderait dans le fait que les premières, quoique non assimilables à raison de leurs modalités particulières à des ventes usuelles, sont exclusives, à la différence des secondes, de l'existence d'un contrat de dépôt, dans la mesure où les joailliers ont la faculté de ne pas restituer un objet à première demande. Alors que les premières sont exclusives de la qualification d'abus de confiance, il n'en est pas de même du second, le dépôt entrant dans les prévisions de l'article 408 de l'ancien code pénal, alors applicable à l'espèce.

En se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, fondée sur « les circonstances de la cause et l'intention des parties », la haute juridiction n'a pas cru devoir user de son pouvoir de contrôle fondé sur la dénaturation de la convention. Dans d'autres hypothèses, il lui est arrivé de suggérer aux juges du fond de rechercher l'existence d'une autre convention, entrant dans les prévisions de la loi (V. notamment, *Crim.* 13 févr. 1985, *Bull. crim.* n° 73, 21 avr. 1986, *Bull. crim.* n° 132 ; 17 juin 1991, *Bull. crim.* n° 257 ; 3 oct. 1991, *Droit pénal*, 1991, 8 ; obs. M. Véron. J. Languier, *Droit pénal des affaires*, 8^e éd., p. 155).

En particulier, à défaut d'un dépôt, l'existence d'un mandat pouvait légitimement être envisagée (V. en particulier, *Crim.*, 2 oct. 1991 ; *Droit pénal*, 1991, p. 110, obs. M. Véron ; *Adde* : B. Boulloc, note au *JCP* 1969.II.5930).

La nouvelle rédaction apportée par l'article 314-1 du code pénal pourrait peut-être, à l'avenir, modifier l'analyse habituellement présentée. En effet, s'il est relativement aisé de rapporter la preuve que l'opération litigieuse n'entrait pas dans l'une des qualifications limitativement énumérées à l'article 408, ce qui constitue une preuve négative, il importe désormais de rapporter la preuve positive que la remise a été acceptée et effectuée « à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». L'avenir dira s'il n'y a pas là une source d'obligations supplémentaires pour les juridictions tenues de motiver leurs décisions (V. sur ce point les intéressantes observations formulées par Mme M.L. Rassat, in *Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau code pénal*, coll. Dalloz Service, Dalloz, 1995, n° 94).

3. *Escroquerie. Etranger. Mariage simulé. Absence d'atteinte à la fortune d'autrui*

Nous connaissions l'escroquerie au mariage. Voici que l'on découvre l'escroquerie... par le mariage. La nuance est importante, car la victime change de camp.

L'espèce rapportée n'est pas banale, même si, dit-on, l'hypothèse aurait tendance à se développer. Un étranger avait épousé, moyennant finances, une ressortissante française dans le but d'obtenir un titre de séjour. Le « mari » fut poursuivi pour obtention induue, par fausses déclarations, d'un document administratif (le livret de famille) et son « épouse » pour complicité. A ces poursuites s'ajoutèrent celles fondées sur le chef de séjour irrégulier d'un étranger en France. La condamnation, sur ces deux points, ne souleva guère de difficulté, les prévenus ayant reconnu les faits. Sur ce double fondement, il fut aisé d'établir au titre de l'article 154 de l'ancien code pénal la « prise de fausse qualité » en vue de l'obtention induue d'un document administratif. De là à penser que les poursuites pouvaient être étendues à la qualification d'escroquerie, il n'y avait qu'un pas que les juges du fond eurent vite franchi.

La Chambre criminelle ne les a pas suivis sur ce point (Crim. 26 oct. 1994, *Bull. crim.* n° 341, *D.* 1995, *Somm. comm.*, 187, obs. F. Julien-Lafferrière, *Droit pénal*, 1995, n° 65, p. 9, obs. M. Véron). Elle a estimé que « la remise par l'Administration d'un titre de séjour, fût-ce à la suite de manœuvres frauduleuses, ne porte pas atteinte à la fortune d'autrui ». Certes, mais la haute juridiction, on le sait, ne s'est pas toujours montrée aussi exigeante en ce qui concerne l'existence du préjudice, en matière d'escroquerie (V. par ex. Crim. 19 déc. 1979, *Bull. crim.* n° 369. Sur l'ensemble du problème et les conséquences qui en découlent au regard de la nature de l'escroquerie, V. R. Ottenhof, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970, p. 45 et s., et nos obs., cette *Revue* 1994, p. 767). Mais, au lieu d'aller rechercher l'existence de manœuvres, ne suffisait-il pas de tirer les conséquences de l'usage d'une fausse qualité ci-dessus établi, dans la mesure où un tel usage est de nature à entraîner, par lui-même, l'existence d'un préjudice, ce qui ne résulte pas nécessairement du seul emploi de manœuvres frauduleuses ?

A vrai dire, ce que la Chambre criminelle a entendu peut-être censurer, c'est le recours trop systématique à la qualification d'escroquerie, devenue la « bonne à tout faire » des fraudes en tous genres. La poursuite de ce chef paraissait d'autant plus surabondante que la Cour a pu rectifier l'arrêt sur ce point, sans prononcer la censure, au nom de la théorie de la peine justifiée.

4. *Détournement par dépositaire public. Notaire. Destruction d'un acte sous seing privé*

Les arrêts susceptibles d'alimenter cette chronique sont suffisamment rares pour qu'on s'arrête sur celui qu'a rendu la Chambre criminelle, le 11 octobre 1994 (*Bull. crim.* n° 323, *Droit pénal*, 1995, n° 34, p. 7, obs. M. Véron). L'aubaine est encore plus forte, lorsqu'il s'agit d'un arrêt de cassation !

Il s'agissait en l'espèce d'une contestation portant sur le contenu d'un acte authentique dressé par un notaire. Les parties civiles prétendaient que l'acte définitif avait un contenu différent du sous seing privé qui en avait inspiré la rédaction. Là résidait la difficulté. Dans le litige né entre le vendeur et les acquéreurs, il était demandé au notaire de produire l'original du compromis de vente dont il était censé être dépositaire, en sa qualité d'officier public. Le notaire prétendait que l'acte en question ne constituait qu'un projet, et qu'en conséquence il l'avait détruit.

Sur la plainte avec constitution de partie civile, fondée sur l'ancien article 173 du code pénal, les juridictions d'instruction avaient prononcé une décision de non-lieu, au motif que la destruction de l'acte – qui n'était pas contestée – était en pratique d'usage fréquent dans la profession notariale ».

La Chambre criminelle ne conteste pas qu'il ait pu en être ainsi. Mais elle exige en la matière que les parties aient expressément donné leur accord, la preuve de celui-ci n'étant pas rapportée en l'espèce par le notaire. Cette solution, somme toute, est

parfaitement fondée. D'une part, on conçoit aisément que le propre d'un dépositaire public soit de conserver les actes ou documents qui lui sont confiés. D'autre part, s'il invoque, comme moyen de défense, le fait qu'il a été déchargé par les parties de cette obligation, c'est sur lui que repose la charge de la preuve d'un tel accord.

La solution n'est pas nouvelle. La Chambre criminelle l'a déjà consacrée à propos d'un notaire (Crim. 13 févr. 1985, *Bull. crim.* n° 75). Et le nouveau code pénal a repris les dispositions de l'ancien article 173 dans son article 432-15. Les notaires ne sont pas près de voir réduire le volume de leurs archives !

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 Montesquieu

Directeur de l'Institut de sciences criminelles

1. *Juges, attention ! Un excès peut en cacher un autre !* Photographeur, en vue de le confondre, un automobiliste réalisant un excès de vitesse, constituerait une atteinte à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Circulation routière (excès de vitesse cinémomètre). Droits de l'homme (droit à la vie privée : art. 9, c. civ. ; art. 8 CESDH). Photographie.

Le tribunal de police de Cannes, le 9 mai 1994 (*Gaz. Pal.* 1994, 21-22 sept., p. 21) a rendu une décision de relaxe au profit d'un automobiliste poursuivi pour excès de vitesse, identifié et confondu de manière indubitable par une photographie obtenue au moyen d'un cinémomètre. Tout en reconnaissant que le procédé « **n'apparaissait pas illégal au regard du droit pénal national** » (cf. en ce sens : *Crim.* 3 janv. 1978, aff. *David*, *Bull. crim.* n° 1, 1^{re} espèce ; *T. pol.* Paris, 25 mai 1984, *JCP* 1986.II.20531, note F. Taquet et obs. G. Levasseur, cette *Revue* 1986, 856, II. P. Couvrat et M. Massé, *Circulation routière. Infractions et sanctions*, n° 457, Sirey, 1989) il a estimé que celui-ci était condamné par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour l'atteinte qui serait ainsi portée à l'intimité de la vie privée. En conséquence le procès-verbal constatant l'excès de vitesse devait être annulé et, faute de preuve, la relaxe du prévenu s'imposait.

On reproduira, à cet égard, les principaux passages du jugement :

« Attendu, selon l'article 8 de la CESDH directement applicable en droit interne et ayant une autorité supérieure à la loi nationale, que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; qu'il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ;

attendu qu'il n'est pas contestable qu'un conducteur, au volant de son véhicule, se trouve dans un lieu privé même si ce véhicule se trouve, lui, sur une voie publique ; que la photographie prise d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans son consentement, constitue une atteinte à la vie privée ; que l'article 8 de la CESDH est dès lors applicable aux faits de l'espèce ;

attendu que l'ingérence de l'autorité publique, réalisée par l'opération d'identification par photographie, si elle répond aux nécessités de l'ordre et de la sécurité publique, n'est prévue, dans le droit français, ni par la loi, ni par un règlement, ni par un décret, ni par un arrêté, mais par deux circulaires qui n'ont aucune valeur normative (circulation Justice n° 69511 du 18 sept. 1972, circulaire Intérieur n° 73-100 RG/13 du 19 févr. 1973) ; qu'elle ne répond dès lors pas aux conditions posées par l'article 8 de la Convention ; que la contrariété du procédé photographique utilisé à l'article 8 de la Convention entache de nullité le procès-verbal servant de base aux poursuites ;

attendu qu'aux termes de l'article 427 du code de procédure pénale, le juge pénal décide d'après son intime conviction :

attendu que J.F. a contesté avoir commis l'infraction d'excès de vitesse qui lui est reprochée lorsqu'il a été entendu par les services de gendarmerie ; qu'il n'existe dès lors aucun élément au dossier qui permette de retenir sa culpabilité ; qu'il y a lieu de le relaxer des fins de la poursuite...

Par ces motifs, le Tribunal... déclare contraire à l'article 8 de la CESDH le procédé photographique utilisé pour établir la matérialité de la contravention et l'identité du contrevenant ; déclare nul le procès-verbal servant de base aux poursuites ; vu les articles 427 et 541 du code de procédure pénale relaxe J.F. des fins de la poursuite... »

La motivation de la relaxe ainsi intervenue (elle serait devenue définitive : cf. note préc. *Gaz. Pal.*) n'a, à notre avis, qu'une apparence de rigueur. On peut en effet lui opposer trois objections :

A. – **Première objection** : il est des plus douteux d'affirmer que photographier une personne au volant de sa voiture porte atteinte à l'intimité de la vie privée de l'intéressé.

D'une part il n'est pas évident qu'une automobile doive, *a priori*, être considérée comme un « lieu privé » (cf. les controverses en matière de perquisition des véhicules). D'autre part, s'il est certain que des comportements on ne peut plus intimes sont susceptibles d'avoir pour cadre une voiture (cf. pour des faits de prostitution : *Crim.* 12 oct. 1994, *Dr. pénal* 1995, comm. 38, note M. Véron ; pour des ébats sexuels : *Paris* 14 déc. 1994, *ibid.* comm. 89), on ne voit pas en quoi le simple fait de conduire celle-ci pourrait être rattaché à la vie privée et à ses secrets qu'il importe de voir respectés. La conduite d'un véhicule fait l'objet d'une réglementation d'ordre public dont l'existence et le développement interdisent de voir en elle une activité privée.

En conséquence, mettre en évidence par procédé photographique la réalisation d'un excès de vitesse ne saurait constituer une atteinte à la vie privée.

B. – **Deuxième objection** : même si l'on admettait qu'une telle atteinte puisse être réalisée en l'espèce, celle-ci devrait échapper à la condamnation édictée par l'article 8 de la CESDH. Il faut en effet rappeler que « la loi » susceptible de justifier des dérogations au principe posé par ce texte ne comprend pas que les dispositions législatives ou réglementaires nationales (les seules règles auxquelles fait référence le tribunal de police de Cannes). Elle englobe aussi la *Common law* c'est-à-dire la jurisprudence nationale dès lors que celle-ci se révèle suffisamment précise. La Cour européenne des droits de l'homme s'en est expliquée de manière fort claire dans plusieurs de ses décisions (aff. *Kruslin*, 24 avr. 1990, *D.* 1990.353, note J. Pradel – Solution qu'a exploitée la Chambre criminelle : *Crim.* 15 mai 1990, *JCP* 1990.II.21541, note W. Jeandidier, n° 9-12).

Or notre jurisprudence nationale – le jugement critiqué l'a reconnu d'ailleurs explicitement en sa partie liminaire – ne relève aucune illégalité dans le procédé photographique utilisé en la matière. Aucune faute ne peut être retenue contre le policier qui opère : en l'absence d'intention caractérisée de porter atteinte à la vie privée du contrevenant, il ne saurait y avoir *ni faute pénale* (absence du délit de l'art. 226-1 c. pén. – ancien art. 368 : le tribunal de police de Cannes l'avait d'ailleurs expressément constaté. Add. les premières références citées au début de ces observations), *ni faute civile* (celle que vise l'art. 9, c. civ. : cf. *T. pol. Paris*, 25 mai 1984 préc.). Et, sur ce dernier point, on ajoutera une considération dégagée par la jurisprudence : l'article 9 du code civil ne saurait être utilement invoqué dans « le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations » (*Civ. I*°, 19 mars 1991, *JCP* 1991.IV.193 ; *Civ. I*°, 30 juin 1992, *JCP* 1993.II.22001, note X. Daverat, *D.* 1993.421, note Guiho). Or telle est bien la situation rencontrée en l'espèce où le contrevenant invoque une prétendue atteinte à sa vie privée dans le seul but d'échapper à la sanction pénale.

C. – **Troisième objection** : estimant contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme le procédé photographique utilisé pour constater l'infraction réalisée, le tribunal en conclut que le procès-verbal dressé, seule preuve du bien-fondé de la poursuite, est entaché de nullité. La prévention ne pouvant donc être établie, la relaxe s'impose.

Mais, là encore, le raisonnement fait se révéler fallacieux. Doublement fallacieux, car il pêche à la fois par défaut et par excès.

Il pêche d'abord *par défaut* car il ignore la solution de principe que commande la Convention européenne telle qu'elle est interprétée par la Cour de Strasbourg en matière de preuve. Sur avis conforme de la Commission celle-ci n'a-t-elle pas affirmé, de manière explicite, « *qu'elle ne saurait exclure, par principe et in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* » (aff. *Schenk*, 12 juill. 1988, série A, n° 140, p. 120. 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* 1992.10) ?

La Cour de Strasbourg estime en effet que l'important, en la matière, est que les preuves soient soumises à un *débat contradictoire*, leur mode d'obtention (sauf recours à des procédés inadmissibles qui en interdiraient de façon absolue l'exploitation) devant passer au second plan. Solution qui est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Chambre criminelle qui se résume dans une formule désormais souvent reprise, s'agissant de preuves produites par les parties privées mais obtenues de façon illicite :

« *aucune disposition législative, affirme la Cour de cassation, ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par la partie civile au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante...*, dès lors qu'ils sont produits aux débats et soumis à la libre discussion des parties » (Crim. 1^{er} déc. 1992, *Dr. pénal* 1994, chron. 12 ; Crim. 15 juin 1993, *Bull. crim.* n° 210, *D.* 1994.613, note C. Mascala. Crim. 25 janv., 6 avr. et 17 mai 1994, *Dr. pénal*, chron. 63, obs. V. Lesclous et Cl. Marsat. Rapp. Crim. 21 mai 1994, *Dr. pénal* 1994, comm. 174, obs. A. Maron).

Sans doute cette jurisprudence de la Chambre criminelle ne vaut-elle pas pour toutes les preuves produites devant le juge pénal. Elle ne concernerait que « *les pièces* » produites par les parties privées. Seraient exclues celles utilisées par le ministère public, constatées par procès-verbal et constituant des « *actes de procédure* » annulables : toute irrégularité caractérisée susceptible d'affecter l'obtention de celles-ci entraînant la nullité du procès-verbal et l'obligation pour le juge de les exclure des débats. Mais la distinction ainsi faite entre les diverses preuves obtenues irrégulièrement suivant qu'elles sont produites par le ministère public ou par les parties privées est des plus contestable. Certains auteurs en dénoncent l'absurdité car il suffit que le ministère public fasse produire par la partie civile la preuve litigieuse qu'il détient pour que cette dernière ne soit plus, *a priori*, exclue du débat (en ce sens, par ex. : M.L. Rassat, sous Crim. 6 avr. 1993, *JCP* 1993.II.22144). N'est-elle pas, par ailleurs, condamnée par la réforme qui a modifié l'article 173 du code de procédure pénale et qui, refusant de distinguer entre « *acte de procédure* » et simple « *pièce de procédure* » – les deux étant désormais susceptibles d'annulation –, tendrait à faire disparaître le régime privilégié dont bénéficiaient jusqu'alors les preuves obtenues de manière illicite par les parties privées (sur ce débat : obs. précitées *Dr. pénal* 1994, chron. 63).

Mais laissons de côté cette discussion qui n'intéresse que notre droit interne. Elle est en effet totalement étrangère à la démarche de la Cour européenne de Strasbourg qui affirme en termes généraux, ainsi qu'on l'a rappelé, qu'une preuve (peu importe qu'elle soit produite par le ministère public ou une partie privée) ne saurait, *a priori*, être écartée des débats sous le prétexte qu'elle aurait été obtenue d'une manière illégale.

Dans ces conditions une contradiction frappante apparaît dans le raisonnement du tribunal de police de Cannes : celui-ci ne peut pas, d'une part, prétendre décider en fonction des seules règles inspirées de la Convention européenne et, d'autre part, ignorer la solution que dicte l'application de celle-ci. Même si le procédé utilisé en l'espèce pour établir l'infraction et identifier son auteur doit être considéré comme illégal au regard du droit conventionnel, la photographie du contrevenant n'a pas, *a priori*, à être écartée dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une discussion contradictoire.

Ce n'est donc pas sur le terrain de ce droit conventionnel européen que la relaxe ordonnée par le tribunal de police de Cannes peut trouver un fondement sérieux. Sa justification ne peut être recherchée que sur celui de notre droit interne. Mais si l'on doit faire appel à ce dernier alors qu'il a été, de manière explicite, disqualifié par les dispositions liminaires de la décision analysée, celle-ci s'enferme dans une nouvelle contradiction et, après avoir péché par défaut, peut se voir reprocher de pécher *par excès*.

Au plan de notre droit interne, en effet, ainsi que l'avait très justement souligné la juridiction saisie de la poursuite, aucune illégalité ne pouvait être reprochée à l'agent verbalisateur : l'annulation du procès-verbal constatant l'excès de vitesse ne pouvait donc être prononcée sur ce terrain – pas plus qu'elle ne pouvait être justifiée, on l'a montré, par l'appel fait au droit conventionnel européen.

Le jugement commenté nous paraît donc consacrer une hérésie juridique. Il est une illustration fâcheuse de ces décisions qui tendent à se multiplier ces derniers temps et qui, pour tenter de justifier les solutions qu'elles voudraient voir triompher, en appellent, de façon quasi systématique, aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales garanties ici par la Constitution, là par la Convention européenne dont la gardienne vigilante est la Cour de Strasbourg (pour un autre exemple de ces excès, V. *infra*, ces observations n° 2). En sollicitant ainsi, sans fondements sérieux et « raisonnables », ces droits et libertés, elles ne peuvent que compromettre le respect qui est dû à ceux-ci.

Leur développement ne serait-il pas une nouvelle manifestation de ce « dévoiement pénal » dont d'autres aspects étaient analysés dans une récente journée d'étude organisée par l'Institut de criminologie de Paris (16 janv. 1995 : pour les diverses interventions, V. *Dr. pénal* 1995, numéro spécial d'avril) ?

2. *Permis de conduire à points* : la Chambre criminelle donne enfin une justification pertinente à l'irrecevabilité, devant le juge pénal, de l'exception d'illégalité dirigée par le prévenu contre les décrets d'application mettant en place le retrait de points.

Circulation routière (permis à points). Exception d'illégalité. Retrait de points (peine, mesure de sûreté).

On sait quel important contentieux est né de la mise en vigueur de la loi du 10 juillet 1989 concernant le permis à points. A l'embouteillage *des voies publiques* dû, au cours de l'été 1992, à la grogne des transporteurs routiers, est venu rapidement s'ajouter l'embouteillage *des voies judiciaires* (cf. nos obs., cette *Revue* 1993.317). Les conducteurs poursuivis du chef de l'une des infractions visées par les articles L 11-1 et 2 du code de la route, encourraient désormais, de plein droit, en cas de condamnation, une sanction nouvelle : le retrait de points, sanction à laquelle il était impossible de se soustraire, que ce soit par la voie du relèvement ou celle de la réhabilitation (art. L 11-4 c. route).

Pour échapper à cette mesure redoutée, les contrevenants contesteront, bien sûr, l'existence de l'infraction poursuivie (par exemple, l'excès de vitesse), mais aussi et quasi systématiquement la légalité des décrets d'application de la loi de 1989 : dans chaque procédure l'exception d'illégalité ne manquera pas d'être soulevée devant la juridiction de jugement. Celle-ci ne doit-elle pas nécessairement accueillir cette exception ? Ne s'est-elle pas vu reconnaître très tôt par la Cour de cassation (dès 1810) le

pouvoir de contrôler la légalité des actes administratifs susceptibles de conditionner la répression pénale ? Un pouvoir qu'est d'ailleurs venu confirmer, de manière explicite, l'article 111-5 du nouveau code pénal et en vertu duquel est affirmé pour elle le droit, sinon d'annuler, du moins de refuser d'appliquer ceux de ces actes qu'elle jugerait illégaux.

Et de nombreuses juridictions pénales déclareront recevable l'exception ainsi soulevée et concluront à l'illégalité des décrets d'application de la loi du 10 juillet 1989. L'argument privilégié mis en avant consistera à soutenir que la sanction nouvelle du retrait de points qui peut, en se répétant, entraîner la perte du permis de conduire, porterait atteinte à la liberté de circuler « *qui serait l'aspect le plus essentiel et le plus évident de la liberté d'aller et venir, liberté fondamentale reconnue tant par la Déclaration des droits de l'homme que par toutes les constitutions de la République et dont l'autorité judiciaire est garante* » (t. pol. Paris, 29 janv. 1993, *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1993, p. 6. T. pol. Privas, 12 oct. 1993, *Gaz. Pal.* 3-4 juin 1994, p. 30 et 8 nov. 1994 : *Dr. pénal* 1995, comm. 10, 2^e espèce, obs. J.H. Robert, § I). – D'ajouter que ces mêmes décrets méconnaîtraient certains principes fondamentaux de notre droit pénal énoncés, de manière explicite, par la nouvelle codification de 1994 : l'automatisme du retrait de points qu'ils organisent serait contraire, à la fois, au principe posé par l'article 132-17 qui décide que ne peuvent être appliquées que les peines expressément *prononcées* par le juge pénal, et au principe inscrit à l'article 132-24 qui impose à ce dernier de toujours veiller à déterminer la peine en fonctions « *des circonstances et de la personnalité du prévenu* » (cf. les décisions précédentes et celles visées dans nos obs. précitées). Et de faire valoir aussi qu'au-delà de notre droit interne les textes critiqués feraient aussi injure à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont la force impérative est plus grande encore que celle de nos règles nationales (*ibid.*).

Cette jurisprudence est approuvée avec enthousiasme – nul ne s'en étonnera – par les puissantes associations de défense des automobilistes toujours prêtes à ouvrir de nouveaux fronts dans « *la guerre* » menée en vue de paralyser l'application de nombreuses dispositions du code de la route (cf. « *La guerre des radars* », nos obs. cette *Revue* 1987.105 ; 1989.498 et 1991.75). Elle reçoit aussi l'approbation d'une doctrine qui peut donner l'impression d'être majoritaire (cf. les nombreuses chroniques publiées à ce sujet à la *Gazette du Palais*. Voir, par exemple, le compte rendu du colloque « le recours du juge et de la défense aux principes généraux et aux libertés fondamentales » : interventions de MM. Cl. Garnier, J-G Moore et J. Robert in *Gaz. Pal.* 1994, 3-4 juin).

Mais cette jurisprudence est condamnée par de nombreuses décisions rendues en première instance (T. corr. Thonon-les-Bains, 28 oct. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 15-16 janv. ; T. corr. Versailles, 27 nov. 1992, *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1993) aussi bien qu'en appel (Besançon, 1^{er} déc. 1992, *Gaz. Pal.* 29-30 janv. 1993 ; Pau 26 janv. 1993 inédit ; Versailles, 3 juin 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 22-24 sept.), condamnation que la Chambre criminelle a fait sienne par un arrêt du 6 juillet 1993 (aff. *Rodriguez*, *Bull. crim.* n° 240 ; *Gaz. Pal.* 1993, 6-7 oct. note J.P. Doucet ; *D.* 1994.33, note P. Couvrat et M. Massé et nos obs., cette *Revue* 1994.118. Crim. 18 mai 1994, aff. *Larve* non publiée) : en la matière le juge pénal ne pourrait pas contrôler de la légalité des décrets d'application concernant le retrait de conduire à points ; l'exception d'illégalité soulevée devant lui serait irrecevable car les conditions mises à sa compétence et que rappelle depuis 1994 l'article 111-5 du code pénal ne seraient pas remplies.

Toutefois l'argument mis en avant à cet égard par la Chambre criminelle dans son arrêt de 1993 n'était pas convaincant. Celle-ci s'était contentée d'affirmer, s'agissant du retrait de points « *cette mesure ne présente pas le caractère d'une sanction pénale accessoire à une condamnation et, en conséquence, son fondement légal échappe à l'appréciation du juge répressif* ». Et ce refus de voir, dans le retrait de points, une peine se fondait sur ce que

la loi avait exclu expressément à son sujet toute possibilité de relèvement ou de réhabilitation (art. L 11-4 c. route).

L'argument était sans portée car le critère de la peine proprement dite ainsi retenu n'était pas déterminant : l'interdiction de faire du commerce édictée par la loi de 1947 sur l'assainissement des professions commerciales n'est qu'une mesure de sûreté, or elle peut faire l'objet de relèvement et de réhabilitation.

Commentant cet arrêt de la Chambre criminelle (nos obs. préc., cette *Revue* 1994.119), nous avions écrit que celle-ci avait eu le tort de s'engager sur le terrain de la controverse stérile et dépassée concernant la nature juridique du retrait de points. Peine ou mesure de sûreté, peu importe. En tout cas, il s'agit d'une sanction entrant dans le champ de la *matière pénale* au sens où l'entend la Cour européenne de Strasbourg ou notre Conseil constitutionnel (cf. nos obs. cette *Revue* 1993.320.A, b). Mais cette sanction a la particularité de ne dépendre ni de la décision du juge pénal, ni de celle de l'administration, mais uniquement de la loi : la constatation par la juridiction répressive de la réalisation de l'une des infractions énumérées à l'article L 11-1 et 2 du code de la route entraîne automatiquement le retrait de points. On est en présence d'une solution qui est dans le droit-fil du principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) par trop oublié et malmené de nos jours et qui, pris au pied de la lettre (les rédacteurs du code pénal de l'an IV l'avaient bien compris), exige que ce soit à la loi et à la loi seule (non au juge) qu'il appartienne de fixer la sanction en matière répressive (cf. nos obs. préc., cette *Revue* 1993.322.B).

Le retrait de points n'est donc pas décidé par le juge pénal et les textes réglementaires qui en assurent la mise en œuvre ne servent pas de fondement à la poursuite ni ne conditionnent, en aucune façon, « la solution du procès pénal qui lui est soumis » - condition fondamentale mise par l'article 111-5 du code pénal à la compétence, dérogatoire au droit commun, de la juridiction répressive. « Le procès pénal qui lui est soumis » concerne seulement l'existence ou l'absence de l'infraction au code de la route retenue par la prévention : tel est le seul argument sérieux susceptible de justifier la solution défendue par la Chambre criminelle. Celle-ci en prendra conscience à partir d'un premier arrêt en date du 11 juillet 1994 (aff. *Fedaouche*, *Bull. crim.* n° 271). Elle éprouvera le besoin d'enrichir la motivation de ses décisions par une formule que, désormais, elle reprend de manière systématique : « que de l'examen des textes organisant le retrait de points ne dépend pas, au sens de l'article 111-5 du code pénal... la solution d'une poursuite exercée, comme en l'espèce, pour contraventions d'excès de vitesse » (Crim. 5 oct. 1994, aff. *Guigan*, *Dr. pénal* 1995, comm. 10, 1^{re} espèce, obs. J.H. Robert ; Crim. 11 janv. 1995, aff. *Malige*, non encore publiée).

On pourra toutefois regretter que la Chambre criminelle n'ait pas renoncé à faire appel à l'argument dépourvu de pertinence tiré de l'absence de caractère pénal de la sanction que constitue le retrait de points : elle persiste en effet à le mettre en avant (cf. les trois derniers arrêts cités) et à le présenter comme décisif, pour déclarer irrecevable l'exception d'illégalité. Elle le cite en premier, faisant précéder la nouvelle motivation - la seule véritablement efficace - d'un « au surplus » dont elle pouvait se dispenser. L'irrecevabilité de l'exception d'illégalité s'impose en effet de manière irrévocable dès lors qu'il est constaté que la juridiction pénale n'a aucun pouvoir en ce qui concerne le retrait de points dont la loi ne l'a pas fait juge : l'argument est péremptoire et se suffit à lui-même.

Ne pouvant plus alors critiquer utilement, devant le juge pénal, la légalité des règlements d'application concernant le permis de conduire à points, les automobilistes « victimes » de retraits de points chercheront-ils, plus que jamais, à soutenir qu'au-delà de ces textes réglementaires ce sont les dispositions législatives, celles-là mêmes de la loi du 10 juillet 1989, que la juridiction répressive devrait refuser d'appliquer : celles-ci

ne seraient-elles pas contraires à diverses exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ? Mais, là encore, l'argumentation développée, même si elle est reprise encore par certaines décisions (T. pol. Bagnères-de-Bigorre, 23 avr. 1993 ; *Gaz. Pal.* 1994, 22-24 sept.) et par une certaine doctrine (cf. encore : P. Bernard, La jurisprudence pénale sur le permis à points : un excès de vitesse judiciaire. *Dr. pén.* 1995, chron. 2), reste des plus spécieuses (cf. nos obs. préc., cette *Revue* 1993.319) et se trouve, avec juste raison, écartée par la Chambre criminelle (voir les trois derniers arrêts cités).

3. *Exercice illégal de la médecine* (art. L 376 c. santé publ.), *usurpation de titre de médecin* (art. L 378 *ibid* et 433-17 c. pén.), *exercice illégal de la pharmacie* (art. L 517 c. santé publ.), *escroquerie* (art. 313-1 c. pén.) *en concours : une occasion d'exercice... de qualification.*

Escroquerie. Médecine (exercice illégal, usurpation de titre). Pharmacie (exercice illégal). Qualification pénale.

La Chambre criminelle a approuvé la cour de Paris d'avoir condamné, du chef d'escroquerie et d'exercice illégal de la pharmacie, à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 100 000 francs d'amende une jeune femme qui, par ailleurs, avait usurpé le titre de médecin et effectuait de manière habituelle diagnostics et traitements. Sur la plaque de son cabinet, sur le papier à en-tête utilisé et dans plusieurs revues, elle se parait du titre de docteur en médecine de l'Université d'Uppsala. Elle y ajoutait ceux de psychiatre-psychanalyste, sophrologue et d'iridologue. Elle prescrivait à ses clients des traitements comportant l'absorption d'un certain nombre de produits en indiquant une posologie rigoureuse et le prix de chaque consultation s'élevait à 900 francs (Crim. 8 févr. 1995, aff. *Guillemin*, non encore publiée).

Nombreuses étaient donc les qualifications pénales qui pouvaient être données à l'activité lucrative de la prévenue. Mais la prévention n'en avait finalement retenu que deux : l'une, la principale, étant l'escroquerie, l'autre, l'exercice illégal de la pharmacie. Étaient donc passées sous silence celles concernant la protection de la profession médicale. Le choix ainsi fait mérite qu'on s'y intéresse car on sait l'importance qui s'attache à la qualification donnée par la justice aux faits poursuivis et cela au *triple* point de vue : *juridique, pédagogique et cathartique* (cf. notre réflexion faite à l'occasion de l'affaire du sang contaminé, sous le titre : « Sang contaminé et qualification pénale... avariée », *Gaz. Pal.* 1992, 2, doctr. 673).

Une double considération a dû guider, en l'espèce, les juges correctionnels : d'une part les faits reprochés étaient graves, répétés et nombreux. Il importait donc de sanctionner sévèrement. Or l'usurpation du titre de médecin n'est passible au maximum que d'un an d'emprisonnement (art L 378 c. santé publ. et 433-17 c. pén.) ; l'exercice illégal de la médecine de trois mois seulement (art. 376 c. santé publ.). Le délit d'escroquerie étant, lui, passible de cinq ans d'emprisonnement (art 405 ancien c. pén., actuellement art. 313-1), une plus grande liberté de manœuvre était donnée à la juridiction pénale, non seulement quant à la détermination de la *gravité de la peine* prononcée, mais aussi quant à celle de la *sévérité du blâme moral* adressée à la prévenue à travers la condamnation : une infamie certaine et stigmatisante s'attache en effet à cette qualification particulière.

Mais d'autre part – et cette considération a peut-être été décisive – la poursuite était en l'espèce exercée, non pas comme cela se rencontre habituellement sur la plainte de l'Ordre des médecins, mais sur celle d'une cliente qui se disait victime des agissements de la prévenue.

C'est donc l'escroquerie qui avait été retenue comme chef principal de la poursuite, délit, affirmeront les juges correctionnels, *caractérisé en l'espèce par le fait d'avoir, en usant de la fausse qualité de médecin, escroqué la fortune d'autrui.*

Il est certain que, dans ce type d'affaires, une telle qualification, qui était encore banale au XIX^e siècle pour lutter contre de trop nombreux charlatans exploitant sans vergogne une clientèle crédule, a aujourd'hui pratiquement disparu. Et l'on comprend que la prévenue ait cherché à échapper à cette qualification infamante. Elle soutiendra dans son pourvoi que c'était l'exercice illégal de la médecine qui devait, à titre principal, être retenu contre elle, infraction dont les éléments constitutifs légaux se retrouvaient en l'espèce et bien différents de ceux de l'escroquerie qui était à exclure. Elle fera notamment valoir que la qualification d'exercice illégal de la médecine doit être réservée au cas où une personne qui n'est pas médecin prend habituellement part, et contre rémunération, à l'établissement de diagnostics ou de traitements des maladies. Celle d'escroquerie ne pouvant être retenue que lorsque la personne qui n'est pas médecin prend le titre de docteur afin, non plus d'accomplir contre rémunération un acte qui ressortit de l'acte médical, mais de se faire remettre de l'argent par un tiers. Or, d'après la prévenue, ce que la juridiction répressive avait constaté était qu'elle avait pris la qualité de médecin, non pour obtenir de ses clients l'octroi d'un avantage financier sans rapport objectif avec la pratique de l'art médical, mais pour procéder, de façon habituelle et contre rémunération, à l'établissement de diagnostics et de traitements de maladies bien réelles. Et d'en conclure qu'en la condamnant du chef d'escroquerie les juges correctionnels avaient méconnu les règles d'incriminations qui s'imposaient à eux.

La Chambre criminelle a rejeté, avec juste raison, le pourvoi dont elle était saisie. Une réponse claire, péremptoire et concise était donnée à la question de qualification pénale qui lui était posée :

« que l'usurpation du titre de docteur en médecine n'étant pas un élément constitutif du délit d'exercice illégal de la médecine, et cette infraction n'exigeant pas le versement d'une rémunération, l'usage, par la prévenue, de la fausse qualité de médecin, pour obtenir la remise de sommes d'argent à titre d'honoraires, caractérise le délit d'escroquerie ».

Au triple point de vue juridique, pédagogique et cathartique la qualification pénale ainsi approuvée nous paraît irréprochable.

4. *Mariage simulé dans le seul but de régulariser la situation du conjoint au regard de la police des étrangers* : oui au faux spécial (art. 154 ancien, art. 441-6 al. 1^{er} c. pén.), non à l'escroquerie (art. 405 ancien, art. 313-1 c. pén.).

Escroquerie. Etranger (entrée et séjour irrégulier). Faux spéciaux (obtention indue d'un titre de séjour). Fraude à la loi (mariage simulé)

Dans l'affaire sur laquelle a statué la Chambre criminelle le 26 octobre 1994 (aff. *Bashot*, *Bull. crim.* n° 341, *Dr. pénal* 1995, comm. 65, obs. M. Véron) les conséquences pénales d'un mariage « mixte » étaient en question. Les faits, reconnus par les deux prévenus, étaient établis : une Française, moyennant la remise d'une somme de 5 000 francs, s'était mariée à un Egyptien dans le seul but de permettre à ce dernier, démuné de carte de séjour, de régulariser sa situation (cf. sur de telles pratiques, nos obs. cette *Revue* 1994.566).

La cour d'appel était entrée en condamnation contre l'étranger et sa complice, non seulement du chef d'obtention indue de document administratif (*faux spécial* incriminé par l'art. 154 de l'ancien code pénal et repris par l'art. 441-6, al. 1^{er} de la nouvelle codification), mais aussi du chef du délit classique d'*escroquerie* (art. 405 ancien, art. 313-1 c. pén.) : en employant des manœuvres frauduleuses, le prévenu n'avait-il pas obtenu une remise, celle du récépissé d'un titre de séjour, tous éléments caractéristiques du délit d'escroquerie ? Et la Chambre criminelle n'avait-elle pas déjà eu l'occasion de préciser, dans ce type d'affaires, *« que constitue la prise de fausse qualité le fait, pour un étranger qui a contracté un mariage simulé, de se prévaloir de la qualité de conjoint d'un ressortissant français »* (Crim. 4 nov. 1992, nos obs. préc., *Dr. pénal* 1993, comm. 59, note

M. Véron ; *Gaz. Pal.* 1993, 10-20 mars, note J.P. Doucet) – réflexion renvoyant à l'une des composantes obligées de l'escroquerie ?

Il est certain que le faux spécial en question et l'escroquerie, aujourd'hui comme hier, sont des infractions très voisines. A cet égard, la formule de l'article 441-6, alinéa 1^{er} du code pénal, qui reprend, à peu de chose près, celle de l'article 154 de l'ancienne codification, est significative. Le texte vise « *le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation...* » Et l'on comprend, par ailleurs, que ces faux spéciaux ainsi que leurs succédanés puissent être souvent présentés comme de simples variétés d'escroquerie (cf. J.H. Robert, A propos du délit de déclaration mensongère à l'administration de l'article 441-6, alinéa 2 c. pén., *Dr. pénal* 1994, chron. 61).

Mais alors, si l'on retient cette idée qui paraît juste, si ces faux particuliers ne sont que des *escroqueries spéciales*, mises à part par le législateur eu égard à la nature particulière de la victime (administration, service public...), la qualification pénale d'escroquerie doit être écartée en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*. Seule doit être retenue celle de faux spécial.

Dans l'arrêt analysé, la Chambre criminelle a sans doute reproché à la cour d'appel d'avoir retenu, outre le faux spécial constitué à l'évidence en l'espèce, le délit d'escroquerie, mais en mettant en avant un autre argument dont le moins qu'on puisse dire est qu'il n'est pas très heureux : pour la Cour de cassation la qualification d'escroquerie serait à exclure parce que « *la remise par l'administration d'un titre de séjour, fût-ce à la suite de manœuvres frauduleuses, ne porte pas atteinte à la fortune d'autrui* ».

La formule est maladroite : ne risque-t-elle pas de rouvrir des débats lourds des ambiguïtés que l'on sait : celui de savoir si « *le préjudice* » est ou non un élément constitutif du délit d'escroquerie ? Celui aussi de dire si cette infraction peut être autre chose qu'une *infraction contre la propriété* ?

Faut-il ne voir, dans cette motivation malheureuse, que la volonté de la Chambre criminelle d'attirer l'attention sur le fait que l'escroquerie ne peut être, en principe, qu'une infraction *contre les particuliers* alors que les faux spéciaux évoqués constitueraient nécessairement des infractions *contre la chose publique* (en ce sens M. Véron, obs. préc. sous l'arrêt analysé) ? Mais la place même des textes concernés, dans l'ancien comme dans le nouveau code, n'est-elle pas, à cet égard, suffisamment significative ?

L'appel à la règle *specialia generalibus derogant* pour justifier la solution retenue aurait été, en l'espèce, beaucoup plus simple et satisfaisante.

5. *Le délit d'évasion imputable au condamné qui n'a pas regagné l'établissement pénitentiaire à l'expiration de sa permission de sortir : sa nature en question.*

Une erreur matérielle avait laissé sans référence l'arrêt de la Chambre criminelle que nous avons commenté dans notre dernière chronique (cette *Revue* 1995.105). Nous réparons cette omission : Crim. 22 juin 1994, aff. *Nasser Sellî*, *Bull. crim.*, n° 251 *Dr. pénal* 1994, comm. 257, obs. M. Véron.

Infractions contre l'ordre économique et financier

Jean-Claude FOURGOUX

Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles

A. – Tromperie. Denrées alimentaires. Produit importé. Conservateur. Réglementation nationale. Droit communautaire. Conditions d'application

Avec la prolifération des saisines et la fragmentation de la composition des chambres la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes perd de sa cohérence. Elle devient chaotique. Les revirements ne sont pas toujours clairs comme dans *Keck et Mithouard* (CJCE 2 nov. 1993, C 267 et 368/91, *Rec.* I.6097). La Cour ne se vante pas toujours de dire le droit d'aujourd'hui autrement qu'hier. A chacun de découvrir les changements.

Dans un arrêt du 27 février 1995, la Chambre criminelle, respectueuse de la primauté du droit communautaire, vient de rappeler encore récemment l'effet abrogatif de ce droit lorsque la législation nationale est incompatible avec ses dispositions (Cass. crim. 17 oct. 1994, *D.* 1995.IR.26). Par la même occasion, elle prend une position courageuse en rappelant la jurisprudence *Cassis* de Dijon et le principe de la reconnaissance mutuelle, tandis que la Cour de justice, insistait une fois de plus de son côté sur la nécessité pour le juge national « d'omettre d'appliquer » (*sic.*) une réglementation contraire au droit communautaire (CJCE 4 juin 1992, C 13 et 113/91, *Debus c/ Pretore di Pordevone et di Vigevano*, *Rec.* I.3617).

Il s'agissait cette fois de pralines belges, spécialité typique de nos voisins bruxellois et qui depuis des décennies sont, dans le respect d'un décret royal, traditionnellement fabriquées avec adjonction d'acide sorbique limitée à ce qui est technologiquement indispensable à la conservation des fourrages à la crème fraîche de ces confiseries.

Les importateurs français se sont trouvés poursuivis pour tromperie et détention de denrées falsifiées, parce que cet additif n'était pas prévu par la réglementation française pour la conservation de ce type de denrées alimentaires, ce qui risquait de compromettre les importations de ces produits concurrents dangereux pour les chocolats classiques.

Deux problèmes se posaient, sur lesquels la cour d'appel avait passé outre :

1. Y avait-il en France au moment des faits une procédure d'autorisation d'emploi des additifs ? Il en existait bien une, prévue par une circulaire, mais présentait-elle toutes les garanties nécessaires pour préserver les droits des importateurs de ces produits sans constituer une mesure d'effet équivalent incompatible avec l'article 30 du Traité ?

Cette procédure a été en quelque sorte codifiée depuis lors, et le problème se posera à l'avenir dans des conditions différentes.

2. La Cour de cassation oblige la cour de renvoi à rechercher « si en dehors des travaux scientifiques réalisés en France, les résultats de la recherche internationale justifiaient l'interdiction d'un additif autorisé au sein de la Communauté européenne en raison de son utilité technologique et de son absence de risque pour la santé ». Seule une réponse affirmative permettrait à la France d'invoquer l'article 36 du Traité et la protection du consommateur français pour s'opposer à l'entrée des pralines belges.

Depuis lors, une directive a été adoptée, qui facilite l'utilisation de l'acide sorbique (dir. 92/2/CE 20 févr. 1995, *JOCE* 18 mars 1995, L 61/1).

L'arrêt du 27 avril 1995 ne peut pas passer inaperçu à deux points de vue :

1. Il redéfinit restrictivement le pouvoir résiduel des Etats membres dans le domaine de la réglementation nationale des produits, obstacle potentiel à l'entrée des produits importés, pour empêcher la régionalisation de la réglementation et le cloisonnement des marchés qui en est la conséquence. Même si la réglementation nationale prévoit une procédure d'autorisation, celle-ci doit présenter des garanties suffisantes : simplicité de l'agrément, voie de recours rapide en cas de refus administratif, proportionnalité des exigences restrictives par rapport à l'objectif à atteindre.
2. Il remet à la mode le principe de la reconnaissance mutuelle qui avait été abandonné au profit de la nouvelle approche et dans lequel certains croient retrouver les bienfaits du principe de subsidiarité. On peut se demander si la Chambre criminelle n'a pas voulu faire un clin d'œil à la cour de renvoi en choisissant celle de Dijon, Cassis et jurisprudence y attachée obligent !...

B. – Discrimination à rebours. Directive 82/489-CEE concernant le droit d'établissement et de libre prestation de services des coiffeurs. Procédure pénale contre un ressortissant français. Exigence d'un diplôme dont les ressortissants des autres Etats membres sont dispensés. Question de droit interne

La discrimination à rebours est un phénomène qui a été mis en évidence en France à la suite de la condamnation par la Cour de justice des Communautés européennes de la réglementation française relative à la publicité des boissons alcooliques, considérée comme discriminatoire pour les produits similaires en provenance des autres Etats membres (CJCE 10 juill. 1980 – *République française c/ Commission*, D. 1982, 141, note Bergères ; 14 déc. 1982, D. 1983.425, note Chevallier et Constantinesco).

Les annonceurs de produits anisés français se retrouvaient alors défavorisés par rapport aux whiskies, d'autant plus que des poursuites pénales continuaient à être engagées contre eux sur le fondement de l'article 17 du code des débits de boissons déclaré incompatible avec l'article 30 du Traité et qui ne pouvait être opposé aux annonceurs des produits étrangers.

Comment s'en sortir ? La Chambre criminelle de la Cour de cassation allait décider que la réglementation pénale française devait dans ce cas être écartée pour rétablir en quelque sorte l'équilibre entre concurrents traités de façon inégale pour des agissements similaires.

La Cour de justice vient de prendre parti à nouveau, ou plus exactement de dire qu'elle n'avait pas à prendre parti.

Il s'agissait de ressortissants français exerçant le métier de coiffeur, poursuivis devant le tribunal correctionnel pour ne pas avoir justifié d'un diplôme exigé par la réglementation nationale. Comme ce diplôme n'est pas demandé aux ressortissants des autres Etats membres, les coiffeurs français se plaignaient d'une discrimination à rebours, fractionnant injustement le grand marché. La Cour de cassation avait passé outre à l'objection et continué à exiger le diplôme pour les Français (Cass. civ. 10 mars 1993, D. 1993.IR.87).

La Cour, dans un arrêt du 16 février 1995 (Aubertin, C 29-94 à C 35-94 non publié), vient de dire pour droit que ces situations ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire, et que les règles du Traité sur la liberté d'établissement ne sont pas par conséquent applicables :

le droit communautaire doit être interprété en ce qu'il « ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui exige des ressortissants de cet Etat membre la possession d'un diplôme, alors qu'elle permet aux ressortissants des autres Etats membres d'exercer la même activité sans en être titulaires ou sans confier l'exploitation à un gérant technique titulaire de ce diplôme ».

L'avocat général C.O. Lenz, dans ses conclusions du 15 décembre 1994, avait suggéré à la Cour de répondre que, de façon plus générale, une discrimination à rebours créée par une réglementation nationale « constitue une situation purement interne à laquelle le droit communautaire n'est pas applicable ».

Autrement dit, en droit communautaire, un Etat membre n'a pas le droit de défavoriser un produit en provenance d'un autre Etat membre par rapport au produit national. C'est un problème interne s'il défavorise un produit national par rapport au produit importé (à condition qu'il entre dans son pouvoir résiduel de continuer à mettre en place ou à maintenir une réglementation nationale).

La Cour de justice y avait déjà fait allusion dans l'affaire de la législation italienne relative aux pâtes alimentaires et au composant blé dur imposé en soulignant que le droit communautaire n'exigeait pas que l'Italie abroge sa loi en ce qui concerne les producteurs établis sur son territoire mais ne l'étende pas aux importations (CJCE 14 juill. 1988, aff. 407/85, *Drei Glocken c/ USL Centro Sud*, Rec. 4233, point 24).

Tant pis pour l'économie d'un Etat membre et ses entreprises s'il ne rétablit pas l'égalité en modifiant sa propre législation.

Tant pis si la rigueur mal appliquée de la législation sur la publicité des boissons alcooliques (loi Evén) se retourne contre les producteurs français à l'occasion de la retransmission des épreuves sportives puisque seule la publicité de leurs concurrents étrangers pourra apparaître, la leur devant être rigoureusement occultée.

Rien n'empêche en droit communautaire un Etat membre de maintenir en vigueur sa réglementation nationale quand elle défavorise ses propres producteurs, à condition qu'elle ne nuise pas aux importateurs (CJCE 14 juill. 1988 préc.).

On peut être, en politique, masochiste ou maladroit. Au choix.

C. - Publicité mensongère. Annonceur. Obligation de vérification. Changement de direction. Fonction exercée au cours de la période visée à la prévention. Délit constitué

La FNAC avait diffusé un dossier technique vantant les performances d'un lecteur de compact-disque qui ne correspondait pas à la réalité. Il était fait grief au dirigeant, pénalement responsable de la FNAC, de n'avoir pas vérifié la sincérité et la véracité du message avant d'en assurer la diffusion.

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 14 décembre 1994 (X 92-85557 PF), considère que c'est à bon droit que les juges sont entrés en condamnation en l'état de motifs qui caractérisaient la négligence du prévenu.

Celui-ci, qui n'était pas en fonction au moment où la brochure avait été diffusée, faisait valoir qu'il n'en était pas l'inspirateur et qu'il n'avait pas eu à contrôler sa création.

La Cour de cassation rejette le moyen dès lors qu'il résulte de l'arrêt de la cour d'appel que la société annonceur a continué à assurer la diffusion de la publicité incriminée après que le prévenu en eut été nommé dirigeant.

La situation est apparemment différente de celle dans laquelle le dirigeant social prétend qu'il ne peut pas tout contrôler par lui-même et qu'il a délégué son autorité.

Il résulte de cet arrêt que celui qui a la charge de vérifier l'exactitude des messages de l'entreprise est responsable, dans le cas où ils se révéleraient de nature à induire

en erreur le consommateur, à tout moment depuis la création de l'annonce jusqu'à la fin de son exploitation.

La protection des consommateurs doit être assurée tout au long de la communication. Cependant si l'élaboration du message repose sur des éléments techniques complexes qui nécessitent une étude scientifique préalable, ce serait à la personne de confiance qui a créé le message contesté de répondre de sa véracité.

Le fond du problème est le même qu'en matière de délégation d'autorité.

D. – Tromperie. Responsabilité du dirigeant social et délégation d'autorité

Le président d'une société de fabrication de conserves alimentaires avait été condamné pour tromperie en qualité de dirigeant social, pénalement responsable en tant que tel, à raison de la composition des produits bien qu'il ait démontré qu'un autre mandataire social, le directeur général, remplissant les fonctions de chef de fabrication, était chargé de la vérification de la composition des produits et de leur livraison au public.

Pour entrer en condamnation, la cour de Bordeaux avait considéré que « *responsable de la société, il ne pouvait ignorer les méthodes de ses subordonnés* ».

Dans un arrêt du 14 mars 1994 (W 89-86050 D, inédit), la Chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel au motif que la motivation ne répondait pas aux conclusions du prévenu qui arguait d'une délégation d'autorité.

La rédaction de l'arrêt cassé était particulièrement pernicieuse dans la mesure où elle présumait coupable le chef d'entreprise parce qu'il aurait « dû » connaître les comportements de ses subordonnés, postulat dont l'application n'était étayée par aucun élément de preuve.

Nous n'avons cessé, pendant des années de nous élever contre la négation de la réalité économique de l'entreprise contemporaine dont la dimension et la complexité ne permettent pas d'exiger du dirigeant social qu'il sache tout ce qui se passe par lui-même directement, et à qui il devrait être reproché au contraire de ne pas déléguer quand il n'a pas le moyen d'exercer un contrôle personnel (nos obs. cette *Revue*, 1988, p. 810 et les renvois).

La Cour de cassation, dans quatre arrêts du 11 mars 1993 (*RJDA* 1993, n° 470, p. 387), a fini par se laisser convaincre et a fait preuve de réalisme en écartant la responsabilité pénale du chef d'entreprise qui justifie, sauf si la loi en dispose autrement, avoir délégué ses pouvoirs à une personne munie de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. La Cour tient à poser le principe que la responsabilité du fait d'autrui ne peut être retenue contre lui quand il n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction.

Cette jurisprudence raisonnable constitue un important revirement. Elle balaye les erreurs entêtées dont témoigne une chaîne d'arrêts antérieurs, affichant mécaniquement les idées obsolètes du XIX^e siècle dans le confort d'une hérésie économique répétitive. Et tant pis pour ceux, victimes d'une thèse aujourd'hui condamnée, qui ont été, eux, condamnés sans revirement possible. Ils pourront toujours se consoler en se disant que, s'ils avaient été jugés quelques années plus tard, ils auraient été félicités... ou simplement relaxés.

Sur renvoi, par un arrêt en date du 10 novembre 1994, la cour de Toulouse a relaxé le président prévenu.

Infractions relevant du droit de l'information et de la communication

Jacques FRANCILLON

Professeur à la Faculté de droit Jean Monnet (Université Paris-XI)

Divulgarion non autorisée d'informations couvertes par un secret. Recel de photocopies d'avis d'imposition provenant d'une violation du secret fiscal. Exclusion de la qualification de recel d'informations.

Si l'on en croit un quotidien (*Libération* du 4 avr.), il y aurait deux manières de lire l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 3 avril 1995 (JCP 1995.II.22429, note Derieux ; *Gaz. Pal.* 24-25 mai 1995, p. 13, note Périer-Daville), l'une optimiste, l'autre non : il serait désormais permis de publier des informations couvertes par un secret, mais interdit de détenir les documents qui les contiennent. L'arrêt traduit pourtant une vue encore plus pessimiste des choses, car il semble bien avoir voulu souligner qu'en publiant de telles informations les journalistes le font à leurs risques et périls. Prétendre, ainsi que l'assure un autre quotidien (*Le Monde* du 5 avr.), que cela revient à « mettre en cause le droit d'informer » dans une démocratie « malade du secret », c'est s'exposer à un autre risque : qu'un lecteur vienne opportunément rappeler (*Le Monde* des 16 et 17 avr.) que loin de concevoir la liberté d'information comme un droit absolu, l'article 10-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales met l'accent sur les devoirs et les responsabilités qu'implique l'exercice de cette liberté, cet exercice pouvant être soumis par la loi à certaines restrictions ou sanctions ; or, parmi les motifs justifiant une ingérence des autorités publiques, figure la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles.

Seule une lecture correcte de l'arrêt peut donc permettre d'en dégager l'exacte portée. Celle-ci ne se limite pas aux atteintes à des secrets fiscaux, comme en l'espèce. Elle concerne également la divulgation non autorisée d'autres secrets, parmi lesquels le secret des enquêtes et des instructions, dont on sait qu'il fait aujourd'hui l'objet de violations répétées (A). L'intérêt de la décision réside, en outre, dans l'affirmation – à vrai dire assez inattendue en l'occurrence car elle n'était pas indispensable à la solution – qu'une information seule ne peut faire l'objet d'un recel (B).

A. – Le choix de la qualification de *recel de photocopies* provenant d'une violation de secret fiscal était commandé par les circonstances de l'espèce. A l'occasion d'un conflit social auquel la direction d'une grande firme automobile française se trouvait confrontée, un hebdomadaire satirique n'avait pas hésité à reproduire, en fac-similé, des extraits de plusieurs avis d'imposition du président de cette société. Les pièces fiscales étaient parvenues au journal en photocopie sous pli anonyme et leur authenticité avait été vérifiée. Elles faisaient apparaître de façon fort opportune – ou inopportune (c'est selon) – l'écart entre l'augmentation de la rémunération du président sur deux ans (46 %) et la progression de salaire sollicitée par le personnel mais refusée par la direction (environ 2 %). L'intéressé ayant porté plainte, le parquet de Paris avait ouvert une information judiciaire pour vol, violation de secret professionnel, soustraction d'acte ou de titres par fonctionnaire et recel. Renvoyés devant le tribunal correctionnel sous la double qualification de recel d'informations provenant d'une violation de secret professionnel par fonctionnaire et recel de photocopies provenant d'un vol, le signataire de l'article et son directeur de publication avaient été relaxés, faute pour la partie

poursuivante d'avoir pu identifier l'auteur des fuites ou établir les circonstances exactes de la reproduction des documents. Ecartant l'hypothèse d'un vol (alarme non déclenchée et absence d'effraction du local et de l'armoire où était conservé le dossier), l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris en avait conclu que la divulgation des documents litigieux ne pouvait être imputée qu'à un fonctionnaire connaissant le service, ce qui justifiait de retenir l'infraction prévue par l'article L 103 du Livre des procédures fiscales. Pour rejeter le pourvoi qui mettait l'accent sur le caractère hypothétique d'une telle déduction, la Chambre criminelle se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond établissant l'origine de la divulgation (par un agent des services fiscaux) et la violation d'un secret professionnel (au sens du texte précité). Par ailleurs, elle laisse sans réponse l'argument selon lequel la publication d'éléments du patrimoine d'une personne « menant une vie publique ou parapublique » ne relèverait pas de sa vie privée, un tel grief étant manifestement infondé puisque la protection du secret fiscal n'est pas réservée aux personnes physiques. Enfin, pour retenir la responsabilité pénale du directeur de publication et du journaliste, elle s'appuie encore sur les constatations de la cour d'appel faisant ressortir que ni l'un ni l'autre des deux prévenus n'ignoraient l'origine délictueuse des documents publiés (le premier pour avoir pris connaissance de l'article et des pièces litigieuses et délivré personnellement le « bon à tirer », le second pour avoir vérifié l'authenticité de ces pièces), l'élément intentionnel du délit étant par suite caractérisé à leur égard.

Il est vrai que l'auteur de la communication initiale n'avait pu être identifié. Le délit de l'article L 103 étant lié à la qualité de la personne qui le commet, le pourvoi en tirait argument pour obtenir la cassation. Mais ce moyen ne pouvait prospérer en présence des constatations des juges du fond qui établissaient l'existence de l'infraction d'origine et la connaissance qu'en avaient les prévenus. On sait, en effet, qu'il importe peu que les circonstances du délit d'où provient la chose recelée n'aient pas été entièrement éclaircies (Crim. 10 oct. 1972, *Bull. crim.* n° 277) ; il n'est d'ailleurs pas rare que des condamnations pour recel soient prononcées alors que l'auteur de l'infraction primaire est demeuré inconnu (V. déjà Paris, 10 janv. 1980, *UCIP*, approuvé par Crim. 12 janv. 1981, *Bull. crim.* n° 5). Ainsi, dans un important arrêt du 13 mai 1991 (*Derieux et autres*, *Bull. crim.* n° 200 ; cette *Revue* 1992.312, obs. Delmas Saint-Hilaire ; *D.* 1993, somm. 17, obs. Azibert), la Chambre criminelle a-t-elle rejeté le pourvoi formé contre une décision rendue à la suite de la publication de photographies dont les négatifs provenaient des services de l'identité judiciaire et de la gendarmerie (mort de Jacques Mesrine et affaire dite du « japonais cannibale »). La cour d'appel avait souverainement estimé, sur la base des déclarations de l'un des prévenus, journaliste, établissant qu'il tenait ces pièces de fonctionnaires de police, que la communication des documents litigieux ne pouvait avoir eu lieu qu'en violation de l'article 11 du code de procédure pénale et qu'en conséquence le délit de recel était caractérisé dans tous ses éléments. Il n'en demeure pas moins que l'identité de ces fonctionnaires n'avait pas été établie et que, par suite, la question de savoir si la remise des négatifs était imputable à des personnes ayant *concouru* à la procédure d'enquête ou d'instruction – ainsi que l'exige la loi – n'avait pu être pleinement éclaircie (Comp. Paris, 11^e Ch., 11 mai 1989, *JCP* 1989.IV.370, mais dont la relaxe est fondée sur le fait que « rien n'établit » que la divulgation de la photocopie litigieuse émanait d'une personne dépositaire par son état du secret professionnel dont il était question en l'espèce).

Il apparaît donc que les exigences légales relatives à la qualité professionnelle d'où découle l'obligation au secret – dont les tribunaux ne sauraient évidemment s'affranchir – ne constituent pas des obstacles insurmontables pour caractériser un recel. Que l'admission d'une telle qualification rende désormais la presse vulnérable (obs. Delmas Saint-Hilaire préc.) et condamne les excès du journalisme d'investigation ne nous choque nullement. Certes, l'évolution des mentalités pourrait conduire à accepter plus de transparence dans la vie économique, sociale et politique. Mais aussi longtemps

que la loi reconnaîtra l'utilité sociale de la confidentialité et du secret, rien ne justifiera, selon nous, que les médias puissent impunément empiéter sur les domaines réservés à la vie privée ou à la défense nationale et dévoiler des secrets fiscaux, bancaires ou judiciaires au détriment de l'ordre public et des droits des tiers (*Adde* : Mayer, L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction, *D.* 1995. chron. 80 ; note Périer-Daville *prec.*, p. 16).

Il est d'ailleurs paradoxal que la presse revendique l'effacement des secrets à un moment où elle vient d'obtenir satisfaction en ce qui concerne la protection de la confidentialité de ses sources d'information (C. pr. pén., art. 109, al. 2, résultant de la loi du 4 janv. 1993. – V. notre étude, *Le secret professionnel des journalistes*, *Mélanges en l'honneur de Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 127 et s.). Le prétendu dilemme dans lequel se trouveraient enfermés les journalistes – être considérés comme des diffamateurs s'ils publient des informations confidentielles sans preuves ou comme des receleurs s'ils détiennent de telles preuves (qui s'ajouterait au dilemme résultant de l'obligation déontologique de ne pas révéler leurs sources : V. Barrelet, *Le journalisme d'investigation* devant la loi pénale, *Revue pénale suisse* 1990.329, spéc. p. 340 et s.) – n'est qu'une fausse apparence. Car déjà dans le passé, en matière de diffamation, la jurisprudence n'a pas hésité à les priver du moyen de défense consistant à produire aux débats des pièces d'une instruction en cours qui leur seraient parvenues « par un moyen inconnu du code de procédure pénale » (Crim. 10 déc. 1985, *Bull. crim.* n° 397) ; et quand elle s'est montrée moins exigeante, c'est que les procédés d'investigation utilisés, quoique déloyaux, ne caractérisaient aucune infraction pénale (Crim. 18 nov. 1986, *ibid.*, n° 345). Certes, en dehors des procès de cette sorte, la Chambre criminelle n'est pas toujours animée des mêmes scrupules ; ainsi lorsque des preuves communiquées par une partie civile sont déclarées recevables alors qu'elles ont été obtenues de façon illicite ou déloyale, y compris au moyen d'une infraction pénale (Crim. 28 avr. 1987, *Bull. crim.* n° 173 ; 11 févr. et 23 juill. 1992, *ibid.*, n° 66 et 274, *D.* 1993. somm. 206, obs. Pradel ; 6 avr. 1993, *JCP* 1993.I.22144, note critique Rassat ; 15 juin 1993, *Bull. crim.* n° 210 ; *D.* 1994.613, note Mascala ; 6 avr. 1994, *Bull. crim.*, n° 136, *Gaz. Pal.* 20-21 juill. 1994, obs. Doucet. – *Adde* : Lesclous et Marsat, *Dr. pénal* 1993.chron.6 et 1994.chron.12 et 63. – Comparer : Soc. 20 nov. 1991, *D.* 1992.73, concl. Chauvy). Il y a néanmoins peu de chances de voir évoluer la jurisprudence dans un sens favorable à la presse quand on sait que le législateur pourrait lui-même être tenté de renforcer le secret des enquêtes et des instructions en vue de mettre un terme à de trop fréquentes dérives. Ainsi le Rapport de la mission d'information de la commission des lois du Sénat (avril 1995) propose-t-il d'incriminer non seulement la publication de tout ou partie d'une pièce d'un dossier d'instruction, mais également le fait d'en faire « publiquement état » avant l'audience (Bérard et Jolibois, *Justice et transparence, Les rapports du Sénat* n° 247, 1994-1995). La Commission Justice pénale et droits de l'homme faisait d'ailleurs figurer le secret de l'instruction et ses violations parmi les questions-clés de la procédure pénale (*La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991, p. 63 et s.) et plaçait en tête de ses propositions le principe selon lequel « les investigations menées par la police et par le ministère public sont secrètes » (p. 186). Si une refonte des règles en rapport avec le secret de l'instruction et la présomption d'innocence devait intervenir un jour, il est fort probable qu'elle ne se ferait pas dans le sens d'un élargissement des pouvoirs de la presse en matière judiciaire. Une telle extension serait du reste choquante ; en effet, il convient de rappeler qu'aujourd'hui encore le secret de l'instruction couvre les copies du dossier même dans les rapports entre l'avocat et son client (C. proc. pén., art. 114, al. 4), copies qui ne peuvent ni être remises à ce dernier (Cass. Ass. plén., 30 juin 1995), ni être produites pour assurer sa défense dans une autre procédure (Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1993, *Bull. civ.* I, n° 290).

L'arrêt commenté se situe dans la ligne de cette jurisprudence et de ces propositions de réforme. Il rappelle en effet, dans une formulation relativement générale, que le fait de divulguer des informations en violation d'un secret n'échappe pas à la loi pénale,

contrairement à ce que soutenait le demandeur au pourvoi, mais qu'il relève, en cas de contestation, des lois sur la presse ou la communication audiovisuelle. En revanche, précise-t-il encore, ces informations ne tombent pas, en tant que telles, sous le coup des dispositions du droit commun incriminant le recel.

B. – L'exclusion du recel d'informations constitue l'apport majeur de l'arrêt du 3 avril 1995. Celui-ci a pour principal mérite de clarifier une situation jusqu'à présent confuse et de le faire dans des termes suffisamment généraux pour qu'on lui reconnaisse l'autorité d'une décision de principe.

Il est tout d'abord hors de doute qu'en faisant porter le recel sur le support de l'information (les photocopies) et non sur l'information elle-même (le secret fiscal), la Chambre criminelle ne contredit nullement la lettre de l'ancien article 460 du code pénal (« choses... obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit »). La référence à la disposition correspondante du nouveau code pénal – habituelle depuis le 1^{er} mars 1994 – n'est pas destinée à faire rétroagir ce dernier texte, contrairement à ce que soutenaient implicitement les demandeurs au pourvoi en visant les articles 7 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou à interpréter l'ancien texte à la lumière du nouveau (note Derieux précitée). Elle n'a d'autre objet, en réalité, que d'anticiper sur la solution des difficultés d'interprétation à venir en restreignant d'ores et déjà le champ d'application de l'article 321-1, alinéa 2, du code pénal. La formulation de cet article (« bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit »), reprise du reste de la jurisprudence antérieure (V. not. : Crim. 9 juill. 1970, arr. *Lefèvre*, *Bull. crim.* n° 236, *D.* 1971.3, note Littmann, *JCP* 1971.II.16616, note Bénabent, *Gaz. Pal.* 1970.2.217, note J.-P. D. ; 7 nov. 1974, arr. *Maillot*, *Bull. crim.* n° 323, *D.* 1974, somm. 144, *Gaz. Pal.* 1975.1. somm. 96 ; 24 août 1981, *JCP* 1982.II.19801, note Allix ; cette *Revue* 1982.620, obs. Bouzat), suscite en effet en doctrine des interrogations inquiètes (Véron, *Droit pénal spécial*, Masson, 4^e éd. 1994, p. 222), voire de sérieuses critiques (V. en dernier lieu : Rassat, *Infractions contre les biens et contre les personnes dans le nouveau code pénal*, coll. Dalloz service, 1995, n° 131). L'un des mérites de l'arrêt commenté est d'y répondre dans des termes dépourvus d'équivoque, la Chambre criminelle approuvant la cour d'appel d'avoir déclaré les prévenus coupables du « seul recel de photocopies », constaté la « détention par les prévenus de documents » d'origine délictueuse et écarté « à bon droit » la prévention de recel d'informations retenue par le juge d'instruction dans son ordonnance de renvoi ; étant encore précisé par cet arrêt de rejet que l'article 460 alors applicable ne réprime « que le recel de choses ». Quant à la qualification de complicité de violation de secret fiscal par aide ou assistance (note Derieux précitée), elle ne pouvait qu'être écartée, le fait matériel consistant à publier les documents litigieux n'étant pas antérieur ou concomitant au fait principal.

La Haute juridiction aurait pu s'en tenir là. Mais le pourvoi s'était situé, de surcroît, sur un autre terrain. Il faisait grief à la cour d'appel de s'être contentée de ladite *publication* pour caractériser l'élément matériel de détention propre au délit de recel. Il donnait ainsi l'occasion à la Chambre criminelle de prendre position sur la question controversée du statut de l'information en droit pénal.

A cet égard, le contraste avec sa jurisprudence antérieure est net. Un bref rappel en témoigne. D'abord en ce qui concerne la qualification de recel : l'arrêt *Maillot* précité du 7 novembre 1974 a considéré comme receleur un individu qui avait accueilli en connaissance de cause et mis en œuvre des renseignements frauduleusement communiqués sur un secret de fabrication, tandis que l'arrêt *UCIP* précité du 12 janvier 1981 a approuvé la condamnation pour recel de vol d'un salarié qui avait produit en justice contre son employeur des photocopies d'un document bancaire préalablement dérobé par un tiers ; quoique moins explicite que le précédent (Culioli, *Juris-classeur Pénal* V° Recel, Art. 460, Fasc. 2, n° 108), ce dernier arrêt a néanmoins été interprété par un auteur (Lucas de Leyssac, chronique au *D.* 1985.43, spécialement n° 40) comme admettant lui aussi un recel d'information seule, opinion fondée sur le

décalage existant entre l'objet de l'infraction primaire (le document original volé) et l'objet du recel (la photocopie de ce document). En ce qui concerne ensuite les qualifications de vol et d'abus de confiance : si, dans un premier temps, la Chambre criminelle est restée prudente, d'abord avec l'arrêt *Logabax* du 8 janvier 1979 (*Bull. crim.* n° 13 ; *D.* 1979.509, note Corlay, et *IR* 182, obs. Roujou de Boubée ; *Gaz. Pal.* 1979.2.501 ; cette *Revue* 1979.571, obs. Bouzat) qui se contentait d'une soustraction du support matériel de l'information pendant le temps nécessaire à sa reproduction, ensuite avec l'arrêt *Moizeau* du 9 mars 1987 (*Bull. crim.* n° 111 ; *Lamy droit de l'informatique* 1987, mise à jour E, p. 6, obs. Devèze) qui ne faisait porter le détournement au sens de l'ancien article 408 du code pénal que sur l'écrit, « non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique », en revanche, dans un second temps, elle a adopté une solution audacieuse, l'arrêt *Bourquin* du 12 janvier 1989 (*Bull. crim.* n° 14 ; *Gaz. Pal.* 1989.2, somm. 283 ; cette *Revue* 1990.507, chron. Lucas de Leyssac) approuvant une cour d'appel qui avait déclaré les prévenus coupables du « vol du contenu informationnel » de disquettes, étant toutefois observé que la condamnation prononcée portait, en outre, sur le vol des disquettes elles-mêmes ; il est vrai que cette décision n'a reçu par la suite aucune confirmation formelle (Comp. Crim. 1^{er} mars 1989, *Antonoli*, *Bull. crim.* n° 100 ; *D.* 1990, somm. 330, obs. Huet ; 3 mars 1992, *Dr. pénal* 1992, comm. 254, obs. Véron ; *D.* 1994, somm. 157, obs. Roujou de Boubée, le premier de ces arrêts étant plus ambigu que l'arrêt *Bourquin*, et le second privilégiant nettement le support sur l'information seule) et semble même avoir été démentie par l'arrêt *Tondoux* du 12 décembre 1990 (*Bull. crim.* n° 430 ; *D.* 1991.364, note Mirabail ; *Gaz. Pal.* 1992.1.111 ; cette *Revue* 1992.84, obs. Bouzat) qui analyse des communications téléphoniques comme des prestations de service insusceptibles de vol. La position adoptée par la Cour de cassation sur le sujet était donc, pour le moins, empreinte d'un certain flou (Comp. la position ferme de la cour de Paris : l'arrêt du 24 juin 1987, *aff. Canal Plus*, refuse d'admettre qu'un programme de télévision cryptée à régie puisse faire l'objet d'un vol, et un autre arrêt, encore plus net, du 25 nov. 1992, refuse d'assimiler à une soustraction un copiage de données informatiques sur des disquettes. – V. *Lamy droit de l'informatique* 1995, n° 2210 et 2231).

L'arrêt du 3 avril 1995 tranche dans le vif et met un terme à ces errements jurisprudentiels : « une information, quelle qu'en soit la nature et l'origine, échappe aux prévisions tant de l'article 460 (ancien) que de l'article 321-1 (nouveau) du code pénal ». On ne saurait être plus catégorique. Il est vrai que la décision concerne apparemment le seul délit de recel ; en réalité, sa portée ne peut être que plus large (en ce sens Weber, Vol et recel d'informations. Une décision : deux enterrements ? *Expertises* mai 1985, p. 189).

La solution retenue est à rapprocher de l'analyse de la notion de recel que proposait Vouin (Le recel et la détention de la chose, *D.* 1972, chron. 281). Sans être défavorable à la conception du recel-profit à laquelle adhérerait la jurisprudence, l'éminent auteur en subordonnait néanmoins l'application à une condition sans laquelle, selon lui, un recel ne saurait se concevoir : la détention d'un objet. A l'appui de sa démonstration, il envisageait l'hypothèse d'une violation de secret professionnel et admettait que la détention constitutive du fait matériel de recel pût porter sur une photocopie du document sur lequel le délit préalable avait été commis. Or, poursuivait-il, « il y a certainement détention dans le fait de l'éditeur ou directeur de publication qui, l'ayant reçue, reproduit la photocopie dans son imprimé, par le texte seul ou par l'image (c'est nous qui soulignons). L'usage, dans son cas, implique toujours et nécessairement une détention ». Cette manière de voir prend évidemment un relief particulier au vu de la décision commentée.

Mais il y a plus : la dématérialisation du recel n'est pas sans limite, nous dit la Cour de cassation. Le nouvel article 321-1, alinéa 2, du code pénal serait ainsi à interpréter de la manière suivante : il ne se bornerait pas à faire du receleur un simple profiteur, mais exigerait que le profit soit en quelque sorte qualifié. De fait, selon les termes de la loi, ce profit doit consister en un « produit » et être obtenu par un « moyen », autant

d'expressions qui traduisent l'exigence de matérialité inhérente à la caractérisation du délit de recel. Dès lors, l'information étant par essence du domaine de l'immatériel et ne pouvant constituer à elle seule le produit tangible d'un crime ou d'un délit, elle ne saurait être, en tant que telle, qu'étrangère au recel. Quant à l'exploitation de l'information (par voie de publication ou autrement), elle ne matérialiserait le « bénéfice » au sens du nouvel article 321-1 qu'à la condition de porter sur un produit de cette nature (c'est-à-dire sur un bien corporel puisque, selon l'arrêt, l'information « échappe aux prévisions » du texte), les deux conditions – moyen et produit – auxquelles ce bénéfice est subordonné étant en effet cumulatives.

Sur un plan de politique criminelle, cette dernière interprétation peut sembler exagérément restrictive. L'exclusion du recel d'information ne risque-t-elle pas, en définitive, d'affaiblir la répression, contrairement à l'objectif poursuivi qui est de « faire le vide » autour du voleur (en l'occurrence du violateur) ? Il est à craindre par exemple que le tiers bénéficiaire d'un secret de fabrique n'échappe désormais à la répression, à moins que le secret ne soit révélé par écrit (Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz 1991, n° 380 *in fine*). Certes, dans l'affaire *Maillot* précitée, l'entreprise concurrente ne s'était pas bornée à « accueillir » les renseignements litigieux ; elle les avait « mis en œuvre » en commercialisant sur le marché un produit aux caractères semblables à celui dont le secret de fabrication avait été frauduleusement communiqué. Mais une telle constatation serait-elle aujourd'hui suffisante pour caractériser un recel ? Il est permis de s'interroger sur la portée exacte de l'arrêt, surtout quand on sait qu'il ne retient cette qualification, en l'espèce, *que* dans la mesure où il y a eu détention d'un document d'origine frauduleuse, et qu'il ajoute – en réponse à l'un des moyens du pourvoi (V. *supra*) – qu'en dehors de cette hypothèse la publication d'une information dans un journal, même s'il s'agit d'une information protégée par un secret, ne peut relever *que* de dispositions légales spécifiques. Pourtant, ni la lettre, ni l'esprit de l'article 321-1, alinéa 2, du code pénal ne semblent interdire une interprétation plus compréhensive que celle qu'en donne la Haute juridiction. La même difficulté surgit avec le délit des initiés : *quid* du confident qui, fort de l'information privilégiée qu'il a reçue, réalise une opération en bourse ? La qualification de recel était unanimement admise jusqu'à présent en doctrine (Bézar, *Jurisclasser Pénal Annexe*, 1987 ; Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, 3^e éd. 1990, t. 2, p. 195 ; Jeandidier, *op. cit.*, n° 129. – Adde Larguier, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 8^e éd. 1992, p. 197, note 2). Or, il est difficile d'imaginer que le bénéficiaire final de l'opération, dès lors qu'il ne pourrait être atteint comme complice, puisse échapper à la répression. Un souci de pragmatisme et d'efficacité impose donc d'affiner les critères en vue de mieux distinguer, ainsi que le suggère un auteur, entre le *comportement profiteur*, qui suffirait à caractériser un recel, et la *situation profitante*, qui, à l'inverse, exclurait cette qualification (Abdelmoneim, *La notion de détention de choses ou de biens d'origine infractionnelle*, thèse, Grenoble, 1991. – Rapp. Lucas de Leyssac, *chron. préc.* au *D.* 1985, n° 41, qui subordonne l'admission de la qualification de recel à une traduction matérielle de la détention purement intellectuelle du secret, mais sans préciser à partir de quel seuil de matérialité cette exigence serait satisfaite).

L'affirmation selon laquelle une information seule, détachée de son support matériel, ne peut être l'objet d'un recel ne mérite pas moins l'approbation dans la mesure où, de manière plus générale, elle conduit à étendre cette exclusion aux autres infractions contre les biens et condamne la thèse de l'assimilation d'une information à un bien susceptible d'appropriation. Les arguments des adversaires de cette thèse sont connus. Outre le fait qu'il serait plus rationnel de commencer par trancher la question du statut de l'information sur le terrain du droit civil, il n'est pas souhaitable d'étirer les qualifications pénales de droit commun au-delà de ce qu'autorise le principe de légalité criminelle (Rapp. : C. pén., art. 311-2, qui assimile au vol la soustraction frauduleuse d'énergie, mais non d'information ; art. 313-1, prévoyant toutefois qu'une escroquerie peut porter sur la fourniture d'un service). Il est au surplus dangereux de prendre le risque de déstabiliser

le droit des propriétés intellectuelles (Comp. chron. préc. Lucas de Leyssac, cette *Revue*, p. 507, spéc. p. 516) en étendant la soustraction à la reproduction d'informations et en remettant ainsi en cause les « frontières jusqu'à présent étanches » (*ibid.*) entre la contrefaçon et le vol (V. cependant *infra*, *in fine* en ce qui concerne plus particulièrement le recel). Il faut enfin souligner qu'un monopole d'exploitation ou un secret protégé ne confèrent pas un monopole de la connaissance de l'information (Croze, note au *JCP* 1987.II.20788, n° 15) et ne font nullement obstacle au libre parcours des idées (Devèze, chron. au *JCP* 1985.I.3210). Les exigences d'une société démocratique et d'une économie libérale interdisent du reste qu'il en soit différemment. Il en résulte que l'information ne peut être efficacement protégée sur le plan pénal que par le biais de mécanismes adaptés aux particularités de sa captation et/ou de son exploitation.

L'arrêt commenté souligne la pertinence de ce point de vue. Il déclare en effet, rapelons-le, que le recel ne saurait porter directement sur l'information elle-même, quelle qu'en soit l'*origine* (c'est-à-dire l'infraction primaire : atteinte à un bien, à un secret, à l'intimité de la vie privée...) ou la *nature* (tous les fruits immatériels de l'activité humaine : logiciel, donnée, son, image, idée...), ce que seuls des dispositifs de protection spécifiques seraient en mesure de faire : diffamation ou publication de fausses nouvelles dans le secteur de la presse ou de la communication audiovisuelle ; contrefaçon de logiciel dans le domaine de l'informatique... Ce sont précisément de tels dispositifs – quand ils existent – qu'il s'agit de mettre en œuvre lorsque les qualifications de droit commun comme le recel ne permettent pas d'assurer une répression pourtant souhaitable.

En prenant cette option, la Chambre criminelle ne se met évidemment pas à l'abri des critiques. L'un des griefs qui pourraient lui être adressés est de ne pas avoir profité de l'occasion pour mieux cerner le concept d'information. Mais son silence est probablement voulu car, dès l'instant où l'information est dépourvue de toute aptitude à entrer dans la catégorie des biens, sa définition ne devient plus « juridiquement utile » ; seule compte alors la détermination des régimes de protection propres à telle ou telle situation (par exemple, le régime applicable aux programmes télédiffusés réservés à un public déterminé. – V. notre précédente chronique, cette *Revue* 1993.563). Il faut s'attendre également à un autre reproche : la solution retenue semblera frileuse, aux yeux de certains, compte tenu de la valeur patrimoniale et de l'utilité économique de nombre d'informations. Mais il est ici encore facile de rétorquer – à partir de l'observation selon laquelle les *res communis* (l'air, l'eau), choses précieuses entre toutes, sont pourtant exclues de la catégorie juridique des biens – que des critères de cette nature ne sauraient justifier, à eux seuls, une appropriation des informations (V. en dernier lieu sur ce vaste débat : Galloux, Ebauche d'une définition juridique de l'information, *D.* 1995, chron. 229, et les références doctrinales (*Adde* : Terré, *L'information ? Des libertés aux droits subjectifs*, Legipresse 1995.II.19)).

La situation actuelle est toutefois paradoxale. Au moment où la notion de recel-profit se trouve consacrée par la loi, la Chambre criminelle donne – tardivement – un brutal coup de frein. Etait-ce d'ailleurs le bon endroit pour le donner ? Les auteurs les plus réticents à l'égard de la théorie du « vol d'information » n'en avaient pas moins admis que le recel, délit de conséquence, donc non susceptible de perturber l'équilibre des propriétés intellectuelles, était la qualification la plus apte à incriminer les détournements ou usages abusifs d'informations. Autrement dit, une qualification « taillée sur mesure » (Champy, *La fraude informatique*, thèse, Aix-en-Provence, 1990, t. 2, spéc. p. 777 et 797, cet auteur fondant l'incrimination du recel plus sur l'idée de profit que sur celle d'atteinte à la propriété d'autrui. – Devèze, *Les qualifications pénales applicables aux fraudes informatiques*, in *Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication*. Economica 1986, p. 197). Mais peut-être ce vêtement a-t-il semblé encore trop large, le risque étant de faire du « recel d'information » une incrimination attrape-tout, ce qu'une société respectueuse de toutes les libertés ne peut tolérer. La sagesse commandait certainement d'écarter un tel risque.

Procédure pénale

Jean-Pierre DINTILHAC

*Avocat général près la cour d'appel de Paris
délégué à la Cour de cassation*

1. **COUR D'ASSISES. Interdiction de droits. Période de sûreté. Interdiction de séjour. Décision à la majorité absolue** (pourvois n° P 94-83.257 - arr. Ch. crim. du 1^{er} févr. 1995, n° Z 94-82.922 - arr. Ch. crim. du 8 févr. 1995 et P 94-82.153 - arr. du 8 févr. 1995)

Saisie, à quelques jours d'intervalle, de trois pourvois formés contre des arrêts de cour d'assises, la Chambre criminelle a pu ainsi livrer l'interprétation qu'elle entend donner à l'une des questions que soulève la suppression des circonstances atténuantes par la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal.

La loi dite d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992 a introduit dans le code de procédure pénale les modifications que rendait nécessaire la disparition des circonstances atténuantes dans le nouveau code pénal, notamment quant aux délibérations des cours d'assises.

C'est ainsi que l'article 362 du code de procédure pénale, texte relatif aux modalités selon lesquelles les cours d'assises doivent délibérer sur la peine, impose, par son deuxième alinéa, une majorité de huit voix au moins pour que soit prononcé le maximum de la peine privative de liberté encourue, ce qui constitue une dérogation à la règle générale de la majorité absolue des votants qu'édicte le même article.

Par ces trois arrêts la Chambre criminelle, s'appuyant sur le caractère limitatif de la majorité de huit voix au moins, juge que cette majorité renforcée ne concerne que la peine privative de liberté proprement dite et qu'elle n'a à être appliquée ni lorsque la cour d'assises prononce la peine maximale d'interdiction de droits (pourvoi 94-83.257), ni au prononcé de la peine d'interdiction de séjour (pourvoi Z 94-82.922) ni davantage à la détermination de la durée de la période de sûreté (P 94-82.153), toutes ces peines relevant d'une décision prise à la majorité absolue alors même que la cour d'assises décide d'appliquer le maximum encouru.

2. **DÉTENTION PROVISOIRE. Mise en liberté suivie d'une nouvelle mise en détention. Conditions** (pourvoi n° C 94-85.570 - arr. Ch. crim. du 15 févr. 1995)

Placé sous mandat de dépôt le 28 juillet 1992 dans le cadre d'une information ouverte pour vols, tentatives de vols aggravés, recels et tentative d'évasion, Alain P. était remis en liberté le 29 janvier 1993 par une ordonnance rendue d'office par le juge d'instruction. Cependant, l'intéressé demeurait sous écrou au titre de l'exécution d'une peine privative de liberté.

Le 17 octobre 1994, le juge d'instruction le plaçait à nouveau sous mandat de dépôt.

La chambre d'accusation de la cour d'appel de Colmar, saisie par Alain P., confirmait l'ordonnance du magistrat instructeur au motif que le nouveau mandat de dépôt était justifié par la crainte du juge d'instruction de voir sortir le prévenu de prison par l'effet d'un aménagement de la peine qu'il exécutait.

La Chambre criminelle censure cette décision et fonde sa cassation sur le rappel du principe selon lequel « les juridictions d'instruction ne peuvent, à raison des mêmes faits, ordonner un nouveau placement en détention d'une personne précédemment mise en liberté que si elles constatent l'existence de circonstances nouvelles entrant dans les prévisions de l'article 144 du code de procédure pénale et justifiant, au regard des nécessités actuelles de l'instruction, la délivrance d'un second titre de détention ».

C'est un principe dégagé par une jurisprudence constante dès le XIX^e siècle que rappelle et applique ici la Chambre criminelle. Cependant, les modalités d'application de ce principe ont évolué.

Longtemps la Chambre criminelle considérait que les circonstances qui déterminaient le juge d'instruction à rapporter une ordonnance de mise en liberté provisoire, suivie d'exécution, puis à décerner un nouveau mandat d'arrêt, relevaient du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fait. Il est vrai que l'état de liberté était alors pour tout inculpé un état provisoire. Ainsi, par un arrêt du 11 février 1921 (*Bull. crim.* n° 73), la Chambre criminelle rejetait un pourvoi formé contre un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Caen qui avait refusé de répondre positivement à une demande de mise en liberté provisoire dont elle était saisie. Or, la mise en liberté provisoire avait été rapportée au motif que l'inculpé venait d'être condamné par un autre tribunal.

Depuis un arrêt du 19 mai 1987 (*Bull. crim.* n° 202), la Chambre criminelle exige que le juge d'instruction, puis la chambre d'accusation, justifient « des circonstances nouvelles, entrant dans les prévisions des articles 144 et 145 du code de procédure pénale », pour délivrer un mandat de dépôt, à raison des mêmes faits et dans la même information, après un premier placement en détention provisoire suivi d'une mise en liberté.

Dans le même sens a été rendu le 17 mai 1994 un arrêt (*Bull. crim.* n° 185) sur lequel a porté la chronique n° 58 de la *Revue de droit pénal* des mois d'août/septembre 1994.

C'est le contrôle de cette motivation qui a conduit la Chambre criminelle, par le présent arrêt, à dire qu'il n'est pas conforme aux textes relatifs à la détention provisoire, s'agissant d'une personne mise en examen et placée sous mandat de dépôt alors qu'elle se trouvait déjà détenue pour autre motif puis remise en liberté, de justifier un nouveau mandat de dépôt par le seul fait que la peine en cours d'exécution est susceptible de s'achever.

3. EXCEPTIONS PRÉJUDICIELLES. EXCEPTIONS D'ILLÉGALITÉ. Présentation avant toute défense au fond (pourvois n° Z 92-81.143 - arr. Ch. crim. du 8 févr. 1995 et U 94-82.320 arr. Ch. crim. du 29 mars 1995)

La matière des exceptions préjudicielles, particulièrement complexe selon notamment que l'exception porte sur des règles tirées du droit pénal spécial, de la procédure pénale, du droit civil, du droit public ou du droit international et communautaire, soulève en tout premier lieu, comme l'exception d'illégalité, la question de sa recevabilité.

Le premier alinéa de l'article 386 du code de procédure pénale exige que ces exceptions soient présentées, devant le tribunal correctionnel, avant toute défense au fond.

Il en est de même des exceptions d'illégalité en application du dernier alinéa de l'article 385 du code de procédure pénale.

La jurisprudence n'écarte cette exigence que lorsque l'exception revêt un caractère d'ordre public, ce qui permet alors de l'invoquer en tout état de la procédure.

Deux arrêts rendus à quinze jours d'intervalle précisent, pour les exceptions qui ne revêtent pas un caractère d'ordre public, ce qu'il faut entendre par « avant toute défense au fond ».

Le premier arrêt, du 8 février 1995, a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Grenoble rendu dans les conditions suivantes.

Dominique V. avait été condamné, pour infractions à la loi du 29 décembre 1979 et au décret du 6 septembre 1982 relatifs à la publicité, aux enseignes et pré-enseignes, à 17 amendes de 5 000 francs chacune.

Devant la cour d'appel le prévenu contestait la légalité du décret de 1982, tant au regard des dispositions de l'article 4 de l'ancien code pénal (principe de légalité des délits et des peines qui figure maintenant à l'article 112-1 du code pénal actuel), que des articles 6-3 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Chambre criminelle, relevant « qu'il ne résulte ni des termes des conclusions d'appel du prévenu, qui n'avait pas comparu devant les premiers juges, ni des mentions de l'arrêt attaqué, que l'exception d'illégalité du décret du 6 septembre 1982 ait été présentée devant la cour d'appel avant toute défense au fond », déclare le moyen du demandeur au pourvoi irrecevable alors même que la cour d'appel avait cru à tort devoir répondre à cette exception au lieu de la déclarer irrecevable par application de l'article 386 du code de procédure pénale.

Ainsi, par cet arrêt, la Chambre criminelle juge qu'un prévenu non présent ni représenté devant les premiers juges, et qui de ce fait n'a présenté aucune exception, est ensuite irrecevable à soulever une telle exception que ce soit devant la cour d'appel ou à l'occasion d'un pourvoi en cassation.

Le second arrêt du 29 mars portait sur une décision de la cour d'appel d'Orléans qui avait condamné Frédéric J. à 12 mois d'emprisonnement dont 6 mois avec sursis, à l'annulation de son permis de conduire et à une amende de 1 000 francs pour homicide involontaire, délit de fuite et contravention connexe.

Le prévenu, invoquant les dispositions de l'article 386 du code de procédure pénale, avait présenté deux exceptions fondées la première sur l'absence de publication des textes servant de base aux poursuites et la seconde sur la non-conformité de la loi du 10 juillet 1989 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La cour d'appel déclarait ces exceptions irrecevables, contrairement à ce qu'avaient décidé les premiers juges, aux motifs qu'il résultait tant des notes d'audience que du jugement que ces exceptions avaient été soulevées « après l'interrogatoire du prévenu sur les faits et au cours de l'audience » et par voie de conséquence alors que la défense au fond du prévenu avait déjà commencé.

La Chambre criminelle approuve cette motivation en précisant que « l'interrogatoire du prévenu sur les faits implique qu'il s'est engagé dans la défense au fond ». Elle ajoute que si les dispositions de l'article 386 n'imposent pas le dépôt de conclusions écrites il n'en demeure pas moins que, même si elles sont présentées verbalement, les exceptions préjudicielles doivent l'être avant le début de la défense au fond et que ceci doit résulter des mentions de la décision.

4. *GARDE À VUE. Notification des droits. État d'ébriété* (pourvoi n° W 94-81.792 - arr. Ch. crim. du 3 avr. 1995)

Parmi les nouvelles dispositions introduites par les lois n° 93-2 du 4 janvier 1993 et n° 93-1013 du 24 août 1993 figurent différentes formalités destinées à renforcer la garantie des droits des personnes gardées à vue.

C'est ainsi que, depuis l'entrée en vigueur de ces textes, le gardé à vue doit être « immédiatement informé » des droits qu'énumère l'article 63-1 du code de procédure pénale (faire prévenir une personne de sa famille, être examiné par un médecin et s'entretenir avec un avocat), ainsi que de la durée de la garde à vue.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a été saisie, par un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Caen dans une affaire de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état d'ivresse, du point de savoir si le fait que la notification des droits soit intervenue huit heures après le début de la garde à vue devait conduire à considérer cette notification comme tardive.

La haute juridiction répond par la négative au motif que la personne placée en garde à vue se trouvait, au moment de son interpellation, « dans un état d'ébriété l'empêchant de comprendre la portée des droits qui auraient pu lui être notifiés et de les exercer utilement », ce qui constituait « une circonstance insurmontable ».

Deux arrêts avaient été déjà rendus par la Chambre criminelle concernant la mise en œuvre des dispositions contenues dans l'article 63-1 du code de procédure pénale. Ils portaient l'un et l'autre sur l'interférence de la retenue douanière et de la garde à vue.

A l'occasion de chacun de ces deux arrêts, rendus les 1^{er} mars 1994 (*Bull. crim.* n° 80) et 7 mars 1994 (*Bull. crim.* n° 89), la Chambre criminelle, tout en rappelant que la retenue douanière s'imputait sur la garde à vue (art. 323 dern. al. du c. douanes), décidait que la notification des droits que l'officier de police judiciaire doit faire à la personne gardée à vue ne s'imposait pas aux agents des douanes « par simple analogie aux personnes faisant l'objet de la mesure spécifique que constitue la retenue douanière ».

5. *INSTRUCTION. Article 175 du code de procédure pénale. Poursuite de l'information après expiration du délai de 20 jours suivant l'avis* (pourvois n° F 94-84.975 - arr. du 9 janv. 1995 et n° H 94-85.206 - arr. Ch. crim. du 22 févr. 1995)

Avisé le 15 juin 1994 de ce que l'information était achevée en ce qui le concerne, Gaston S., qui avait été mis en examen pour abus de biens sociaux, complicité et recel d'abus de biens sociaux, déposait le 25 juillet suivant une requête en annulation d'actes de la procédure.

Il justifiait le dépassement du délai de 20 jours de l'article 175 du code de procédure pénale par l'absence de notification à son avocat de l'avis, que ce soit par lettre recommandée ou par émargement du procès-verbal d'audition, ainsi qu'au motif que si l'information était bien terminée le 15 juin en ce qui le concerne elle ne l'était pas pour les autres parties en cause puisqu'une autre personne mise en examen dans la même procédure était entendue le 5 juillet suivant.

La Chambre d'accusation de la cour d'appel de Colmar, par arrêt du 29 septembre 1994, a déclaré sa requête irrecevable parce que celle-ci avait été présentée après expiration du délai de 20 jours. L'arrêt attaqué ajoutait que le délai courait à compter de l'avis donné et qu'il n'était pas nécessaire que cet avis soit transmis au conseil par lettre ni davantage que l'avocat, « dont la présence constante durant l'interrogatoire

est clairement indiquée dans le procès-verbal » ait procédé à l'émargement de la procédure.

La Chambre criminelle censure cette interprétation des dispositions de l'article 175 du code de procédure pénale et juge que l'avis de fin d'information ne devait être donné à toutes les parties que « à l'issue du dernier acte de l'information ». Il en résulte que la poursuite de l'information, après notification d'un avis à l'une des parties, a pour effet de rendre cet avis caduc et donc d'interrompre le délai de 20 jours.

Sur les conditions de la notification de l'avis, cet arrêt confirme par contre que l'article 175 du code de procédure pénale n'impose aucun formalisme particulier et que l'avis pouvait parfaitement être donné lors d'un interrogatoire du prévenu assisté de son avocat sans qu'il soit nécessaire que ce dernier émerge le procès-verbal.

La seconde affaire, qui porte sur une situation exactement inverse, aboutissait à l'adoption d'un arrêt de rejet fondé sur la même interprétation des dispositions de l'article 175 du code de procédure pénale.

Jacques M. était mis en examen dans le cadre d'une information ouverte pour refus discriminatoire de fourniture d'un bien ou d'un service. Estimant l'instruction achevée, le magistrat lui adressait le 3 décembre 1993, ainsi qu'à chacune des parties, l'avis prévu par l'article 175 du code de procédure pénale.

Aucune demande ni requête n'ayant été formulée le juge d'instruction transmettait le 24 décembre 1993 le dossier au procureur de la République, lequel établissait alors un réquisitoire supplétif.

Sur la base de ce réquisitoire supplétif le juge d'instruction notifiait le 22 juin 1994 à Jacques M. une nouvelle mise en examen, puis, le même jour, adressait à chacune des parties un nouvel avis de fin d'information.

C'est au cours du délai de 20 jours, suivant la date de notification du second avis, que le mis en examen saisissait la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris d'une requête en nullité d'actes de la procédure antérieurs au premier avis.

La chambre d'accusation refusait d'examiner les moyens relatifs aux nullités de procédure car elle estimait que « si un nouvel avis est nécessaire lorsque de nouvelles mesures d'instruction ont été accomplies après la délivrance d'un premier avis pour permettre aux parties de demander l'annulation des nouveaux actes d'instruction effectués, cette nouvelle notification ne saurait les autoriser à faire juger dans le cadre d'une requête en annulation la régularité d'actes ou de pièces de la procédure antérieure au premier avis ».

La Chambre criminelle approuve totalement ce raisonnement et rejette le pourvoi qui lui était soumis jugeant que « la reprise de l'information, après l'expirant du délai de 20 jours ouvert par un avis délivré conformément à cet article 175 ne saurait entraîner la caducité de cet avis ni autoriser la contestation d'actes de procédure qui lui seraient antérieurs ».

Ainsi se trouvent éclairées par ces deux arrêts les conditions de mise en œuvre des dispositions de l'article 175 du code de procédure pénale relatives à l'avis de fin d'information. Contenues dans l'article 80-3 créé par la loi n° 93-2 du 4 janvier portant réforme de la procédure pénale, ces dispositions ont été reprises par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 et introduites à l'article 175 du code de procédure pénale tandis que l'article 80-3 était abrogé.

B. CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

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

I. - PROCÉDURE PÉNALE

1. *Réforme de la réforme de la procédure pénale* (loi du 24 août 1993, JO 25 août 1993, p. 11991).

a) Le titre II de la loi du 24 août porte sur les enquêtes de police judiciaire et la garantie des droits des personnes gardées à vue.

En premier lieu, pour éviter quelques difficultés et nullités éventuelles, l'article 63, alinéa 1^{er} est légèrement modifié. Ce n'est plus « dès que l'officier de police judiciaire » procède à une garde à vue que l'information doit être faite, mais dans les meilleurs délais, compte tenu des liaisons et des opérations à effectuer. Pour les personnes qui ne sont que des témoins, la retenue est limitée au temps « nécessaire à la déposition » (art. 63, al. 2). S'il existe contre des personnes des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, la garde à vue peut être prolongée d'un nouveau délai de 24 heures au plus, par autorisation écrite du procureur de la République. Cette autorisation peut être subordonnée à la présentation de la personne.

Le dispositif nouveau n'impose pas la présentation systématique au magistrat, source de difficultés dans certaines régions, avec perte d'efficacité dans tous les cas.

A l'issue de la garde à vue, le procureur donne toutes instructions pour que les personnes soient remises en liberté ou au contraire déférées.

En deuxième lieu, outre une légère modification de l'article 63-1, la loi nouvelle a précisé que la personne que le gardé à vue peut prévenir n'est pas nécessairement un membre de sa famille, mais une personne avec laquelle il vit habituellement, ou un parent en ligne directe, un frère, une sœur ou l'employeur. Un certain réalisme a commandé la modification en cause, car celui qui doit être informé c'est la femme qui attend et non le père ou la mère installé au loin.

En troisième lieu, il est précisé dans l'article 63-3, alinéa 1, que le médecin chargé d'examiner la personne gardée à vue est « désigné » par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire. Par ailleurs, l'examen médical demandé par un proche n'est de droit qu'en l'absence de demande de l'intéressé, du procureur ou de l'officier de police judiciaire. Il est précisé par un alinéa 5 nouveau, que le droit commun de l'examen médical du gardé à vue est exclu, lorsqu'il est procédé à un examen médical sur le fondement de règles particulières.

En quatrième lieu, l'article 63-4 sur l'avocat à la garde à vue est modifié. Le nouveau dispositif prévoit l'intervention de l'avocat à la vingtième heure. Toutefois, ce délai est porté à 36 heures en cas d'association de malfaiteurs, proxénétisme aggravé, extorsion de fonds ou infraction commise en bande organisée. Une disposition tendant à l'éli-

mination de l'avocat dans la matière du terrorisme et du trafic de stupéfiants a été jugée non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (une particularité sera introduite dans ces matières par la loi du 1^{er} févr. 1994). En cas de recours à cette disposition, le procureur de la République est informé dans les meilleurs délais.

En cinquième lieu, l'article 65 du code de procédure pénale sur les émargements ne comporte plus le renvoi à l'article 63-1. De ce fait, la mention de l'information sur les droits du gardé doit toujours figurer sur le procès-verbal, mais il n'est plus nécessaire, en outre, de porter cette mention sur le registre spécial de la garde à vue.

En sixième lieu, l'article 5 de la loi du 24 août 1993 modifie légèrement l'alinéa 1 de l'article 77 du code de procédure pénale en prévoyant que l'information du procureur devra être faite dans les meilleurs délais. En vue de la prolongation de la garde à vue, dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'alinéa 2 de l'article 77 prévoit toujours la présentation au magistrat du parquet, mais à titre exceptionnel, cette prolongation peut être accordée par décision écrite et motivée sans présentation. A l'issue de la garde à vue, la personne contre qui ont été recueillis des éléments de nature à motiver l'exercice de poursuites, est soit remise en liberté soit déférée, selon les instructions du procureur de la République. La loi nouvelle donne un statut à la personne retenue, une fois qu'elle est déférée devant le procureur de la République.

En matière de commission rogatoire, l'information du juge quant à la mise en garde à vue d'une personne doit être faite « dans les meilleurs délais » ; en cas de renouvellement de la mesure, le magistrat n'a nul besoin de fixer la durée de la nouvelle garde à vue.

Enfin, l'article 6 de la loi rétablit l'article 72 du code de procédure pénale conférant au juge d'instruction des pouvoirs de police judiciaire en cas de crime ou délit flagrant. La raison de ce rétablissement provient des difficultés qui auraient été rencontrées dans certaines circonscriptions judiciaires pour qu'un magistrat puisse se rendre sur les lieux d'un crime flagrant.

b) Le titre III de la loi du 24 août 1993 a trait à la mise en examen et aux droits des parties au cours de l'instruction.

L'article 7 de la loi insère entre le premier et le deuxième alinéas de l'article 80 du code de procédure pénale un nouvel alinéa précisant que « le réquisitoire peut être pris contre personne dénommée ou non dénommée ». L'article 80-1 du code de procédure pénale redonne au juge d'instruction le pouvoir de mettre en examen, qui avait été attribué pour partie au procureur de la République par la loi du 4 janvier 1993. La mise en examen suppose l'existence d'indices laissant supposer que la personne a participé aux faits dont le juge est saisi. Elle résulte de l'interrogatoire de première comparution ou de la délivrance d'un des mandats prévus par les articles 122 à 136. Mais les droits reconnus aux personnes mises en examen ne naissent qu'à compter de la première comparution. Le juge peut aussi adresser une lettre recommandée à la personne qu'il met en examen. Cette lettre précise que l'intéressé peut être assisté d'un avocat. La mise en examen peut aussi résulter d'une notification effectuée par un officier de police judiciaire agissant sur les instructions du juge (cas d'une commission rogatoire). Par suite de ces nouvelles dispositions, les articles 80-2 et 80-3 du code de procédure pénale dus à la loi du 4 janvier 1993 sont abrogés.

En deuxième lieu, la loi du 24 août 1993 complète le dispositif relatif aux droits nouveaux des parties. La demande d'actes doit désormais faire l'objet d'une déclaration au greffier du juge d'instruction. Elle est constatée et datée par le greffier qui la signe ainsi que le demandeur ou son avocat. Si le demandeur ou son avocat ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente, la déclaration peut être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et si l'intéressé est détenu, par une déclaration faite auprès du chef de l'établissement pénitentiaire.

Le dernier alinéa de l'article 82-1 est également modifié. Quatre mois après l'envoi d'une lettre de mise en examen, la personne qui en fait la demande écrite doit être entendue par le magistrat instructeur. Cette audition doit avoir lieu dans les 30 jours de la réception de la demande qui doit être formalisée selon les règles de l'article 81, alinéa 10 du code de procédure pénale. En matière d'expertise, les articles 156 et 167 du code de procédure pénale font désormais un renvoi au formalisme de l'article 81, alinéa 10, pour les demandes d'expertise ou de contre-expertise.

L'information sur les droits des parties est effectuée dès la première audition de la partie civile (art. 89-1, nouv.) ou la première comparution de la personne mise en examen (art. 116, nouv.). Cette mise en examen comprend toujours la constatation de l'identité, l'information sur tous les faits dont est saisi le juge, le droit à l'assistance de l'avocat (sauf s'il y a eu lettre recommandée, et convocation de l'avocat choisi ou désigné). La première comparution peut comporter un interrogatoire si l'avocat choisi a été convoqué, ou si l'intéressé accepte d'être interrogé immédiatement alors que l'avocat choisi (ou désigné) a pu consulter le dossier et donne formellement son accord pour l'accomplissement de cet acte.

La loi du 24 août 1993 fournit, par ailleurs, des précisions sur le statut du témoin assisté, dont elle étend le domaine. Le statut conféré par l'article 104 dans la version du 4 janvier 1993, consistait dans l'attribution de tous les droits reconnus aux personnes mises en examen. C'était sans doute excessif, car la mise éventuelle en examen n'aurait pas amélioré la situation de l'intéressé. La loi nouvelle précise donc que le témoin de l'article 104 a les droits reconnus aux personnes mises en examen par les articles 114, 115 et 120 (c'est-à-dire droit à l'avocat, communications de dossier à l'avocat et questions lors des auditions et/ou interrogatoires). Mais le domaine du statut du témoin assisté est étendu. En effet, la loi du 24 août, après avoir rétabli le « malheureux article 105 » faisant interdiction d'entendre comme témoins, les personnes contre qui existent des indices graves et concordants de participation aux faits a prévu que le juge d'instruction pourrait, malgré un réquisitoire nominatif du procureur de la République, ne pas mettre cette personne en examen, mais l'entendre comme témoin, après lui avoir fait connaître le réquisitoire. Cette personne bénéficie toutefois des droits reconnus aux personnes mises en examen. Le domaine du témoin assisté se trouve étendu, ce qui est particulièrement heureux pour le cas où les indices relevés par le parquet n'apparaîtraient pas suffisants au juge.

Il est à noter qu'à la différence de l'ancien article 105, le nouvel article 105 interdisant de traiter comme témoin soit la personne contre qui existent des indices graves et concordants de participation aux faits soit celle contre qui a été délivré un réquisitoire nominatif (et hors le cas de l'admission du statut du témoin assisté) ne requiert plus du juge le dessein de nuire. Il s'ensuit que la loi revient à la notion d'inculpation tardive consacrée en 1958, à la suite de la jurisprudence *Fesch* et *Blot*. L'atteinte aux intérêts de la partie concernée est par principe admise en pareil cas.

Par ailleurs, l'article 114 sur l'assistance du Conseil, outre de légères corrections de forme (al. 2, suppression de l'al. 4 dont le contenu est transféré à l'art. 116, al. 3 nouvelle rédaction), apporte la précision que l'accès des avocats au dossier de la procédure, une fois la première comparution ou la première audition effectuée, a lieu à tout moment, mais durant les jours ouvrables et sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet du juge. Si le dossier est en cours de photocopie pour permettre l'examen de l'affaire par la juridiction du deuxième degré, l'avocat ne saurait s'en faire un grief, alors que l'ancienne rédaction aurait pu susciter des critiques...

En ce qui concerne l'exécution des commissions rogatoires, l'article 152, alinéa 2 interdit l'audition par des officiers de police judiciaire des personnes mises en examen ainsi que de celles mentionnées à l'article 105, alinéa 2 ; pour la partie

civile ou le témoin assisté, l'incompétence de l'officier de police judiciaire n'est que relative puisque sur la demande des intéressés, le délégataire peut procéder à leur audition.

Enfin, la loi du 24 août supprime l'ordonnance de présomption de charges, et rétablit l'ordonnance de renvoi, le juge devant déterminer la qualification juridique des infractions pour lesquelles existent des charges.

c) La question de la détention provisoire

Matière très sensible, à cause des possibles excès et de la présomption de fait d'une culpabilité probable en cas de mise en détention, la détention provisoire a été remaniée par la loi du 24 août 1993. Au lieu du système un peu complexe mis en place par la loi du 4 janvier 1993 que ce soit à titre transitoire ou à titre définitif (1^{er} janv. 1994), la loi du 24 août redonne au juge d'instruction la maîtrise de la détention. Toutefois, afin de lutter contre les procédures excessives, la loi du 24 août a institué ce que l'on a appelé un « référé-liberté » (qui n'est pas un véritable référé) confié au président de la chambre d'accusation. En cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention (interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement), la personne mise en examen ou le procureur de la République peut demander au président de la chambre d'accusation (ou au magistrat le remplaçant) de déclarer l'appel suspensif. La demande doit être formée en même temps que l'appel, le demandeur joignant toutes observations écrites à l'appui de la demande (art. 187-1, nouv. c. pr. pén.). Le président statue au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande, au vu des éléments du dossier de la procédure, par une ordonnance non motivée, insusceptible de recours.

Si le magistrat estime qu'il n'est manifestement pas nécessaire que la personne soit détenue jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel, il ordonne la suspension des effets du mandat de dépôt jusqu'à la décision de la Cour, et la personne est remise en liberté. S'il ne fait pas droit à la demande, la décision est notifiée à la personne mise en examen par le greffe de l'établissement pénitentiaire qui reçoit, le cas échéant, le désistement d'appel de celle-ci.

La déclaration d'appel et la demande peuvent être constatées par le juge d'instruction à l'issue du débat contradictoire. Le dossier peut être transmis au président de la chambre d'accusation par voie de télécopie.

D'autres dispositions ont été également modifiées. Tout d'abord, lorsque le juge n'entend pas suivre les réquisitions du parquet tendant à une mise en détention, il n'a pas besoin de rendre une ordonnance motivée, car la liberté est le principe. Il en est de même quand le juge n'entend pas prolonger ou maintenir une détention. Le procureur peut alors saisir la chambre d'accusation dans les dix jours de l'avis de notification donné par le greffier du juge d'instruction (art. 137, dern. al., c. pr. pén.). L'article 82 du code de procédure pénale est modifié en conséquence de ces dispositions.

De même, le texte des articles 141-2, 135 et 145 est repris, puisque c'est le juge d'instruction qui prescrit la mise en détention, au terme d'une audience de cabinet. Comme par le passé, le juge peut ordonner une incarcération provisoire (d'une durée maximum de quatre jours ouvrables) pour le cas où l'intéressé aurait sollicité un délai pour préparer sa défense.

d) Le régime des nullités de l'information

On sait que la loi du 4 janvier 1993 avait donné aux parties le droit de contester la régularité de la procédure et tenté de mieux préciser les cas de nullité. A vrai dire, sur ce dernier point, la loi avait essentiellement rassemblé les hypothèses déjà consacrées, sans vraiment innover. La loi du 24 août a considéré que ce dispositif

pouvait conduire à l'annulation d'actes et de procédures alors qu'aucun dommage n'avait été occasionné à qui que ce soit. Aussi bien, la catégorie des nullités textuelles qui apparaissait au nouvel article 171 du code de procédure pénale a été supprimé, mais les différentes nullités existantes ont été maintenues et replacées auprès de la formalité à respecter. L'article 20 de la loi du 24 août rétablit la nullité textuelle applicable aux articles 56, 56-1, 57 et 59 du code de procédure pénale ; il réassortit d'une nullité textuelle l'article 78-3 sur les contrôles d'identité et il introduit une nullité à l'article 100-7 du code de procédure pénale. En conséquence, l'article 171 prévoit désormais que la nullité est la sanction de la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du code de procédure pénale ou toute autre disposition de procédure pénale, qui a porté atteinte aux intérêts de la partie concernée.

La loi du 24 août complète l'article 173 en précisant que la requête en nullité doit faire l'objet d'une déclaration au greffe de la chambre d'accusation, être datée et signée par le greffier, et le demandeur ou son avocat. Si ceux-ci ne résident pas dans le ressort de la juridiction compétente, la déclaration au greffe peut être faite au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception, et si l'intéressé est détenu, la déclaration sera établie par le chef de l'établissement pénitentiaire, qui en adresse l'original ou une copie sans délai au greffe de la chambre d'accusation.

Le législateur a, par ailleurs, cru devoir préciser – ce qui allait de soi et avait déjà été rappelé par la Cour de cassation – que le dispositif de nullité des actes ne s'applique pas aux décisions juridictionnelles pouvant donner lieu à appel, comme la matière de la détention provisoire ou celle du contrôle judiciaire.

Le même article 173 est complété par un alinéa selon lequel le président de la chambre d'accusation peut, dans les huit jours de la réception du dossier, constater que la requête est irrecevable soit en application de l'article 173, 174, alinéa 1, ou 175, alinéa 2, soit pour défaut de motivation.

L'article 174, alinéa 3 sur la portée de l'annulation est légèrement remanié. Les auteurs de la loi ont permis, à côté du retrait des actes annulés, la cancellation, utile s'il y a nullité partielle. Ils ont aussi substitué à la forfaiture, terme désuet, les sanctions disciplinaires en cas de méconnaissance par les magistrats de l'interdiction de faire état des actes nuls.

Par ailleurs, la Cour de cassation a la possibilité, lorsqu'elle statue sur la nullité d'un acte, d'ordonner que l'annulation prononcée aura effet à l'égard d'autres parties que celles s'étant pourvues. De ce fait, un acte pourra être nul *erga omnes*, au lieu de voir son annulation limitée à certaines parties (art. 612-1, c. pr. pén.).

Néanmoins, la loi du 24 août a tenu à rétablir l'article 802 dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1993 (encore que cette dernière en faisait état) : une juridiction (y compris la Cour de cassation) ne peut prononcer la nullité d'acte que si l'irrégularité a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie concernée. Il nous semble que les nullités d'ordre public (qui ne sont pas seulement celles visées par un texte) échapperont à cette disposition qui concerne la méconnaissance des formes prescrites par la loi ou l'inobservation des formalités substantielles. La perquisition accomplie sans droit, l'acte fait par une autorité incompétente, par exemple, ne sont pas concernés par l'article 802.

Enfin, le législateur a fait figurer dans le dispositif sur les nullités, la décision de clôture. Sans doute après l'avis de clôture qui doit être porté à la connaissance des parties et de leurs avocats, il n'est plus possible de formuler une demande de nullité une fois le délai de 20 jours, à compter de l'envoi de l'avis, dûment écoulé. Mais cette étape de la clôture est plus large. Elle concerne aussi les demandes d'actes, et le délai dans lequel le procureur de la République doit formuler ses réquisitions (cf. art. 175, nouv. c. pr. pén.).

e) Dispositions particulières aux mineurs

La loi du 24 août 1993 a établi un régime particulier pour la garde à vue des mineurs. Dès le recours à un tel acte, l'officier de police judiciaire doit informer de la mesure les parents, tuteur, personne ou service auquel le mineur est confié (sauf décision dérogatoire prise par le procureur de la République ou le juge chargé de l'information).

Dès le début de la garde à vue d'un mineur de 16 ans, le procureur (ou le juge) doit désigner un médecin, qui procède à l'examen du mineur, aux conditions prévues par l'article 63-3 du code de procédure pénale. De même, c'est dès le début de la garde à vue que le mineur de 16 ans peut demander à s'entretenir avec un avocat, ce dont il est informé. Si le mineur n'use pas de ce droit, la demande peut en être faite par ses représentants légaux.

La garde à vue du mineur de 16 ans exposé à une peine inférieure à 5 ans d'emprisonnement ne peut pas être prolongée. Dans les autres cas où une prolongation est possible, elle ne peut être décidée sans présentation préalable au magistrat.

Diverses autres modifications sont de pure coordination avec les textes modifiés.

f) Dispositions diverses

La loi du 24 août 1993 a complété l'article 83 du code de procédure pénale, autorisant ainsi le président du tribunal à désigner, cas par cas, le juge d'instruction chargé d'une affaire, ou au contraire à procéder par voie d'un tableau de roulement. Il est rappelé que, quelle que soit la méthode utilisée, la désignation du juge est une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours. L'article 35 de la loi du 24 août rétablit l'article 87 du code de procédure pénale dans des termes voisins du droit antérieur à janvier 1993. Il s'agit de la contestation de la constitution de partie civile. Elle peut-être faite à tout moment, et non plus dans les dix jours de la notification faite (ou du dépôt de la plainte pour l'irrecevabilité d'office par le juge).

En cas de non-lieu, les juridictions d'instruction peuvent ordonner la publication du non-lieu ; elles ne sont plus tenues d'y faire droit sur la demande des personnes concernées (art. 177-1 et 212-1, c. pr. pén. ; art. 36 de la loi du 24 août 1993).

Outre d'autres dispositions de coordination (décision de renvoi en matières de contravention ou de délits, art. 178 et 179 c. pr. pén., art. 37, loi du 24 août 1993), l'article 187 du code de procédure pénale précise que le juge d'instruction poursuit son information en cas d'appel autre que d'une ordonnance de règlement ou de saisine directe de la chambre d'accusation comme du dépôt d'une requête en nullité, le juge d'instruction, sauf décision contraire du président de la chambre d'accusation, décision qui n'est pas susceptible de recours.

De son côté, l'article 194 du code de procédure pénale est complété : il prévoit que la chambre d'accusation statue dans les deux mois de la transmission du dossier au procureur général dans les cas prévus aux articles 173 (nullités), 186-1 (appel de certaines ordonnances par les parties), 81 alinéa 9, 82-1 alinéa 2, 156 alinéa 2 et 167 alinéa 4 (demandes d'actes, d'expertise ou de contre expertise).

La loi du 24 août 1993 précise les pouvoirs de la chambre d'accusation en cas de saisine directe, suite au silence du juge d'instruction sur les demandes d'actes. Elle dispose des pouvoirs analogues à ceux conférés en cas d'infirmerie d'une décision du juge (art. 207, al. 2). Par ailleurs, l'article 41 de la loi étend aux arrêts rendus en cette matière de demande d'actes, le système prévu pour le pouvoir intenté contre les arrêts avant dire droit (art. 570 et 571, c. pr. pén.).

De manière plus générale, la loi du 24 août 1993 a prévu un délai pour le dépôt du mémoire du demandeur condamné pénalement (art. 585-1, nouv. c. pr. pén.) ; elle a aussi précisé les pouvoirs de la Cour de cassation en cas d'annulation d'un arrêt de

chambre d'accusation statuant sur un appel d'une ordonnance de règlement. En ce cas, la chambre d'accusation devient compétente pour la poursuite de l'ensemble de la procédure, tandis qu'en toute autre hypothèse, – sauf décision différente de la Cour de cassation – la chambre d'accusation n'a compétence que sur la question primitivement soumise à la chambre d'accusation, le dossier devant être renvoyé à celle-ci.

La loi du 24 août insère un article 392-1 dans le code de procédure pénale prévoyant qu'en cas de citation directe par une partie civile, celle-ci doit consigner une certaine somme d'argent pour garantir le paiement de l'amende civile susceptible d'être prononcée pour procédure abusive, à la requête du ministère public. Cette action doit être engagée dans les trois mois du jour où la relaxe est devenue définitive.

L'article 44 de la loi du 24 août 1993 modifie légèrement l'alinéa 2 du nouvel article 9-1 du code civil sur le respect de la présomption d'innocence. La personne pouvant agir sur le fondement du référé – présomption d'innocence, ne peut être que celle placée en garde à vue, mise en examen, faisant l'objet d'une citation à comparaître, d'un réquisitoire du procureur ou d'une plainte avec constitution de partie civile. Sans doute, certains ont regretté la modification législative. Mais en l'absence de garde à vue ou de procédure latente, la personne paraît plutôt être à même d'invoquer le droit commun (responsabilité civile, diffamation...)

L'article 47 de la loi complète, par ailleurs, la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique, qui comprend l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue. Car désormais, l'avocat désigné d'office qui intervient dans les conditions de l'article 63-4 code de procédure pénale « a droit à une rémunération ».

L'article 45 modifie l'article 90 de la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande, ayant pour objet la composition du tribunal maritime commercial.

La loi est entrée en vigueur le huitième jour suivant la date de sa publication au *Journal officiel*. Pour les procédures d'instruction en cours, les parties devaient recevoir l'avis prévu par l'article 89-1 ou 116, alinéa 4 du code de procédure pénale s'il n'avait pas été fait application de l'article 80-3, alinéas 2 et 3 du code de procédure pénale, et ce dans un délai de trois mois. A défaut, il doit être donné à chaque partie à l'occasion de l'application de l'article 175, alinéa 1 du code de procédure pénale.

2. Cour de justice de la République

Afin de mettre un terme aux difficultés de mise en œuvre de poursuites à l'encontre de membres du gouvernement ayant, dans l'exercice de leurs fonctions, commis des actes susceptibles de qualification criminelle ou correctionnelle, une réforme de la Constitution a été engagée. Elle a abouti à la loi constitutionnelle 93-952 du 27 juillet 1993 (JO, 28 juill. 1993, p. 10600). Désormais, le cas du président de la République et celui des ministres sont dissociés. Pour ces derniers, est instituée une Cour de justice de la République comprenant quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal par l'Assemblée nationale et le Sénat, après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées, et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République (art. 68-2 de la Constitution).

Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes. Cette commission ordonne soit le classement de la procédure soit sa transmission au Procureur général près la Cour de cassation, aux fins de saisine de la Cour de justice de la République. Le Procureur général peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes. Une loi organique 93-1252 du 23 novembre 1993 (JO, 24 nov. 1993,

p. 16168) fixe les règles d'organisation et de procédure applicables à la Cour de justice de la République.

La commission d'instruction des requêtes comprend trois magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, deux conseillers d'Etat et deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes, désignés pour cinq ans. Si les magistrats de la Cour de cassation sont élus par l'ensemble des magistrats du siège de la Cour, en revanche, les autres membres sont désignés par l'assemblée générale du Conseil d'Etat et par la Chambre du conseil de la Cour des comptes.

La plainte portée par une personne se prétendant lésée par un crime ou un délit doit énoncer les faits allégués contre le membre du gouvernement, et être signée par le plaignant. Aucune constitution de partie civile n'est cependant recevable devant la Cour, les actions en réparation des dommages causés par les infractions sont portées devant les juridictions de droit commun (art. 13 de la loi).

La commission des requêtes apprécie la suite à donner aux plaintes. Elle avise le plaignant de la suite réservée. Elle peut faire procéder à des investigations complémentaires si la plainte est insuffisamment motivée, en utilisant le mode de l'enquête préliminaire, un des membres de la commission, magistrat à la Cour de cassation exerçant les pouvoirs conférés au procureur de la République. Si elle ordonne la transmission de la procédure au Procureur général, elle est tenue de qualifier pénalement les faits à raison desquels il y a lieu de poursuivre (art. 16).

La commission d'instruction informe en vertu d'un réquisitoire du Procureur général, délivré contre personne dénommée. Elle peut requalifier les faits, et si elle apprend des faits nouveaux, elle communique le dossier au parquet général, aux fins éventuelles de réquisitions supplétives, sur avis conforme de la commission des requêtes. Les auditions et interrogatoires sont effectuées par la commission d'instruction; les décisions à caractère juridictionnel sont rendues après réquisition du Procureur général. A la clôture, un délai de vingt jours est accordé aux personnes mises en examen pour soulever d'éventuelles nullités. Le parquet délivre ses réquisitions, et la commission décide éventuellement du renvoi devant la Cour de justice de la République. Les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation, porté devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (art. 24).

La procédure devant la Cour de justice de la République est celle applicable devant les tribunaux correctionnels.

Le pourvoi en cassation contre les arrêts de la Cour de la justice sont portés devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui doit statuer dans un délai de 3 mois (art. 33).

II. - RÉGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SÛRETÉ

3. Un décret 93-193 du 8 février 1993 (JO, 12 févr. 1993, p. 2340) modifie certaines dispositions de la partie « décret » du code de procédure pénale.

Tout d'abord, un article 125-1 précise que les condamnés bénéficiant d'un placement à l'extérieur ou d'une semi-liberté exerçant une activité professionnelle dans les mêmes conditions que les travailleurs libres sont affiliés au régime d'assurance maladie, vieillesse et accidents du travail dont ils relèvent au titre de cette activité. La déclaration d'employé est souscrite à la diligence et sous la responsabilité de l'employeur.

L'article D 148 sur le registre d'écrou est légèrement modifié. Il en est de même de l'article D 149 qui dispose désormais qu'il n'y a pas lieu à levée d'écrou en cas de mesure prévue à l'article 118 (placement à l'extérieur, semi-liberté ou permission de sortir).

Un nouvel article D 149-1 est introduit dans le code. Il prévoit une levée d'écrou simplifiée en cas de suspension ou de fractionnement de la peine devant donner lieu à une réintégration dans l'établissement d'origine. Il en est de même au retour. L'intéressé reprend le numéro d'écrou d'origine. La même procédure simplifiée s'applique en cas de transfèrement aux conditions de l'article 313-1 du code de procédure pénale. Dans les cas de procédure d'écrou simplifié, le chef d'établissement est dispensé de l'envoi des avis prévus par les articles D 149, D 511, D 311 et D 313 du code de procédure pénale.

Un nouvel article D 193 est introduit dans le code de procédure pénale déterminant le rôle de la mission des services pénitentiaires de l'outre-mer.

Après l'article D 313 est introduit un article D 313-1 précisant qu'en cas de transfèrement d'un détenu pour une durée n'excédant pas 72 heures, la levée d'écrou est effectuée selon la forme simplifiée. Il en est de même en cas d'extraction si elle ne doit pas excéder 72 heures.

S'agissant de l'organisation du service sanitaire, ce n'est plus le ministre de la Justice, mais le directeur régional des Services pénitentiaires qui désigne les médecins de chaque établissement pénitentiaire.

La désignation est effectuée pour trois ans, renouvelable par reconduction expresse du directeur régional.

Les médecins coordinateurs titulaires d'un contrat sont désignés par le ministre de la Justice après consultation de l'ordre départemental des médecins et avis du préfet.

A l'article D 376, relatif à la fréquence des visites des médecins le directeur régional est substitué à l'administration centrale. Des dispositions analogues sont prévues pour les soins dentaires (art. D 392).

L'article D 380 relatif à la gratuité des soins est complété par un alinéa selon lequel les détenus admis à la semi-liberté ou au placement à l'extérieur continuent de bénéficier de la gratuité des soins jusqu'à ce qu'ils remplissent les conditions d'ouverture du droit aux prestations du régime d'assurance-maladie dont ils relèvent au titre de leur activité.

Tirant les conséquences des techniques nouvelles, le décret introduit un nouvel article D 430-1 sur la diffusion en dehors des locaux pénitentiaires d'un audioviséogramme réalisé dans le cadre des activités d'insertion. Elle est soumise à autorisation du ministre de la Justice.

Des modifications sont également apportées au dispositif concernant l'enseignement. L'article D 450 ajoute à la liste des détenus susceptibles d'en bénéficier « les moins instruits ». Par ailleurs, le règlement intérieur doit préciser les conditions dans lesquelles est assuré l'enseignement, y compris l'éducation civique, la formation professionnelle et les activités physiques et sportives. Outre l'enseignement à distance qui peut être pris éventuellement en charge par l'administration (art. D 454 modifié), l'enseignement peut être effectué par des membres du corps enseignant agréés par le directeur régional. Le service est assuré selon les procédures en vigueur à l'éducation nationale et agréés par l'administration pénitentiaire (art. D 456).

Enfin, le décret modifie les articles D 544-2 à D 544-4 pour tenir compte des dispositions de l'article 733-1 du code de procédure pénale. Il s'agit des recours formés contre les décisions du juge de l'application des peines. Le recours du procureur est suspensif; le tribunal doit statuer dans les huit jours du dépôt de la requête. Enfin,

l'article D 544-5 (nouv.) précise les personnes pouvant former le pourvoi (non suspensif) prévu par l'article 733-1 (1°, § 6) du code de procédure pénale.

4. Un *décret 93-347 du 15 mars 1993* (JO, 17 mars 1993, p. 4140) modifie les articles D 347 et D 220 du code de procédure pénale. Le premier interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, comme les couloirs, les salles de spectacle ou de culte, les salles de sport, les locaux médicaux, les ateliers et les cuisines. Il incombe au chef d'établissement de fixer les lieux dans lesquels les détenus sont autorisés à fumer, en tenant compte notamment de leur aération et de leur destination.

Quant à l'article D 220, il interdit aux agents de l'administration de fumer dans les lieux fermés et couverts affectés à un usage collectif, sous réserve de ceux spécialement aménagés à cet effet.

5. Un *décret 93-704 du 27 mars 1993* (JO, 28 mars 1993, p. 5427) a trait aux soins dispensés en milieu pénitentiaire par les établissements publics de santé.

6. Le *décret 93-726 du 29 mars 1993* (JO, 30 mars 1993, p. 5559) porte réforme du code pénal et abroge tous textes législatifs antérieurs à la Constitution et tous règlements édictant des peines d'emprisonnement pour les contraventions, prévoyant la récidive des contraventions des quatre premières classes et punissant des contraventions de la peine de l'affichage ou de la diffusion de la condamnation. L'article 7 de ce décret concerne le travail d'intérêt général applicable aux mineurs, les dispositions en cause étant insérées dans le décret du 22 novembre 1976.

III. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

7. Une *loi 93-881 du 5 juillet 1993* (JO, 6 juill. 1993, p. 9544) autorise l'approbation de la Convention d'extradition intervenue entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de son altesse sérénissime le prince de Monaco. Un décret 93-1162 du 7 octobre 1993 (JO, 15 oct., p. 14386) porte publication de ladite convention.

8. Un *décret 93-918 du 12 juillet 1993* (JO, 20 juill. 1993, p. 10204) publie l'accord sous forme d'échange de lettres entre le gouvernement de la République française et le Conseil fédéral suisse, étendant l'application de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 aux territoires français d'outre-mer de Polynésie française, de Nouvelle-Calédonie, et de Wallis et Futuna ainsi qu'aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, signé à Berne les 24 février et 11 mars 1993. Un autre décret 93-919 du 12 juillet 1993 (JO, 20 juill. 1993, p. 10205) étend l'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 juillet 1959 pour les mêmes territoires.

9. Deux *décrets 93-1196 et 93-1198 du 22 octobre 1993* (JO, 30 oct. 1993, p. 15044 et 15045) portent publication de l'accord entre la France et l'Espagne, relativement à l'application de la Convention européenne d'extradition et de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale, aux territoires français d'outre-mer de Polynésie française de Nouvelle-Calédonie, de Wallis et Futuna et avec collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

C. CHRONIQUE PÉNITENTIAIRE ET DE L'EXÉCUTION DES PEINES

Droit commun pour les détenus

Martine HERZOG EVANS

Docteur en droit

Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Jean-Monnet-Paris XI

Réalisant probablement une véritable « révolution »¹, le Conseil d'Etat et la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont sans doute fait passer la pénologie au rang de droit en ouvrant la voie contentieuse aux détenus contre les procédures pénitentiaires dont ils peuvent faire l'objet (I). Encore récemment, la matière était presque entièrement soustraite au droit commun. Les intéressés ne pouvaient contester utilement aucune décision d'individualisation de la peine ou aucune sanction disciplinaire leur faisant grief. Les fondements de cet état du droit, tant sur le plan juridique qu'en opportunité, ne manquaient pas. Ils apparaissaient cependant de plus en plus « archaïques »² à une époque où la protection des droits de l'homme est érigée en dogme et où l'exigence de légalité va croissant.

Aussi, le revirement récemment intervenu était-il particulièrement souhaitable. Toutefois, incontestable du côté du Conseil d'Etat, il est plus incertain s'agissant de la Cour de cassation. Si sa portée devait être aussi large que nous le souhaitons, il serait alors annonciateur de progrès considérables dans la légalité pénitentiaire (II).

I. - L'OUVERTURE DE LA VOIE CONTENTIEUSE AUX DÉTENUS

La voie contentieuse n'était pas fermée pour les mêmes raisons, s'agissant, d'une part, des décisions d'application des peines et, d'autre part, des décisions disciplinaires. Toutefois, cette situation était en opportunité, sinon en droit, également intolérable.

A. - L'ouverture de la voie contentieuse en matière d'application des peines

Bien qu'une évolution paraissait aussi inéluctable³ que souhaitable⁴, le droit positif semblait définitivement figé avant l'arrêt *Korber*⁵, rendu par la Chambre crimi-

1. Terme utilisé par le professeur P. Couvrat, Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire, cette *Revue* 1995, p. 381.

2. Selon le commissaire du gouvernement Frydman, dans ses conclusions dans l'affaire *Marie*.

3. V. en ce sens G. Giudicelli-Delage et M. Massé, Rapport introductif, in *La condition juridique du détenu*, Colloque Poitiers, avr. 1992, Cujas, 1994, p. 11 et s., spéc. p. 17.

4. V. not. le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, 23 janv. 1989 ; P. Couvrat, Les recours contre les décisions du juge de l'application des peines, cette *Revue* 1985, p. 135 et s., spéc. p. 138 ; G. Guglielmi, Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ?, cette *Revue* 1991, p. 622 et s.

5. 27 avril 1994, *Bull. crim.* 156.

nelle de la Cour de cassation. Malgré les espoirs qu'il suscite, on doit demeurer prudent.

1. *Le droit positif antérieur*

De nombreuses raisons tant juridiques que de fait venaient à l'appui du blocage total des voies de droit que l'on opposait aux détenus. Elles étaient néanmoins très discutables.

a) *L'état du droit positif antérieur*

Aucun texte n'a pour objet spécifique de permettre aux détenus de contester les décisions d'individualisation des peines. Mais la certitude qu'existe en droit positif un principe général du droit au juge⁶ a été suffisamment forte à plusieurs reprises pour que des détenus tentent leur chance auprès des juridictions tantôt administratives tantôt judiciaires.

On hésita en effet longtemps entre les deux ordres de compétence, la nature exacte des décisions d'application des peines n'étant pas certaine. Pourtant, le Tribunal des conflits semblait avoir tranché cette question le 22 février 1960, dans un arrêt *Dame Fargeaud d'Epied*⁷, qui énonçait qu'« il n'appart(enait) qu'à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire ». Certes, en l'espèce, il s'agissait d'une décision prise par l'administration pénitentiaire. Mais compte tenu de la formulation retenue, elle semblait *a fortiori* s'appliquer aux décisions du juge de l'application des peines. Ce ne fut pas l'interprétation qu'en fit la jurisprudence administrative qui devait, par la suite, accepter de les contrôler⁸. Tout à fait légitime en matière d'indemnisation⁹, sa compétence était plus douteuse sur le terrain de l'excès de pouvoir, où les recours étaient tantôt accueillis¹⁰, tantôt rejetés¹¹. Le Conseil d'Etat devait clarifier la situation, dans un arrêt *Théron* du 9 novembre 1990¹², ce au détriment des détenus. Il déclarait en effet irrecevable le recours de l'un d'eux contre la décision du juge de l'application des peines ne lui accordant que trente jours de réduction de peine pour l'année et non le maximum possible de quatre-vingt-dix jours. Reprenant la formule sus-citée du Tribunal des conflits, il considérait que ce type de contentieux intéressait la nature et les limites d'une peine, ce qui revenait à le renvoyer à l'ordre judiciaire. De fait, il visait l'article 733-1 du code de procédure pénale créé en 1978 et modifié par la loi 86-1021 du 9 septembre 1986, qui confiait au tribunal correctionnel le contentieux de l'application des peines.

6. Sur l'attente d'un droit au juge, V. par ex. L. Favoreu, *Déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, spéc. p. 550. Sur la difficulté à lui trouver un fondement en droit interne, V. par ex. P. Terneyre, *Le droit constitutionnel au juge*, *Petites affiches*, 4 déc. 1991, p. 4 et s. Le terrain conventionnel est plus convaincant, V. not. la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 8) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (art. 6 et 13). Pour leur application en matière pénitentiaire, V. B. Bouloc, *Pénologie*, n° 156.

7. *Rec. t. confl.*, p. 855.

8. V. P. Bertrand et J.-L. Crozafon, La compétence de la juridiction administrative en matière d'exécution des peines en milieu libre, cette *Revue* 1985, p. 351 et s.

9. V. not. B. Duheillet-Lamonthézie, La responsabilité de la puissance publique en raison des fautes des services pénitentiaires, cette *Revue* 1975, p. 183 et s.; F. Moderne, La responsabilité des services pénitentiaires à raison des dommages subis par les détenus, *Rev. pénit.* 1979, p. 575 et s.; J. Moreau, La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires, *Mélanges Bouzal*, p. 205 et s. et Responsabilité des services judiciaires et pénitentiaires, *J.-Cl. adm.*, fasc. 712.

10. TA Montpellier, 10 juill. 1981, *Commune de Mantet*, *Leb.*, p. 539.

11. TA Bordeaux, 13 févr. 1982, *Delavant*, req. n° 568, et TA Besançon, *Beaumont*, req. n° 9910, cités par N. Belloubet-Frier, *op. cit.*, p. 355.

12. *RFD adm.*, juill.-août 1991, note J. Pradel; *AJDA*, 1991, p. 546 et s., note Belloubet-Frier; *D.* 1991, p. 390, note J.-Y. Plouvin.

Certes, on pouvait hésiter quant à la portée exacte de cet arrêt¹³ et, notamment, penser qu'elle pouvait être circonscrite au seul domaine des réductions de peines qui, en effet, modifient directement les limites temporelles de la peine prononcée, au contraire peut-être, mais cela était discutable¹⁴, d'autres décisions d'application des peines. Pour peu que l'on fût favorable aux droits des détenus, il était certes tentant de réduire la portée de l'arrêt *Théron*. C'était cependant avoir une vision trop courte de leur intérêt. En droit, le Conseil d'Etat ne pouvait que décliner sa compétence, même s'il n'ignorait nullement¹⁵ que, de leur côté, les juridictions judiciaires ne pouvaient l'accueillir. Quoi qu'il en soit, un arrêt *Korber* du 4 novembre 1994¹⁶ devait conforter l'interprétation extensive que, d'emblée, le commissaire du gouvernement, M. Jean-Claude Bonichot, proposait : « c'est, en réalité, le sort contentieux de l'ensemble des décisions que peut prendre le juge de l'application des peines – et dans certains cas, le ministre – qui est en cause »¹⁷. Il fallait, selon lui, que le Conseil d'Etat se retire d'un contrôle qui ne relevait « pas de (son) métier », mais de celui des juridictions judiciaires. En ce sens, il tablait sur une analyse extensive de l'arrêt de la Chambre criminelle, intervenu quelques mois plus tôt dans la même affaire¹⁸. Aussi, visant à nouveau l'article 733-1 et reprenant le considérant de l'arrêt *Dame Fargeaud d'Epied*, le Conseil d'Etat refusait de connaître de décisions accordant ou révoquant la libération conditionnelle. Il n'était plus possible de limiter l'incompétence aux seules réductions de peine. Et si la libération conditionnelle modifiait, elle aussi, la nature et les limites d'une peine, tel devait être également le cas de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur.

Contraints de s'adresser aux juridictions judiciaires, les détenus ne pouvaient toutefois en espérer plus. L'article 733-1, visé par le Conseil d'Etat, disposait en effet que les décisions d'application des peines ne pouvaient être contestées devant le tribunal correctionnel que par le procureur de la République. En outre, on s'accordait à penser que ce dernier ne contesterait que des décisions favorables aux détenus¹⁹.

Certaines pratiques locales le confirmaient²⁰. Tout au plus la Chambre criminelle avait-elle admis, dans un arrêt du 28 février 1984, que le détenu pouvait former un pourvoi contre un arrêt annulant une décision qui lui avait été favorable²¹. Mais cet unique recours était lié à la contestation, dans un premier temps, par le procureur de la République, d'une décision initialement favorable.

Dès lors, on devait s'interroger sur les arguments justifiant cet état du droit que, comme le soulignait le commissaire du gouvernement Bonichot, « le législateur a(vait) voulu ».

b) La discussion du droit positif

On invoquait, de manière aussi anachronique que scandaleuse, d'une part la nature juridique de seconde zone des décisions d'individualisation et d'autre part l'inopportunité des recours.

13. V. les analyses de N. Belloubet-Frier, *op. cit.* et de G. Guglielmi, *op. cit.*

14. Pour une interprétation extensive, V. notre thèse, *La gestion du comportement du détenu, L'apparence legaliste du droit pénitentiaire*, Poitiers, 1994, p. 640.

15. Le commissaire du gouvernement, M. Tuot reconnaissait, dans ses conclusions sous l'arrêt *Théron*, qu'il en découlerait une fermeture totale de la voie contentieuse pour les détenus. Il ajoutait que la France subirait de ce fait certainement « la foudre lente de Strasbourg ». On pouvait alors penser qu'il l'appelait d'une certaine manière de ses vœux...

16. *Petites affiches*, 23 janv. 1995, p. 4 et s. et *JCP* 1995, II, n° 22422, note F. Lemaire.

17. *Ibid.*

18. V. *infra*.

19. V. P. Couvrat, *Les recours...*, p. 138 ; G. Levasseur, De quelques singularités des voies de recours en matière répressive, *Mélanges J. Vincent*, p. 213, spéc. n. 24.

20. B. Jouve, Trois années de contentieux de l'application des peines à la maison d'arrêt de Rennes, 1986-1989, *Rev. pénit.* 1993, p. 193 et s., spéc. p. 195.

21. *Bull. crim.* n° 79 et la chronique de P. Couvrat, *Les recours...*

Si l'article 733-1 avait pu réserver au procureur de la République²² les recours contre les décisions du juge de l'application des peines²³, c'est qu'il en faisait non des décisions juridictionnelles mais des « mesures d'administration judiciaire ». Cette notion inconnue du droit positif²⁴ ne pouvait être rapprochée de celle de mesure d'ordre intérieur du droit administratif, ne serait-ce que parce que l'article 733-1 en confiait le contentieux à l'ordre judiciaire. En outre, la qualification retenue n'était pas applicable aux mesures prises dans le milieu ouvert, que cette disposition ne visait pas²⁵. On ne pouvait pas plus l'admettre s'agissant du fractionnement de la peine ou de la semi-liberté, dès lors qu'elles pouvaient être prononcées par un tribunal²⁶. Mais si l'on considérait que, par analogie, tout placement en semi-liberté avait une nature juridictionnelle, ne devait-on pas raisonner de la même manière pour la mesure similaire qu'était la libération conditionnelle ?

En réalité, l'article 733-1 paraissait bien correspondre à une période transitoire de notre droit positif entre l'analyse administrative et l'analyse juridictionnelle des décisions d'application des peines.

Autrefois, en effet, l'on posait que « la loi détermine la peine. Le juge la prononce. L'administration la fait exécuter »²⁷. Ainsi, lorsqu'un magistrat était entré dans les établissements pénitentiaires, il participait, comme l'administration, à cette exécution. Il allait cependant paraître de plus en plus intolérable que les décisions d'un magistrat du siège, modifiant la durée ou les conditions d'exécution de peines privatives de liberté prononcées par une juridiction répressive, ne se voient pas reconnaître le caractère juridictionnel²⁸. C'est bien cette qualification que reconnaissait implicitement le Conseil d'Etat qui en renvoyait le contentieux à l'ordre judiciaire.

D'autres arguments pouvaient néanmoins être encore avancés.

On pouvait en premier lieu craindre une remise en cause du principe selon lequel aucune des mesures d'application des peines n'est de droit, à supposer ses conditions réunies. Mais on pouvait rétorquer que le législateur n'avait pas craint un contrôle de l'opportunité, au moins de certaines décisions visées à l'article 733-1-1°.

On avançait en second lieu le risque d'encombrement des juridictions²⁹. Toutefois, derrière cet argument éculé, c'était « l'anarchie »³⁰ et plus précisément la crainte de ne plus pouvoir tenir les détenus, qui se profilait. Elle était cependant excessive, les détenus n'étant pas dans une situation favorable pour ester en justice. Surtout, il nous paraissait possible³¹ que le contrôle juridictionnel des décisions du juge de l'application des peines contribuerait à renforcer le respect des textes, n'allant pas nécessairement dans le sens de l'intérêt immédiat des auteurs de recours. Ceux-ci étaient donc appelés à se cantonner à quelques dossiers sérieux. La véritable crainte était selon nous là. Le

22. Sur cette disposition, V. par ex. P. Couvrat, *Les recours...*, J. Pradel, Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec la loi du 9 septembre 1986, *D.* 1987, chron., p. 5 et s.

23. Les décisions du ministre en matière de libération conditionnelle n'étaient pas visées par l'article 733-1.

24. V. en ce sens G. Guglielmi, *op. cit.*, p. 624. L'auteur relève qu'on l'utilise certes dans le code de procédure civile, mais dans un contexte sans rapport aucun avec ce dont il s'agit ici.

25. En ce sens B. Bouloc, *op. cit.*, n° 156.

26. V. par ex. G. Levasseur, Aperçu sur la judiciarisation des peines, *Rev. pénit.* 1983, p. 327 et s. J. Sacotte, Le contrôle juridictionnel de l'exécution des peines en droit positif comparé, *Arch. pol. crim.* 1985, p. 103 et s.

27. Garraud, *Précis de droit criminel*, 1909, p. 273.

28. V. par ex. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 1984, n° 360-631 ; B. Bouloc, *op. cit.*, n° 156 ; G. Levasseur, *Aperçu...* ; F. Staehle, Le juge de l'application des peines magistrat du siège ou administrateur judiciaire ?, cette *Revue* 1991, p. 385 et s.

29. Crainte exprimée par la Chancellerie, selon B. Jouve, Note sur le projet de loi concernant les permissions de sortir, *Rev. pénit.* 1978, p. 473 et s., spéc. p. 476.

30. Terme utilisé par le commissaire du gouvernement Tuot dans l'affaire *Théron*, cité par P. Terneyre, *op. cit.*, p. 12.

31. V. notre thèse, *op. cit.*, p. 635.

renforcement du respect des textes pouvait paraître dangereux pour l'ordre interne aux établissements, que l'on considérait comme étroitement dépendant d'une grande souplesse interprétative³².

Opportuns, ces illégalismes n'en étaient pas moins choquants de la part d'un magistrat. Or, alors qu'en droit commun les occasions de les censurer proviennent, pour une bonne part, de l'initiative des parties, cette source était ici inexploitée. Il est probable qu'elle le sera désormais.

2. La solution de l'arrêt Korber

Le sieur Korber, auteur du recours sus-évoqué rejeté par le Conseil d'Etat en novembre 1994, avait également tenté la voie judiciaire. Condamné à quinze années de réclusion criminelle pour assassinat, Korber avait, le 13 septembre 1991, bénéficié d'une décision de libération conditionnelle. Après lui avoir accordé cette mesure, le ministre de la Justice devait la révoquer le 10 août 1993, en raison d'une nouvelle condamnation intervenue en janvier 1993. Korber avait alors saisi la chambre d'accusation d'une demande de mise en liberté. Il contestait la légalité de l'arrêt de révocation invoquant que sa peine était achevée depuis le 4 août 1993. Conformément au droit positif antérieur, la chambre d'accusation s'était tout d'abord déclarée incompétente le 30 décembre 1993, puis avait, dans un autre arrêt, en date du 13 janvier 1994, admis la recevabilité du recours, mais l'avait rejeté au fond. Ce sont ces deux arrêts que, par deux pourvois, il entendait contester. La Cour de cassation les joint et rejette le second de ces pourvois. En revanche, elle décide, le 27 avril 1994, de casser le premier arrêt de la chambre d'accusation. Celle-ci aurait dû se référer à l'article 710 et dès lors se reconnaître compétente.

Les détenus sont donc désormais autorisés à exercer des recours contre les décisions de révocation de la libération conditionnelle. Peut-on étendre cette solution à d'autres décisions ? Il est encore tôt pour l'affirmer.

Un premier ordre de limitation consisterait à la réserver aux seules décisions de révocation de la libération conditionnelle, que celles-ci soient prises par le ministre ou par le juge de l'application des peines. C'est que les révocations reposent sur des motifs comme la récidive de l'intéressé ou le non-respect des conditions posées par l'ordonnance de libération conditionnelle dont on peut penser que la nature est différente de ceux qui sous-tendent son octroi (art. 729, al. 1), voire son retrait ou son ajournement (art. 721, al. 4). Mais selon nous, qu'elle accorde, retire, ajourne ou révoque une libération conditionnelle, l'autorité concernée prend une mesure de même nature, soit d'application des peines. Spécialement lorsqu'elle la révoque, c'est parce que le détenu ne remplit plus ses conditions d'octroi, et spécialement au regard de l'objectif de réinsertion. Certes, le retrait et l'ajournement de mesures déjà accordées relèvent à la fois de la matière disciplinaire³³ et de l'individualisation des peines. Mais, selon nous, le pouvoir disciplinaire du juge de l'application des peines est contre nature. Un projet de décret, en cours d'étude à la Chancellerie, envisage du reste de le supprimer. En tout état de cause, en matière de libération conditionnelle, toute analyse disciplinaire est exclue, car aucune disposition ne prévoit que le bénéficiaire, par ailleurs entièrement soustrait aux contraintes de la vie carcérale, demeure soumis au régime disciplinaire³⁴. On est donc bien dans le domaine de l'individualisation des peines. En revanche, on pourrait s'interroger sur une autre limitation possible. Elle consisterait à réserver la solution nouvelle aux seules décisions prises par le ministre. Toutefois, il nous semble que si les décisions d'une autorité administrative, quel que soit son rang,

32. *Ibid.*, p. 407 et s.

33. V. notre thèse, p. 482 et s.

34. Alors que tel est le cas s'agissant de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur. V. l'article D 124 du C. pr. pén.

doivent être soumises aux juridictions judiciaires, tel doit être *a fortiori* le cas de celles que prend un magistrat. Cette soumission nous paraît précisément refléter un souci extensif de la part de la Chambre criminelle. En effet, l'article 733-1 ne visait pas les décisions du ministre. On ne pouvait donc pas les qualifier de mesures d'administration judiciaire. Prises par une autorité administrative, elles étaient purement administratives. Aussi si, comme le Conseil d'Etat dans la même affaire, la Cour de cassation les qualifie désormais de juridictionnelles, tel ne peut être qu'*a fortiori* le cas des décisions du juge de l'application des peines. Il n'y a donc pas lieu de réserver la solution nouvelle à celles du ministre.

En revanche, un autre angle de limitation semble plus sérieux. En l'espèce, le condamné affirmait que la révocation était juridiquement impossible, sa peine étant achevée. S'agissant d'une contestation relative à la durée de la peine initialement prononcée, on pouvait penser qu'on était dans le domaine de la seule exécution des peines et non dans celui de leur application. Dès lors l'application de l'article 710 s'expliquait, qui était cantonnée à son domaine traditionnel. Pour sérieuse qu'elle paraisse, cette limitation, que la Chambre criminelle a peut-être envisagée, ne nous paraît pas exacte en droit. En effet, si Korber prétendait que sa peine était achevée, c'était non pas tant compte tenu de son terme tel que prévu initialement par la juridiction répressive, qu'en raison de celui fixé par la décision de libération conditionnelle conformément à l'article 732, alinéa 2. Or, il est incontestable que la libération conditionnelle est une décision d'individualisation des peines. Selon nous, l'affaire concerne bien le domaine de l'application des peines et non celui de leur exécution, à supposer la distinction encore pertinente, nous y reviendrons.

On pourrait cependant voir une autre limite à la solution nouvelle dans la distinction, d'une part, des décisions accordant des mesures d'individualisation ou les refusant pour des motifs tenant à leurs conditions normales d'application, et d'autre part, des décisions retirant, comme en l'espèce, des avantages déjà accordés antérieurement en raison d'impairs disciplinaires (sur la base des art. 721 et D 250-1) ou non (V. les art. 733, C 907 et D 124) commis pas le détenu, la solution étant réservée à ces dernières. Quel contrôle exercer en effet sur l'octroi de mesures non obligatoires, même lorsque leurs conditions sont réunies ? Mais ici encore il faut rappeler que le juge se fonde sur des considérations communes, qu'il retire, accorde ou refuse d'accorder des mesures d'individualisation, quels qu'en soient les motifs apparents et qu'en outre leur contrôle en opportunité existe déjà dans le cadre de l'article 733-1-1°.

Aucune restriction de la portée de l'arrêt *Korber* ne nous semble donc pertinente en droit. Bien plus, son contenu laisse plutôt penser qu'il a entendu poser un principe plus général.

En premier lieu, la Chambre criminelle a jugé utile de casser le premier arrêt de la chambre d'accusation, alors qu'elle a rejeté le recours au fond formé contre le second, dans lequel cette juridiction avait fini par se reconnaître compétente. En second lieu, elle relève d'office l'applicabilité de l'article 710. Le demandeur au pourvoi, lui, invoquait la violation de l'article 5-4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui prévoit que toute personne privée de liberté a le droit de demander que la légalité de sa détention soit rapidement contrôlée. Ensuite, pour justifier la compétence de la chambre d'accusation, il opérait par addition de mesures sans lien entre elles et qui, à elles seules, n'auraient pu qu'entraîner le rejet du pourvoi. Il visait tout d'abord les articles 191 à 201 relatifs à l'organisation et au fonctionnement de la chambre d'accusation, puis les articles 222 et 223, relatifs au contrôle par son président de l'exécution des détentions provisoires. C'était léger. C'est pourquoi il reliait hardiment le tout aux articles 732 et 733, relatifs à la décision de libération conditionnelle et à sa révocation³⁵. Cette construction audacieuse ne pouvait suffire.

35. Il faisait également état d'un défaut de motif et d'un manque de base légale.

Pourtant la Chambre criminelle a accueilli le pourvoi et, pour ce faire, a fourni au demandeur le texte qui lui faisait défaut : « Vu lesdits articles, ensemble l'article 710 du code de procédure pénale ». Si la Chambre criminelle avait entendu limiter la nouvelle solution au seul domaine des demandes de mise en liberté dans le contexte d'une révocation de libération conditionnelle, elle aurait pu, à notre avis, se limiter à reprendre, comme elle le fait aussi, les différents textes visés par le demandeur au pourvoi. Les relier à l'article 710 nous paraît d'un tout autre ordre. D'autant qu'après ce visa s'ajoute immédiatement un « chapeau », dont on connaît tout l'intérêt lorsqu'il se manifeste pour la première fois dans un arrêt, *a fortiori* de cassation, dont le contenu est ici : « Attendu que, selon l'article 710 du code de procédure pénale, la chambre d'accusation connaît des incidents d'exécution auxquels peuvent donner lieu les arrêts de la cour d'assises. »

Or, le rattachement du contentieux de l'application des peines à l'article 710 est surprenant. Cette disposition est en effet insérée dans le livre cinquième du code de procédure pénale, dont le titre premier est *De l'exécution des sentences pénales*, alors que ce qui concerne l'application des peines proprement dite figure aux articles 714 et suivants, dans le titre deuxième *De la détention*. Ajoutons que le seul recours existant jusqu'ici en matière d'application des peines, celui visé à l'article 733-1, figure également dans le titre deuxième. L'application des peines et leur exécution semblaient donc devoir être distinctes³⁶. Si, comme nous le pensons, il y a de la part de la Chambre criminelle un souci aussi généraliste que réformateur, alors c'est qu'elle a réduit la portée de cette distinction traditionnelle. L'extension du domaine de l'article 710 est en tout état de cause incontestable. Antérieurement, cette disposition n'aurait pas à proprement parler de recours contentieux, mais un recours en rectification ou concernant les « incidents contentieux » qui ne devaient pas déboucher sur une remise en cause de l'autorité de la chose jugée³⁷. Si, comme nous le pensons, les décisions d'application des peines ont une nature juridictionnelle, alors ce sont bien des recours contentieux qui deviennent possibles.

Remarquons en dernier lieu que, si la Cour désigne la chambre d'accusation, compétente en vertu de l'alinéa 2 de l'article 710, pour connaître des incidents contentieux en matière criminelle, elle vise cependant l'article 710 sans plus de précision.

Mais quelle serait la nature d'un contrôle réalisé sur cette base ? En l'espèce, la Cour a rejeté la demande d'annulation du second arrêt de la chambre d'accusation, parce que celle-ci n'a pas violé les textes applicables. On notera d'ailleurs au passage que, le demandeur au pourvoi n'ayant pas songé à quelque moyen que ce soit, la Cour lui en fournit un ici encore spontanément. Ce sont les articles 732, 733, 592 et 593 du code de procédure pénale qui n'ont pas été violés. On doit supposer qu'*a contrario* elle n'aurait pas hésité à accueillir favorablement un recours en annulation (en l'espèce il s'agissait d'une exception d'illégalité), si tel avait été le cas. Un contrôle de la légalité est donc certainement possible, mais peut-on envisager un contrôle de l'opportunité ? On peut en douter, d'une part parce que les mesures d'individualisation ne sont pas de droit et d'autre part, et c'est lié, car le législateur a voulu réserver un important pouvoir d'appréciation au magistrat. Or, nous avons vu à quel point ses décisions sont indispensables au maintien de l'ordre interne des établissements pénitentiaires. Il en découle que le juge doit pouvoir prendre en considération d'autres éléments que ceux tirés de la stricte application des textes. Toutefois, cela conduit plus volontiers à l'octroi de mesures en dehors de leurs strictes limites qu'à leur non-octroi lorsque leurs conditions sont réunies. Mais, en sens inverse, on peut penser que, précisément parce que le contrôle de la légalité ne permet pas d'appréhender la totalité des raisons qui sous-tendent une mesure, les juridictions seront

36. On sait qu'elles font l'objet d'enseignements séparés dans les facultés de droit.

37. Crim. 29 juin 1966, *Bull. crim.* n° 187.

tentées d'aller au-delà. De plus, si la Chambre criminelle a voulu permettre aux détenus d'exercer des recours contre les mesures d'application des peines, c'était notamment pour en finir avec le déséquilibre antérieur qui permettait au seul ministère public de les contester. Or, si les recours des détenus ne permettent d'opérer qu'un contrôle de la légalité, alors que l'article 733-1 (du moins pour les mesures visées dans son point 1°) l'étend à l'opportunité, lorsqu'il est réalisé sur l'initiative du procureur de la République, alors le déséquilibre perdurera, ce qui ne nous paraît pas souhaitable.

Une « révolution » a donc peut-être bien eu lieu. Elle serait alors d'autant plus remarquable qu'elle aurait été réalisée quasi simultanément pour l'application des peines et pour les sanctions disciplinaires.

B. – *L'ouverture de la voie contentieuse en matière disciplinaire*

Pourtant, peut-être un peu plus encore ici, une évolution rapide semblait inaccessible.

1. *Le droit positif antérieur*

C'est qu'après une longue période d'hésitation la jurisprudence la plus récente marquait un durcissement discutable du sort des détenus.

a) *L'état du droit positif antérieur*

C'est au transfert d'un détenu que le tribunal des conflits avait, pour la première fois, appliqué la formule citée *supra*, dans l'affaire *Dame Fargeaud d'Epied*. Mais la jurisprudence administrative devait, comme elle le faisait depuis 1932³⁸, continuer à qualifier les décisions de l'administration pénitentiaire, et notamment en matière disciplinaire, de mesures d'ordre intérieur. De nature administrative, elles ne pouvaient relever de la compétence judiciaire, mais d'ordre intérieur, elles étaient inattaquables devant les juridictions administratives³⁹. Ainsi, le sieur Brunaux ne pouvait contester sa punition de cellule pas plus que le sieur Kanayakis ne pouvait attaquer les décisions le soumettant au régime cellulaire et décidant de son transfert⁴⁰. L'occasion d'infléchir la jurisprudence constante avait pourtant été fournie en 1983 par le sieur Caillol, celui-ci n'étant pas condamné mais prévenu. Mais le tribunal des conflits s'était prononcé le 4 juillet 1983 pour la nature administrative de son placement en quartier de haute sécurité, rejoignant la jurisprudence administrative et s'éloignant de sa position de 1960. Aussi, le Conseil d'Etat, le 27 janvier 1984, avait pu en déduire qu'il y avait en l'espèce mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours⁴¹.

Cette impossibilité où l'on plaçait les détenus d'exercer le moindre recours utile contre les décisions disciplinaires était contestable à de nombreux égards.

b) *La discussion du droit positif antérieur*

Si la notion classique de mesure d'ordre intérieur légitimait en droit cette irrecevabilité, l'opportunité paraissait également la commander.

38. CE, *Brunaux*, 28 juill. 1932, *Rec.* p. 816.

39. Sur l'irrecevabilité de principe des recours dirigés contre des mesures d'ordre intérieur, V. par ex. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1 ; A. de Laubadere, *Traité de droit administratif*, t. 1.

40. CE 8 déc. 1967, *Rec.* p. 475.

41. Sur ces deux décisions V. *AJDA* 1984, p. 107 et la chron. de B. Lasserre et J.-M. Delarue, p. 72 et s. V. aussi P. Couvrat, Les compétences juridictionnelles en matière d'exécution de détention provisoire, cette *Revue* 1984, p. 555 ; *Gaz. Pal.* 1984.I.284, note Pretot.

Les fondements de la notion de mesure d'ordre intérieur semblaient immuables⁴². On répugnait tout d'abord à déranger les juridictions administratives pour des enjeux aussi dérisoires. Cette analyse était choquante. L'effet afflictif de la punition de cellule était en effet incontestable. En outre, toutes les sanctions disciplinaires pouvaient générer des décisions d'individualisation défavorables, quoi qu'on ait pu le nier⁴³. Enfin, en l'absence de lien précis entre les infractions et les sanctions encourues, toute infraction pouvait théoriquement entraîner une punition de cellule, d'une durée maximale de quarante-cinq jours⁴⁴.

Mais on avançait encore, au soutien de la mesure d'ordre intérieur et de son effet processuel, le souci de voir les autorités pénitentiaires disposer d'un large pouvoir discrétionnaire, indispensable, d'une part au maintien de leur autorité, et d'autre part, au maintien de l'ordre particulièrement difficile à réaliser dans des lieux où des personnes sont détenues par définition contre leur gré. Cet argument-là avait au moins le mérite de la franchise. Valable dans nombre d'administrations, et particulièrement dans les établissements scolaires ou dans les casernes, il semblait *a fortiori* applicable dans les établissements pénitentiaires⁴⁵.

Dans son acception classique, la notion de mesure d'ordre intérieur était opposable au candidat au recours si la décision litigieuse n'avait pas modifié son statut ni n'avait entraîné pour lui de fâcheuses répercussions pécuniaires. Or, lorsque des détenus étaient en cause, ces critères étaient interprétés restrictivement. Ainsi, dans l'affaire *Caillol*, où le Conseil d'Etat avait examiné non pas la gravité intrinsèque de la mesure — certaine en l'espèce s'agissant d'une longue période d'isolement en quartier de haute sécurité —, mais sa gravité au regard des deux critères, il avait considéré que le fait de sanctionner un prévenu par un isolement ne l'avait pas fait passer au régime des condamnés ! C'était l'évidence même.

C'est en faveur d'une analyse *in concreto* de la gravité de la mesure que le tribunal administratif de Strasbourg, le 2 juillet 1991⁴⁶, s'était, en revanche, prononcé. Pour ce faire, il avait quelque peu transformé la notion de mesure d'ordre intérieur. En effet, à côté du critère tenant à la modification du statut de l'intéressé, il avait inséré celui de la nature pénale de la sanction, pensant intégrer, manifestement, la jurisprudence européenne. Ce critère supposait essentiellement une réelle gravité de la mesure⁴⁷. Et, en l'espèce, le tribunal administratif avait accepté de vérifier directement si elle présentait une telle gravité. L'avancée était cependant des plus modestes, puisque le tribunal administratif concluait, d'une part à l'absence de modification du statut du puni de cellule, cette punition constituant selon lui une simple modalité différente d'exécution de la peine, et d'autre part à son absence de gravité.

La notion de mesure d'ordre intérieur apparaissait finalement comme la justification formelle du refus d'accorder des recours et du souci de conférer une certaine tranquillité aux autorités. Or, en matière pénitentiaire, cela pouvait paraître particulièrement opportun.

42. Sur cette notion, V. J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey, 1934. V. aussi Charlier, *Circulaires, instructions et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives*, *JCP* 1954.I.1169 ; M. Hecquard-Théron, *De la mesure d'ordre intérieur*, *AJDA*, 1981, p. 235.

43. C'est ce que faisait le Conseil d'Etat dans l'affaire *Théron* du 9 novembre 1990. C'était oublier un peu rapidement les sanctions visées aux articles 721 et D 250-1.

44. Ou en tout cas de trente jours par application de la circulaire du 14 avril 1969, et s'agissant des infractions disciplinaires les moins graves.

45. On évoquait à leur sujet le « noyau dur de la catégorie » selon M. Hecquard-Théron, *op. cit.*, p. 240.

46. *AJDA* 1992, p. 77 et s.

47. Sur le caractère essentiel de la gravité au regard de la notion de matière pénale, 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, *flou du droit pénal*, cette *Revue* 1987, p. 819.

On pouvait en effet faire valoir qu'après tout des contrôles et des recours existaient déjà, qui étaient amplement suffisants. Ainsi le détenu pouvait-il communiquer ses observations, y compris par l'intermédiaire d'un avocat, au juge de l'application des peines. Mais le juge n'avait aucun pouvoir de contrôle et pouvait, par ailleurs, prendre lui-même des sanctions à raison de l'infraction carcérale considérée. Quant aux recours gracieux et hiérarchiques des articles D 159 et D 160, non seulement ils ne garantissaient pas l'examen du fond de l'affaire⁴⁸, mais encore pouvaient-ils s'avérer d'un emploi périlleux pour les demandeurs⁴⁹.

Ils n'étaient donc sans doute pas suffisants au regard des exigences de la jurisprudence européenne⁵⁰. L'on avait sans doute délibérément choisi d'éviter l'encombrement des juridictions administratives. Mais pas plus qu'en matière d'individualisation des peines le risque de voir la totalité des détenus devenir procéduriers n'était sérieux. Leur hésitation à agir devait même sans doute être plus grande, compte tenu de leur dépendance physique directe envers l'auteur de la décision en cause, et d'autre part du peu de chances de succès au fond, dans la plupart des cas.

Restait la crainte de remettre en cause l'autorité du chef d'établissement indispensable au contrôle des détenus. Toutefois, selon nous, loin de la remettre en cause, l'ouverture contentieuse était de nature à renforcer sa légitimité⁵¹.

Les progrès vers la judiciarisation de l'exécution des peines, la montée des exigences legalistes et spécialement de l'attente d'un droit au juge ont eu raison de ces arguments traditionnels.

2. La solution de l'arrêt Marie

Détenu à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, Pascal Marie avait utilisé la faculté, prévue à l'article D 262, d'adresser du courrier sous pli fermé au chef de service de l'Inspection générale des Affaires sanitaires et sociales, pour se plaindre, en des termes peu amènes, du fonctionnement du service dentaire de l'établissement. Sans que l'on sache bien comment l'Administration peut être informée du contenu supposé confidentiel de ces correspondances, Marie avait, pour ce motif, été condamné à huit jours de punition de cellule avec sursis, le 4 juin 1987. Il avait alors usé de la voix hiérarchique. Par son silence, le directeur régional avait confirmé la sanction. Le puni s'était alors tourné vers le tribunal administratif de Versailles, qui lui avait opposé la traditionnelle irrecevabilité. Au contraire, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 17 février 1995⁵², accueille la demande et annule les décisions du chef d'établissement, du directeur régional, ainsi que le jugement du tribunal administratif de Versailles.

La volonté réformatrice du Conseil d'Etat est indiscutable. En premier lieu, réuni en assemblée, il statue le même jour, suite à des conclusions communes du commissaire du gouvernement Frydman, dans une affaire *Hardouin*, concernant les sanctions disciplinaires en matière militaire. On sait que les deux questions sont traditionnellement liées en doctrine⁵³. Aussi « le rapprochement des deux décisions est tout à fait significatif d'un désir de changement radical et global de jurisprudence »⁵⁴. Mais, en second lieu, il ressort plus spécialement du contenu même de la décision *Marie*. En effet, c'est par principe, et non par considération des faits de l'espèce, que le Conseil d'Etat, qui

48. V. par ex. P. Pédron, *Administration pénitentiaire : les limites d'une révolution tranquille*, *Rev. pénit.* 1994, p. 41 et s., spéc. p. 56.

49. En ce sens, R. Mezghani, *La condition juridique du détenu*, thèse Paris II, 1975, p. 268.

50. V. P. Terneyre, *op. cit.*, p. 12 et J.-P. Céré, *Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises*, 1994, p. 597 s., spéc. p. 607.

51. V. notre thèse, *op. cit.*, p. 628.

52. P. Couvrat, *Le contrôle du juge...*, *JCP* 1995, II, n° 22426, note M. Lascombes et F. Bernard ; A.J.D.A. 1995, p. 379, obs V. Sueur.

53. Ce qui est du reste discutable, la situation du détenu étant particulière. En ce sens, V. notre thèse, p. 619.

54. P. Couvrat, *Le contrôle du juge...*

visé les articles D 167 et D 169, affirme désormais, et ce, dès le premier considérant, que la punition de cellule fait grief. Il se réfère en ce sens à l'article D 167 pour expliquer ce que représente concrètement la punition de cellule. Ensuite, il cite l'article D 169, qui assortit automatiquement à l'isolement ainsi réalisé d'autres privations, notamment en termes de cantine, de visites et de correspondance. Enfin, contrairement au tribunal administratif de Strasbourg en 1991, il reconnaît, en visant l'article 721, le lien avec les sanctions disciplinaires du juge de l'application des peines. De tous ces éléments, il conclut, renversant sa jurisprudence antérieure, qu'« eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ».

A cela s'ajoute le fait qu'en l'espèce Marie n'avait pas subi la cellule de punition, la sanction ayant été assortie du sursis. Aussi, même avec sursis, cette sanction fait grief. Dès lors, pour le Conseil d'Etat, les différents éléments concourant à la gravité de la mesure, et qu'il évoque dans son premier considérant (effets directs de la mesure, privations accessoires et lien avec l'application des peines), ne sont pas cumulatifs. En effet, en cas de sursis, ne demeure que le risque de voir le juge de l'application des peines prononcer à son tour une sanction. Aussi, l'examen de l'effet négatif des différentes sanctions disciplinaires, et partant de la recevabilité des recours contentieux, devrait être réalisé à la lumière de ces trois points, alternativement. Selon nous, il est alors possible que le Conseil d'Etat accepte dans l'avenir de contrôler d'autres sanctions disciplinaires⁵⁵, et notamment dans la mesure où il se réfère aux privations visées à l'article D 169, celles de l'article D 250 aux points 3°, 5° et peut-être aussi, compte tenu de l'importance du travail pénitentiaire pour l'appréciation des mesures d'individualisation, au point 2°.

D'autres mesures, prises par des autorités pénitentiaires, devraient, à notre avis, également pouvoir *a fortiori* être contrôlées. C'est qu'elles font nécessairement grief, parfois de manière considérable, quand bien même le droit positif nie leur nature disciplinaire. Il s'agit du transfert et de l'isolement imposés⁵⁶.

Il est vrai qu'il serait difficile de réaliser pareil examen alors qu'elles sont prises sur la base de conditions pour le moins brumeuses. Peut-être, du moins s'agissant de l'isolement, pourrait-on dans un premier temps contrôler leur durée, souvent excessive, à défaut de leur principe même.

Mais de quel contrôle s'agirait-il ? Après en avoir admis le principe, le Conseil d'Etat s'est livré, dans l'affaire Marie, à une analyse détaillée de la décision du chef d'établissement à la lumière de l'article D 262. Cette disposition permet de sanctionner le détenu qui abuse du courrier sous pli fermé, « soit pour formuler des outrages, des menaces ou des imputations calomnieuses, soit pour multiplier des réclamations injustifiées ayant déjà fait l'objet d'une décision de rejet. » En l'espèce, le Conseil d'Etat relève qu'il n'y avait eu ni rejet de plaintes précédentes, « ni outrage, ni menace, ni imputation » calomnieuse. Tout au plus, le détenu utilisait-il des « termes peu mesurés ». Par conséquent les faits n'étaient « pas de nature à justifier une sanction ». Incontestablement, le Conseil d'Etat a entrepris, comme le lui demandait le commissaire du gouvernement, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁷, qui permet notamment de confronter l'infraction commise à la sanction prononcée. Il faut alors s'interroger sur ses conséquences, tant en droit qu'en fait, surtout si, au même titre que l'arrêt *Korber*, l'arrêt *Marie* devait avoir une large portée.

55. *Contra* P. Couvrat, *loc. cit.* Le commissaire du gouvernement Frydman, tout en suggérant au Conseil d'Etat d'avoir une conception limitée de la notion de sanction faisant grief, pense qu'à la lumière des nouveaux critères, bien peu des sanctions actuellement existantes « conserveront, à la vérité, leur caractère d'actes insusceptibles de recours ».

56. Sur leur nature en réalité disciplinaire, V. notre thèse, p. 512 et s.

57. En ce sens, P. Couvrat, *Le contrôle du juge...*

II. - LE RENFORCEMENT PRÉVISIBLE DE LA LÉGALITÉ PÉNITENTIAIRE

Les arrêts *Korber* et *Marie* réalisent certainement un progrès dans la judiciarisation des procédures pénitentiaires. Il est probable que ce premier pas en annonce d'autres, désormais inéluctables.

A. - La judiciarisation effective des décisions pénitentiaires

Les arrêts *Marie* et *Korber* ont transformé la nature des décisions pénitentiaires tout en bouleversant le régime procédural.

1. La judiciarisation des qualifications

Déjà discutable sous le seul empire de l'article 733-1, la qualification floue de « mesure d'administration judiciaire » nous paraît caduque. Elle le sera si, comme nous le pensons, comme en droit commun, les juridictions judiciaires pourront contrôler de telles mesures, connaître aussi bien sur l'initiative du procureur de la République que sur celle des intéressés. Elle le sera *a fortiori* si la Chambre criminelle ne distingue plus l'exécution et l'application des peines. Car alors l'exécution et l'application des peines constitueront un ensemble faisant suite au procès pénal, analyse que nous ne pourrions qu'accueillir avec enthousiasme. En effet, elles consistent toutes deux à opérer un équilibre entre des principes supérieurs que sont, d'une part, la liberté individuelle, « dont les juges sont constitutionnellement les garants »⁵⁸, et d'autre part, « les exigences de la répression et de la sécurité de la société »⁵⁹. En droit, malgré la répartition en chapitres différents des dispositions relatives à l'exécution et à l'application des peines, il faut toutefois signaler que l'article 707, qui confie au procureur de la République l'exécution des sentences⁶⁰, et d'autre part, l'article 709-1, qui prévoit la désignation, dans chaque tribunal de grande instance, d'un juge de l'application des peines ainsi que le fonctionnement d'un comité de probation, figurent toutes deux dans le chapitre 1 relatif à l'exécution des peines.

Il faut, nous semble-t-il, espérer que les mesures d'application des peines aient bien conquis le rang de mesures de nature juridictionnelle.

De leur côté, les décisions disciplinaires demeurent, après l'arrêt *Marie*, de nature administrative. Mais elles ne sont certainement plus des mesures d'ordre intérieur. Le Conseil d'Etat ne se réfère à cette notion, ni dans son acception classique, ni dans sa version européanisée du tribunal administratif de Strasbourg. Si les recours sont désormais recevables, c'est que les mesures en cause font grief, par principe. Selon nous toutes les sanctions disciplinaires font grief. Néanmoins, même si tel ne devrait être le cas que des punitions de cellule⁶¹, l'analyse traditionnelle des mesures d'ordre intérieur a été renversée, du moins en notre domaine, en raison des critères qu'a utilisés le Conseil d'Etat. Il réalise là un grand pas vers plus de légalité. Pourtant l'avenir nous paraît être, y compris dans le domaine disciplinaire, à la compétence des juridictions judiciaires⁶². D'une part, parce qu'elles sont traditionnellement garantes des libertés individuelles⁶³. D'autre part, parce qu'il nous semble que la discipline pénitentiaire

58. B. Jouve, Note sur le projet de loi concernant les permissions de sortir, op. cit., p. 478.

59. G. Levasseur, Aperçu sur la judiciarisation, op. cit., p. 335.

60. Mais il admet à côté de lui les parties, du moins pour ce qui les concerne, ce qui est conforme avec la solution *Korber*.

61. Mais cela représente la grande majorité des sanctions prononcées. V. en ce sens le Rapport de l'AP pour 1993, p. 125, s'agissant de l'ensemble des détenus, et p. 128, s'agissant des mineurs.

62. En ce sens, G. Mathieu, *Les droits des personnes incarcérées dans la Communauté européenne*, thèse Aix-Marseille, 1993, p. 254-255.

63. V. D. Turpin, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, AJDA 1983, p. 653 et s.

n'a rien de commun avec la discipline militaire ou scolaire. Selon nous, les détenus ne sauraient être considérés comme des usagers de l'Administration⁶⁴. Leur dépendance est totale et leur réticence à leur assujettissement tout aussi certaine. Surtout, cela fait suite à une décision répressive et non à une obligation légale, voire conventionnelle, comme c'est le cas pour les écoliers et les militaires. Enfin, il faut se souvenir qu'en 1960 le Tribunal des conflits avait considéré qu'une décision prise par l'autorité pénitentiaire concernait la nature et les limites d'une peine et en conséquence relevait des seules juridictions judiciaires. Même s'il ne faut sans doute pas attendre, dans l'immédiat, de retour à la solution *Dame Fargeaud d'Epied*⁶⁵, tel devrait être, à notre avis, la prochaine étape de l'évolution⁶⁶.

Les juridictions administratives, d'une part, et judiciaires, d'autre part, sont donc compétentes, selon les litiges. Encore faut-il tenir compte des précisions nécessairement apportées par les arrêts *Korber* et *Marie*.

2. La judiciarisation des procédures

La détermination de la juridiction compétente en matière disciplinaire ne devrait poser aucune difficulté. En revanche, la référence à l'article 710, dans l'affaire *Korber*, a nécessairement entraîné une dualité de compétence. En effet, dans son alinéa 1, il désigne « le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence », s'agissant des incidents contentieux survenant à propos des sentences correctionnelles, tandis que ceux survenant à propos de sentences criminelles sont soumis par l'alinéa 2 à la chambre d'accusation. Cette dualité s'expliquait tant que l'article 710 concernait la seule exécution des peines⁶⁷. En effet, dès avant le code de procédure pénale, qui n'a fait que reprendre le droit antérieur sur ce point, on considérait qu'il était légitime de confier le contentieux de l'exécution à la juridiction ayant prononcé la condamnation, du moins lorsque le condamné était détenu dans son ressort. Le but était d'éviter des frais supplémentaires. Seul le caractère non permanent de la cour d'assises expliquait qu'on réservât à la chambre d'accusation le contentieux en matière criminelle. La dualité de compétence fondée sur l'origine de la sanction répressive nous paraît inopportune pour l'application des peines. *Ratione materiae*, il est sans doute dangereux de confier l'application des peines correctionnelles aux juridictions mêmes qui les ont prononcées. On peut en effet craindre leur partialité. Un risque que l'on a dû envisager lorsque l'on a décidé que ce ne serait pas elles, mais un juge spécialisé qui serait chargé des mesures d'individualisation. *Ratione loci*, la compétence de la juridiction du lieu d'exécution nous paraît plus judicieuse⁶⁸ et, du reste, moins coûteuse. Il est vrai que parfois elle correspondrait à celle qui avait prononcé initialement la sentence. On devrait alors, comme en droit commun, jouer sur la composition de la formation collégiale, pour se prémunir de toute partialité. Néanmoins, ceci serait de nature à poser des difficultés pratiques qu'il serait simple d'éviter en créant, sinon une juridiction spécialisée, comme on l'envisagea un temps⁶⁹, du moins des chambres spécialisées en matière d'applica-

64. F. Staechle, Le juge de l'application des peines, magistrat du siège ou administrateur judiciaire, op. cit., p. 389, va même jusqu'à affirmer que le détenu est extérieur au système pénitentiaire. *Contra*, B. Prévost, Quelle modernisation pour le service public pénitentiaire?, Rev. pénit. 1995, p. 9 et s., spéc. p. 21.

65. La Chambre criminelle refusait encore, dans un arrêt *Omarsaib* du 20 déc. 1990 de se reconnaître compétente s'agissant du recours d'un détenu contre une punition de cellule. *Dr. pénal*, avr. 1991, n° 131.

66. P. Couvrat, cette *Revue*, 1995, 2, op. cit., estime en effet que « tous les espoirs sont permis ». Il est vrai que le commissaire au gouvernement Frydman ne l'a pas exclu.

67. Au domaine si limité, à vrai dire, que peu d'ouvrages modernes en décrivaient le régime. V. cependant R. Merle et A. Viti, *Traité de droit criminel*, t. 1, n° 644 et s. V. aussi C. Zambeaux, *Exécution des sentences pénales*, Action du ministère public, J. Cl. Procédure pénale, art. 707 à 709.

68. En ce sens, Garraud, *Traité de droit pénal*, II, 672.

69. V. sur cette question, G. Levasseur, *Aperçu...*

tion et d'exécution des peines au sein des juridictions correctionnelles. On réaliserait ainsi une heureuse unité du contentieux de l'application des peines.

Finalement, selon nous, l'application de l'article 710 devrait être provisoire et, soit devrait être aménagée par le législateur, soit devrait être remplacée par une disposition propre à l'application des peines.

Du rattachement à l'article 710 découlent probablement d'autres effets prévisibles. En premier lieu, l'appel contre les décisions rendues sur son fondement est théoriquement possible, la Cour de cassation l'ayant admis dans un arrêt du 29 décembre 1964⁷⁰, puisque l'article 496 en fait une voie de recours générale. Pourtant, cela aurait en notre matière des conséquences pour le moins curieuses. En effet, si l'on admet que les décisions du juge de l'application des peines ont désormais une nature juridictionnelle, elles constituent alors un premier degré de juridiction et le jugement du tribunal correctionnel ou de la chambre d'accusation en constitue le deuxième. Dans ces conditions, un appel serait une véritable anomalie qui consacrerait un troisième degré de juridiction ! Au surplus, l'appel étant exclu en matière criminelle, à l'anomalie s'ajouterait la confusion. Il faudrait y remédier en décidant simplement que le recours fondé sur l'article 710 serait le seul envisageable, sous réserve, bien entendu, des voies de recours extraordinaires.

De tels recours ne devraient pas entraîner, par ailleurs, la suspension de l'application de la décision litigieuse. La suspension est traditionnellement exclue en matière administrative et ne devrait donc pas concerner les sanctions disciplinaires. Elle serait théoriquement possible pour les décisions d'individualisation des peines, puisque l'article 711, alinéa 2 la prévoit « si le tribunal ou la cour l'ordonne ». Elle serait cependant sans objet lorsque le détenu serait l'auteur d'un recours contre une décision favorable. Si l'on tient compte, surtout de la lenteur avec laquelle ces juridictions statuent, il est à craindre que les recours exercés par les détenus n'aient d'autre motivation que le principe et non l'intérêt immédiat. Dans ces conditions, la portée pratique du revirement pourra bien apparaître comme peu dangereuse pour le système pénitentiaire⁷¹.

Ce sont d'autres effets, non pas immédiats, mais probables, des nouvelles solutions qui sont porteuses, sans doute, du plus grand espoir.

B. - La judiciarisation probable des procédures pénitentiaires

Tant le fond du droit que les procédures sont, à terme, promis à des bouleversements.

1. Les modifications du droit matériel

On ne peut en l'état encore parler d'un droit pénitentiaire, qui devra être élaboré pour permettre les contrôles créés par la jurisprudence. Il faudra préalablement en éliminer une criante anomalie préjudiciable à sa clarté et à sa légitimité.

a) La suppression des articles 721 alinéa 4 et D 250-1

En l'état actuel de notre droit, le juge de l'application des peines peut, à la suite du chef d'établissement, prendre des sanctions disciplinaires sur le fondement des articles 721, alinéa 4 et D 250-1⁷², ce que la décision *Marie* a reconnu. Mais cette pra-

70. *Bull. crim.* n° 350.

71. Le journal *De Facto*, de l'Observatoire international des prisons, s'en émeut, dans son édition de mars 1995, qui constate avec amertume que le détenu Marie a attendu presque huit ans pour voir sa punition annulée. Cette lenteur était pourtant l'un des arguments invoqués par le commissaire du gouvernement Frydman pour faire valoir au Conseil d'Etat qu'un revirement aurait peu de conséquences fâcheuses.

72. Sur les liens entre ces deux dispositions, V. notre thèse, p. 480 s.

icipation du juge de l'application des peines au pouvoir disciplinaire est inadmissible. En premier lieu, parce qu'elle conforte la dérive de la pratique qui se focalise sur la conduite des détenus et les impératifs de gestion globale des établissements, là où il faudrait avoir aussi, voire parfois exclusivement, égard à des considérations sociales. Ensuite, parce que l'ordre interne relève de la seule responsabilité de l'Administration⁷³. Enfin, parce que les décisions du magistrat sont désormais, selon nous, de nature juridictionnelle. Dès lors, les articles 721, alinéa 4 et D 250-1 n'ont plus lieu d'être. Signalons qu'un projet de décret en cours d'élaboration à la Chancellerie semble prévoir leur suppression. Cela est désormais urgent. Tout aussi opportunément, il envisage également de renforcer la légalité du droit disciplinaire.

b) Le renforcement de la légalité au fond

A l'heure actuelle il n'existe nulle liste exhaustive, d'une part des infractions disciplinaires, d'autre part des sanctions qui leur sont applicables⁷⁴. Dans l'affaire *Marie*, le Conseil d'Etat avait pu réaliser un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en se référant à l'infraction carcérale visée par l'article D 262. Il existe sans doute d'autres dispositions du code de procédure pénale qui envisagent des infractions pénitentiaires (art. 726, D 245, D 246, D 273 et D 342, al. 2). Mais la liste, du reste éparse, qu'elles constituent, n'est nullement exhaustive, en sorte que des sanctions peuvent frapper des comportements qu'elles n'envisagent pas. D'autre part, certaines de ces dispositions (par exemple les art. 726 ou D 245) sont rédigées en des termes si flous qu'elles ne permettent pas de déterminer de manière prévisible si l'infraction est constituée. Enfin, il n'y a pas de lien, sinon partiel (par exemple aux points 2^e, 4^e et 5^e de l'art. D 250), entre les sanctions visées à l'article D 250, elles-mêmes non exhaustives, et ces infractions. Le projet de la Chancellerie se propose heureusement de réaliser une liste des infractions et des sanctions. Il n'est hélas pas encore publié. Il est d'ailleurs probable que sa rédaction initiale devra être modifiée pour tenir compte de l'évolution jurisprudentielle. Il est pourtant urgent de disposer d'un système véritablement légaliste, à l'image du droit pénal, que l'on s'évertue souvent à plagier en matière disciplinaire sans hélas en fournir les garanties.

Ce n'est pas du pouvoir réglementaire, mais de la jurisprudence, que l'on doit attendre un progrès de la légalité dans le domaine de l'application des peines. On peut s'attendre tout d'abord à ce que les parquets, qui laissaient souvent passer des illégalismes flagrants⁷⁵, soient désormais plus attentifs. Saisies tantôt par ses représentants, tantôt par les détenus, les juridictions judiciaires y seront sans doute elles-mêmes plus sensibles. Il n'est donc pas du tout certain que l'ouverture contentieuse soit toujours, pour les détenus, concrètement, de leur intérêt ! Dans le même temps, on sait que, notamment du fait de l'incontestable allongement de la durée des peines, une « individualisation », si l'on peut dire, libérale, est indispensable à l'ordre interne. Et chaque fois que des magistrats ont tenté de revenir à un plus strict respect des textes, notamment en matière de réductions de peine et de permissions de sortir, les détenus n'ont pas tardé à perdre leur calme. Il y a certainement une réflexion à mener à ce sujet pour éviter des conséquences fâcheuses.

Peut-être cela passe-t-il par des progrès entourant les procédures tant disciplinaires que d'application des peines.

73. V. les articles D 265 et D 266.

74. Certes, l'absence de caractère obligatoire de la règle *nulla poena...* est fréquente en droit disciplinaire. Sur cette question, V.J. Pralus-Dupuy, *Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire*, D. 1993, chron., p. 135. Mais cette situation est particulièrement dommageable, à notre avis, en matière pénitentiaire.

75. On nous a rapporté que, dans une grande maison centrale, le juge de l'application des peines accordait des permissions de sortir d'une durée égale à celles qui s'appliquent en principe aux seuls centres de détention, ce, avec l'assentiment tacite du parquet, dont les représentants étaient, il est vrai, parfois appelés à remplacer, durant les congés, ce magistrat...

2. Les modifications du droit processuel

Actuellement, les procédures pénitentiaires fonctionnent sur la base d'une pâle copie du procès pénal, que ce soit dans sa phase préparatoire ou dans sa phase décisive, sans jamais en approcher sérieusement les garanties traditionnelles. Cette situation contestable ne nous paraît désormais plus viable.

a) Les modifications nécessaires dans la phase préparatoire

C'est tout d'abord, au stade du lancement des procédures, leur notification qui est insuffisante. Il est en effet un principe fondamental, qui figure notamment à l'article 6-3-a) de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu duquel il convient de notifier aux parties concernées les charges qui pèsent contre elles. Surtout nécessaire lorsque l'enjeu est, pour le détenu, le prononcé d'une éventuelle mesure faisant grief⁷⁶, cela n'a cependant pas toujours lieu.

En matière disciplinaire, l'article D 249, alinéa 2 prévoit pourtant une notification, mais elle doit intervenir trois heures avant le prétoire⁷⁷. La préparation d'une défense utile comme la participation de « l'inculpé » à la recherche de la vérité sont donc plus qu'improbables. Les pratiques des rapports blancs ou des négociations informelles permettent de surcroît souvent de contourner cette exigence minimale. Par ailleurs, le code de procédure pénale n'impose nulle notification s'agissant des sanctions prises par le juge de l'application des peines. Pour le code, il n'y a manifestement qu'une seule et même procédure disciplinaires⁷⁸, en sorte qu'une seule notification suffit. Le projet de la Chancellerie envisage de passer à un délai de six heures, qui nous paraît insuffisant au regard du degré d'exigence qu'impose désormais la soumission de notre matière au droit commun, qui suppose notamment que l'on tente d'établir la vérité des faits.

Pourtant, avec la contribution du principal intéressé on pourrait espérer que l'on s'en approche enfin. Actuellement, l'article D 249, alinéa 1 prévoit que le chef d'établissement doit s'informer avant l'audience et des faits de la cause et de la personnalité de l'auteur de l'infraction. L'instruction préparatoire, si l'on peut dire, est donc confiée à celui-là même qui appréciera ensuite les faits. En pratique, elle consiste en un examen de la procédure disciplinaire, du dossier individuel de l'intéressé et, le cas échéant, en un questionnement du surveillant gradé assistant le directeur avant l'audience. Il n'y a donc nulle recherche des éléments matériels éventuels de l'infraction, nulle confrontation des éléments mentionnés dans le formulaire vert établi par un surveillant. En outre, à ce stade, comme lors de l'audience, il ne faut pas espérer auditionner des témoins. Le projet de la Chancellerie envisage une rapide instruction préalable par un surveillant gradé. Il n'est toutefois pas certain que celui-ci parvienne à obtenir des éléments utiles, compte tenu des conditions psychologiques propres aux établissements pénitentiaires. Disposera-t-il par ailleurs des possibilités de rechercher les éléments matériels ? Cela n'est pas certain.

La situation est aussi difficile s'agissant de l'individualisation des peines. Pourtant, l'établissement de la vérité y est particulièrement nécessaire, compte tenu du risque sociétal important qu'il y a à relâcher plus tôt que prévu des condamnés. Lorsqu'il prononce des sanctions disciplinaires à la suite du chef d'établissement, le juge de l'application des peines n'opère pas d'enquête complémentaire. C'est en revanche le cas lorsqu'il statue sur l'éventualité de certaines mesures favorables. Les enquêtes ainsi

76. S'agissant des mesures favorables prises par le juge de l'application des peines, une notification préalable paraît inutile, la procédure étant lancée, la plupart du temps, à l'initiative du détenu ou avec son accord, voire sa participation. Cela dit, une notification présente l'intérêt de lui permettre d'organiser son argumentation.

77. Circ. du 18 déc. 1972.

78. Aussi, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Marie*, lie-t-il enfin les deux pouvoirs disciplinaires issus de la même procédure.

réalisées ont cependant un domaine très limité⁷⁹. Aussi, en réalité, subit-il très fortement la dépendance documentaire de l'Administration qui lui fournit essentiellement des informations à caractère comportemental et disciplinaire. Il en va de même de ce qu'il entend de ses représentants lors des réunions de la Commission de l'application des peines. Or nombre de ses décisions supposent une appréciation de la possibilité et du désir réel de réinsertion. Mais il lui est, en pratique, très difficile de s'affranchir de considérations disciplinaires et, par ailleurs, les éléments lui permettant d'apprécier la vraisemblance de ces sentiments et possibilités sont eux-mêmes peu fiables, compte tenu du cadre où ils sont réunis. Il nous semble que l'on pourrait – et devrait désormais – aisément réduire ces imperfections en rendant obligatoires l'audition de témoins, la vérification matérielle des faits et la comparution systématique de l'intéressé. Mais ce dernier point intéresse déjà la phase décisive.

b) Les modifications nécessaires dans la phase décisive

A l'heure actuelle, les procédures pénitentiaires plagient imparfaitement le procès pénal. Il faudrait s'en rapprocher plus encore.

Ainsi faudrait-il sans doute renforcer la solennité des audiences de manière à offrir un cadre propice à une ultime recherche de la vérité, tout en écartant le reproche d'arbitraire.

Aussi, loin de faire disparaître le prétoire de discipline, faudrait-il le rétablir textuellement⁸⁰ et en régir la procédure. Sans doute pourrait-on, par exemple, faire intervenir au côté du chef d'établissement d'autres personnes, tel le directeur régional, voire le remplacer par ce dernier afin de supprimer l'anomalie consistant à faire statuer le supérieur hiérarchique direct de certaines des victimes d'infractions pénitentiaires.

D'une manière générale, les audiences devraient être l'occasion d'une instruction définitive. C'est pourquoi il faudrait admettre, par principe, la comparution du condamné aux séances de la Commission de l'application des peines⁸¹, voire l'audition de témoins et la production de pièces et de documents autres que les sempiternels certificats d'hébergement et de travail. Il faudrait, dans le même esprit, prévoir de manière plus systématique l'audition de témoins au prétoire de discipline, même si l'on ne doit pas se bercer d'illusions à ce sujet. L'audition du surveillant auteur du rapport d'incident devrait en tout cas être obligatoire. A l'heure actuelle, si beaucoup de surveillants témoignent, ce n'est pas son cas. Enfin, il conviendrait de modifier la rédaction de l'article D 249, alinéa 2, qui prévoit que le détenu peut présenter ses « explications », ce qui sous-tend, même si ce n'est pas nécessairement le cas en pratique, qu'il ne peut que plaider coupable. Le droit au juge suppose aussi le respect du contradictoire⁸². Encore faut-il tolérer la contradiction !

Afin de la rendre plus effective, l'assistance voire la représentation du détenu devrait être possible. A présent qu'il intervient au stade des recours⁸³, l'avocat devrait pouvoir intervenir au stade de la prise des décisions. Il ne devrait donc plus être interdit de prétoire et, par ailleurs, devrait pouvoir plaider devant la Commission de l'application des peines ou, le cas échéant, au sein du cabinet du juge.

II

79. Elles consistent essentiellement à vérifier le sérieux de certificats d'hébergement et de travail et l'honorabilité de leurs auteurs.

80. On sait qu'il était mentionné, en 1959, à l'article D 249 du *c. pr. pén.*, et a été supprimé en 1972, tout en demeurant en pratique.

81. On notera que l'article 711 envisage la comparution du détenu « s'il échet », et l'article 712 prévoit à cette fin son extraction. Il nous semble que sa comparution est particulièrement importante s'agissant d'individualisation. A défaut de l'admettre lors des réunions de la CAP, ne court-on pas le risque que le recours soit le seul moyen de se faire entendre ?

82. V. par ex. Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 2, 1991, p. 112 et s.

83. Encore que sur la base de l'article 710, la Chambre criminelle ait dans le passé posé qu'il n'était entendu que s'il le demandait. *Crim.* 2 mars 1966, *Bull. crim.* n° 76.

Si elles approchaient plus résolument de la vérité, les décisions pénitentiaires seraient sans doute moins sujettes à recours et à censure. Resterait à espérer que leurs qualités rédactionnelles s'amélioreraient pour faciliter les éventuels contrôles. Ainsi, les sanctions disciplinaires devraient-elles consister en un document séparé et non en une simple mention apposée au formulaire de la procédure disciplinaire. Dans le même esprit, il devient urgent que le juge d'application des peines soit systématiquement assisté d'un greffier. Il faudra également que cette juridiction motive ses ordonnances. Une telle motivation s'imposera aussi pour les sanctions disciplinaires. Car si les juridictions administratives contrôlent l'erreur manifeste d'appréciation, encore faut-il qu'elles disposent de quelques éléments... d'appréciation !

Si comme nous le pensons, les arrêts *Korber* et *Marie* sont les premiers pas, révolutionnaires, de nombreux autres changements, alors un bouleversement majeur se profile à moyen terme : la naissance d'un véritable droit pénitentiaire. Comme toute branche du droit, cette matière devrait alors progressivement s'enrichir des précisions jurisprudentielles. Ainsi apprend-on, dans l'arrêt *Korber*, qu'il existe une cause de suspension du délai⁸⁴ permettant au ministre de révoquer une mesure de libération conditionnelle, qui tient à la nouvelle condamnation à une peine privative de liberté et qui couvre toute la durée de l'exécution de cette dernière⁸⁵. Ainsi apprend-on, dans l'affaire *Marie*, que de simples « critiques dans des termes peu mesurés » ne constituent pas des « imputations calomnieuses » au sens de l'article D 262 et ne justifient pas des sanctions disciplinaires. La multiplication des recours est donc, selon nous, souhaitable.

La prévisibilité du droit, la crédibilité de la sanction privative de liberté et, partant, du rappel à la loi devraient s'en trouver renforcées. Aussi ne peut-on qu'être enthousiaste devant la soumission au droit commun de la matière pénitentiaire.

84. Sur ce point, v. B. Bouloc, Chr. D. pénal général, cette *Revue*, 1995, 1, p. 98-99.

85. De même, le goût prononcé pour les recours du parquet de Rennes avait permis à Bernard Jouve, *op. cit.*, systématisant trois années de riche contentieux, d'éclairer les conditions d'appréciation des différentes mesures d'individualisation.

D. CHRONIQUE INTERNATIONALE

I. Droits de l'homme

Louis-Edmond 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 s'est récemment prononcée à propos de la présomption d'innocence (CEDH, *Alenet de Ribemont c/ France*, 10 févr. 1995, série A, n° 308), dans le domaine de la liberté de circulation et celui de la liberté d'expression (CEDH, *Piermont c/ France*, 27 avril 1995, série A, n° 314), ainsi qu'en matière d'extradition (CEDH, *Quinn c/ France*, 22 mars 1995, série A, n° 311).

I. L'affaire Alenet de Ribemont

M. Alenet de Ribemont, homme d'affaires arrêté le 29 décembre 1976, puis inculqué et placé en détention provisoire à la suite de l'assassinat du député Jean de Broglie qui lui avait consenti un prêt, fut désigné comme l'un des instigateurs de ce crime, par le ministre de l'Intérieur, M. Michel Poniatowski, ainsi que par le directeur de la police judiciaire de la Préfecture de police de Paris et le chef de la brigade criminelle, lors d'une conférence de presse du même jour dont les journaux télévisés de TF1 et d'Antenne 2 rendirent compte.

Libéré le 1^{er} mars 1977 et bénéficiaire d'un non-lieu en date du 21 mars 1980, M. de Ribemont adressa dès le 23 mars 1977 un recours gracieux au Premier ministre afin d'obtenir réparation des préjudices moral et financier qu'il estimait avoir subis du fait des déclarations précitées du ministre de l'Intérieur et de deux hauts fonctionnaires de police. En l'absence de réponse, il forma un recours contentieux devant le tribunal administratif de Paris qui le déclara irrecevable le 13 octobre 1980.

Statuant sur l'appel interjeté par M. de Ribemont, le Conseil d'Etat rejeta ledit recours le 27 mai 1983 au motif que la juridiction administrative était incompétente pour en connaître.

C'est dans ces conditions que l'intéressé assigna le 29 février 1984 le ministre de l'Intérieur et l'agent judiciaire du Trésor par devant le tribunal de grande instance de Paris qui déclara la demande recevable contre l'agent judiciaire du Trésor seulement et débouta M. de Ribemont sur le fond, au motif que ce dernier ne rapportait pas la preuve des faits qu'il invoquait, bien qu'il ait sollicité une injonction de ce même tribunal aux fins d'obtenir la production forcée par les sociétés de télévision concernées de l'enregistrement audiovisuel de la conférence de presse du 29 décembre 1976.

Saisie par deux parties, la cour d'appel de Paris débouta derechef M. de Ribemont le 21 octobre 1987 essentiellement pour insuffisance de preuves, en dépit de sa demande réitérée en production forcée de pièces détenues par des tiers.

A la suite du rejet le 30 novembre 1988 de son pourvoi en cassation, également pour insuffisance de preuves, M. de Ribemont s'est plaint, devant les instances européennes de Strasbourg, d'une violation de l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la présomption d'innocence et de l'article 6, paragraphe 1 de ladite Convention concernant le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable.

Le gouvernement français qui soutenait que l'article 6, paragraphe 2 n'était pas applicable en l'espèce, parce qu'une atteinte à la présomption d'innocence n'aurait pu provenir que d'une autorité judiciaire en application de la jurisprudence européenne elle-même (CEDH, *Minelli c/ Suisse*, 25 mars 1983, série A, n° 62 ; et CEDH, *Sékanina c/ Autriche*, 25 août 1993, série A, n° 266-A), n'a pas été suivi dans cette argumentation.

La Cour européenne a en effet considéré que le champ d'application de l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne n'était pas limité à l'hypothèse présentée par le gouvernement français, car la présomption d'innocence pouvait également être méconnue par d'autres autorités publiques. Les précédents CEDH précités s'appliquaient uniquement à une dernière phase procédurale.

Sur le fond, la Cour a dit que le droit des membres du gouvernement à la liberté d'expression ne saurait justifier les propos, « sans nuance ni réserve », tenus par le ministre de l'Intérieur et deux hauts fonctionnaires de police, constitutifs d'une véritable « déclaration de culpabilité » puisqu'ils présentaient le requérant comme le complice d'un assassinat.

Il y a donc eu violation de l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne.

S'agissant du « délai raisonnable », la Cour européenne a considéré que la période à prendre en considération avait commencé avec le dépôt du recours gracieux le 23 mars 1977 et s'était achevée avec l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 novembre 1988.

Par suite, même si l'affaire était complexe en raison de problèmes de compétence, et bien que M. de Ribemont ait dans une certaine mesure retardé le déroulement de la procédure, c'est essentiellement le comportement des autorités nationales qui a provoqué un dépassement du délai raisonnable car « les autorités administratives et juridictionnelles... ont constamment fait obstacle à la production de l'enregistrement audiovisuel qui eût permis à M. Allenet de Ribemont d'apporter la preuve des propos tenus durant la conférence de presse ».

Il y a donc eu également violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne.

Statuant en équité conformément à l'article 50 de ladite Convention, la Cour européenne a en conséquence condamné l'Etat français à verser au requérant la somme de 2 000 000,00 francs en raison du « tort moral » subi par ce dernier, ainsi qu'une somme de 100 000,00 francs à titre de remboursement de ses frais et dépens.

La Cour européenne a ainsi démontré son attachement à la présomption d'innocence, dont l'importance exige le respect par toute autorité publique, et dont la violation commande l'octroi d'un dédommagement non symbolique.

II. L'affaire Piermont c/France (PTOM)

Mme Dorothée Piermont de nationalité allemande, militante écologiste et pacifiste ainsi que député européen, qui s'est rendue en Polynésie française à l'occasion de la

campagne électorale précédant les élections législatives et territoriales de mars 1986, se vit notifier un arrêté d'expulsion à la fin de son séjour, au motif que nonobstant un avertissement verbal et préalable elle avait porté atteinte à la politique de la France en déclarant que celle-ci commettait des actes d'ingérence dans les affaires polynésiennes.

Sur le recours de l'intéressée, le tribunal administratif de Papeete annula ledit arrêté pour excès de pouvoir, estimant que les propos tenus par Mme Piermont, qui s'apprêtait de toute manière à quitter le territoire, « ne présentaient aucun caractère séditieux » et ne constituaient pas « un risque sérieux de troubles à l'ordre public ».

En revanche, le Conseil d'Etat saisi par le ministre des Départements et Territoires d'outre-mer annula le jugement rendu par le tribunal administratif précité au motif que les propos litigieux « violemment hostiles à la politique de défense de la France et à l'intégrité de son territoire... constituaient une menace pour l'ordre public » justifiant la mesure d'expulsion.

Par ailleurs, à la suite d'une manifestation défavorable à sa venue en Nouvelle-Calédonie, Mme Piermont qui poursuivait son périple en période électorale fut retenue à l'aéroport de Nouméa où elle avait atterri et se vit notifier « un arrêté d'interdiction d'entrée » mentionnant que sa présence suscitait « des troubles à l'ordre public ».

Le tribunal administratif de Nouméa saisi par l'intéressée annula ce second arrêté pour défaut de motivation, en l'absence de précisions sur les éléments de fait à la base de la mesure de police en cause.

Saisi à nouveau par le ministre des Départements et Territoires d'outre-mer, le Conseil d'Etat annula derechef ce second jugement au motif que la présence de Mme Piermont sur le territoire constituerait « une menace pour l'ordre public ».

Devant les instances européennes, la requérante s'est plainte de ce que les mesures administratives prises à son encontre, tant en Polynésie française qu'en Nouvelle-Calédonie, avaient enfreint l'article 2 du protocole n° 4 additionnel à la Convention européenne, l'article 10 de ladite Convention et l'article 14 combiné avec l'article 10 précité.

1° Sur les violations de l'article 2 du protocole n° 4

A. — La mesure prise en Polynésie française

La Cour européenne s'est bornée à constater que la requérante, qui n'était pas en mission pour le compte du Parlement européen, avait « pu se déplacer à sa guise en Polynésie » durant son séjour, puisque l'arrêté d'expulsion ne lui avait été notifié que lorsqu'« elle avait déjà pris place dans l'avion » du départ, alors en outre que dès ladite notification elle avait cessé de se trouver régulièrement sur le territoire en cause, par application de l'article 5, paragraphe 4 du protocole n° 4 précité, qui commande de considérer la Polynésie comme un territoire distinct où le droit à la libre circulation prévu par l'article 2 de ce même protocole est ainsi privé d'effet.

Il n'y a donc pas eu violation de l'article 2 du protocole n° 4.

B. — La mesure prise en Nouvelle-Calédonie

Même si la requérante a pu passer le contrôle de la Police de l'air et faire oblitérer son passeport, la notification de l'arrêté d'interdiction d'entrée a eu lieu alors qu'elle se trouvait encore à l'intérieur de l'enceinte de l'aéroport où elle est demeurée « sous la garde des forces de police » jusqu'à son départ.

Par suite, Mme Piermont ne s'est jamais trouvée régulièrement sur le territoire, condition d'application de l'article 2 du protocole n° 4.

Il n'y a donc pas eu, là non plus, de violation de cette disposition.

2° Sur les violations de l'article 10

A. — *La mesure prise en Polynésie française*

La Cour européenne a considéré qu'il y avait eu ingérence dans le droit à la liberté d'expression de Mme Piermont et que cette ingérence ne se trouvait justifiée en aucune manière.

En effet, l'article 63 de la Convention européenne qui, pour certains territoires, réserve l'application d'une disposition de la Convention aux « *nécessités locales* » ne pouvait s'appliquer à la mesure d'expulsion en cause, puisqu'en l'espèce l'on n'était en présence que de circonstances locales résultant d'un contexte politique tendu.

En outre, l'article 16 de la Convention, qui prévoit notamment que son article 10 ne peut être considéré comme interdisant des restrictions à l'activité politique des étrangers, n'autorisait pas pour autant l'Etat français à restreindre le droit à la liberté d'expression de Mme Piermont, qui ne pouvait certes se prévaloir d'une citoyenneté européenne non encore reconnue, mais n'en demeurait pas moins membre de l'union européenne et parlementaire européenne.

Au surplus, bien que prévue par l'article 7 de la loi du 3 décembre 1849 relative à la naturalisation et au séjour des étrangers dans les DOM, et bien qu'ayant pour finalité la défense de l'ordre et l'intégrité du territoire, l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante a constitué une violation de l'article 10 de la Convention européenne parce que ladite ingérence n'était pas « *nécessaire dans une société démocratique* ».

Ainsi, la Cour européenne a estimé que la mesure prise à l'encontre de Mme Piermont n'a pas « *ménagé... un juste équilibre* » entre d'une part la liberté d'expression de celle-ci et d'autre part « *l'intérêt général commandant la défense de l'ordre et le respect de l'intégrité territoriale* ».

La Cour a souligné que les propos litigieux « *ont été tenus au cours d'une manifestation pacifique autorisée... à l'appui des revendications antinucléaires et indépendantistes exprimées par plusieurs partis locaux* », de sorte que l'intervention de Mme Piermont, qui n'a appelé ni à la violence, ni au désordre, « *s'inscrivait dans le cadre d'un débat démocratique* », alors en outre que « *la manifestation ne fut suivie d'aucun désordre* ».

B. — *La mesure prise en Nouvelle-Calédonie*

Selon le gouvernement français, « *l'impossibilité pour Mme Piermont d'exercer son droit à la liberté d'expression sur ce territoire constitue une conséquence nécessaire du refus d'entrée sur celui-ci, mesure en elle-même conforme à la Convention* ».

La Cour européenne a écarté cette argumentation au motif que « *l'arrêt d'interdiction d'entrée... s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 10 puisque, retenue à l'aéroport, l'intéressée n'a pu entrer en contact avec les personnalités politiques qui l'avaient invitée et exprimer ses idées sur place* ».

De plus, la mesure litigieuse, qui était prévue par la loi au moins au regard des pouvoirs de police générale de l'autorité compétente et qui visait légitimement à préserver la sécurité publique, n'a pas respecté le principe de proportionnalité entre l'intérêt général et le droit à la liberté d'expression de la requérante, même si l'on considère la manifestation hostile organisée à l'arrivée de l'intéressée.

3° Sur les violations de l'article 14 combiné avec l'article 10

Eu égard au constat de violation de l'article 10, la Cour européenne a jugé inutile de statuer sur cette disposition combinée avec l'article 14 de la Convention européenne.

III. L'affaire Quinn

A la suite du dépôt de 93 plaintes d'investisseurs français M. Thomas Quinn, Américain résidant à Paris, fut arrêté le 1^{er} août 1988 en possession de deux faux passeports grecs et inculpé des chefs d'escroquerie par une personne faisant appel public à l'épargne, d'infractions à la législation sur l'émission des titres boursiers et de falsification de documents administratifs.

Placé sous mandat de dépôt, M. Quinn bénéficia le 4 août 1989 à neuf heures du matin d'un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris ordonnant sa remise en liberté, au motif que sa détention n'était plus nécessaire à la manifestation de la vérité, qu'en égard aux remboursements effectués ou en cours elle ne répondait plus « aux exigences de l'ordre public », et que l'intéressé présentait des garanties de représentation suffisantes.

Demeuré néanmoins détenu, M. Quinn fut finalement condamné le 23 avril 1992 à quatre années d'emprisonnement (dont une avec sursis) par la cour d'appel de Paris, qui écarta la circonstance aggravante relative à l'appel public à l'épargne.

Placé concomitamment sous écrou extraditionnel le 4 août 1989 du chef d'escroquerie au préjudice de 10 000 investisseurs pour un montant de plus de 10 millions de dollars, le requérant se vit refuser son élargissement en raison de risque de fuite et de l'absence de garanties de représentation, nonobstant l'arrêt de la chambre d'accusation du même jour, rendu à l'occasion de la procédure française précitée.

M. Quinn fut extradé vers la Suisse le 24 septembre 1992, après avis favorable de la chambre d'accusation du 14 mars 1990.

Devant la Cour européenne, le requérant a prétendu « avoir été arbitrairement maintenu en détention... le temps pour le parquet de Paris de provoquer la mise en œuvre de la procédure d'extradition et faire ainsi échec à la décision d'élargissement prise le matin même par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris ».

Invoquant les articles 5, paragraphe 1, 5 paragraphes 3 et 18 de la Convention européenne, le requérant s'est plaint de l'irrégularité et de la durée excessive de sa détention.

1° Sur les violations de l'article 5, paragraphe 1

Le requérant soutenait qu'à la suite de l'arrêt rendu par la chambre d'accusation le 4 août 1989 à neuf heures du matin, il aurait dû être remis en liberté « sur le champ », sans que les autorités puissent attendre la demande d'arrestation provisoire d'un juge d'instruction de Genève, transmise par télécopie ce même jour vers 17 heures 30.

Rappelant que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5, paragraphe 1 de la Convention européenne revêt un caractère exhaustif « d'interprétation étroite », la Cour européenne a estimé que le maintien en détention de M. Quinn pendant la journée du 4 août 1989, en dépit de l'arrêt précité ordonnant sa libération immédiate, ne pouvait être fondé sur aucune des dispositions dudit article.

Partant, il y a eu violation de l'article 5, paragraphe 1 à cet égard.

Le requérant contestait en outre la régularité de sa détention à titre extraditionnel dans la période ultérieure. La Cour européenne a considéré que cette détention était justifiée dans son principe au regard de l'article 5, paragraphe 1 f de la Convention et qu'elle n'avait pas revêtu le caractère d'une détention provisoire déguisée, nonobstant la concomitance des poursuites et les circonstances de l'arrestation de l'intéressé.

Cependant, la détention sous écrou extraditionnel de M. Quinn, qui s'est étalée sur presque deux années, s'est prolongée de manière excessive en raison de retards suffi-

samment importants (à chaque étape de la procédure) imputables aux autorités en charge des diligences requises.

Partant, il y a eu violation de l'article 5, paragraphe 1 sur ce point également.

2° Sur les violations de l'article 5, paragraphe 3

L'article 5, paragraphe 3 ne renvoyant qu'à l'article 5, paragraphe 1 c, la détention sous écrou extraditionnel ne peut être prise en considération à ce titre.

La détention provisoire subie par le requérant du 1^{er} août 1988 au 4 août 1989 ne recèle « aucune négligence des autorités qui ont agi avec la promptitude nécessaire ».

Il n'y a donc pas eu de violation de l'article 5, paragraphe 3.

3° Sur les violations de l'article 18

La Cour européenne a estimé ne pas devoir examiner les faits sous l'angle de l'article 18.

Statuant en équité, la Cour a condamné l'Etat français à verser au requérant la somme de 60 000,00 francs en raison du préjudice moral subi et de la durée excessive de la détention, outre une somme de 150 000,00 francs pour frais et dépens.

*
**

Un prochain commentaire concernera des affaires mettant à nouveau en cause la France en matière de contrainte par corps (aff. *Jamil*), d'expulsion (aff. *Nasri*) et de rétroactivité *in mitius* (aff. *G*).

II. Droit communautaire

Christophe SOULARD

Magistrat,

Directeur du Centre européen de la magistrature et des professions juridiques

1. Les droits des plaignants

Ainsi qu'on l'a souligné lors d'une précédente chronique (cette *Revue* n° 1, 1993), les arrêts nombreux et importants que le tribunal de première instance des Communautés européennes a déjà rendus en matière de concurrence ont conduit à améliorer sensiblement non seulement la protection des garanties de procédure accordées aux entreprises poursuivies mais également la situation des plaignants (V.J. Biancarelli et B. Geneste, « Le TPI et la protection juridictionnelle des entreprises en droit de la concurrence et des concentrations », *Rev. Aff. eur.*, 4.1994).

Notamment, dans l'arrêt *Automec II* (TPI 18 sept. 1992, *Automec c/ Commission*, T 24/90, *Rec.* p. II.2223), le tribunal a posé en principe que la Commission saisie d'une plainte mettant en cause des pratiques anti-concurrentielles a le devoir d'examiner attentivement les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance et de motiver toute décision qu'elle adopte à cet égard.

Certes la Commission n'est pas tenue d'instruire chacune des plaintes dont elle est saisie. Outre qu'elle peut considérer que les éléments portés à sa connaissance ne font pas apparaître une infraction aux règles du traité, elle peut également estimer que l'infraction alléguée ne présente pas un intérêt communautaire suffisant et renvoyer le plaignant devant le juge national. Le tribunal considère en effet que l'énoncé de critères de priorité, dans l'examen des plaintes, est inhérent à l'exercice de l'activité administrative et que le critère de l'intérêt communautaire n'est pas étranger à l'exercice de la mission de gardienne des traités qui a été dévolue à la Commission.

Mais cette faculté dont dispose la Commission ne la dispense pas de motiver les décisions qu'elle prend. Conformément à une jurisprudence constante et abondante, cette motivation doit être suffisamment circonstanciée pour « permettre, d'une part, au destinataire de la décision, de connaître les justifications de la mesure prise, afin de faire valoir, le cas échéant, ses droits et de vérifier si la décision est ou non bien fondée et, d'autre part, au juge communautaire d'exercer son contrôle » (V., entre autres exemples, TPI 29 juin 1993, *Asia Motor France c/ Commission*, T 7/92, *Rec.* p. II.669). Par ailleurs le juge communautaire se montre relativement libéral en ce qui concerne la recevabilité des recours juridictionnels formés à cet égard. Le particulier ou l'entreprise dont la plainte n'a pas été prise en compte peut en effet former soit un recours en annulation contre le rejet explicite de sa plainte (CJCE 17 nov. 1987, *BAT et Reynold c/ Commission*, 142 et 156/84, *Rec.* p. 4487) soit un recours en carence s'il n'obtient aucune réponse de la part de la Commission (TPI 18 sept. 1992, *Asia Motor France c/ Commission*, T 28/90, *Rec.* p. II.2285).

C'est en application de ces principes que, dans deux affaires récentes, le tribunal a été amené à censurer le comportement de la Commission face à des plaintes relatives aux règles de concurrence.

La première de ces plaintes avait été déposée par le Bureau européen des médias de l'industrie musicale (BENIM) et concernait les pratiques de la SACEM, dont on

sait qu'elles ont déjà donné lieu à plusieurs arrêts de la CJCE. En l'espèce le requérant, qui regroupe un certain nombre d'exploitants de discothèques, dénonçait trois faits qui, selon lui, constituaient une violation des règles de concurrence :

- Un partage du marché entre les sociétés de gestion de droits d'auteur des différents Etats membres par la conclusion de contrats de représentation réciproque, en vertu desquels il serait interdit aux sociétés d'auteurs de traiter directement avec les utilisateurs établis sur le territoire d'un autre Etat membre. Un tel partage constituerait une entente contraire à l'article 85, paragraphe 1, du Traité CEE.

- Le caractère excessif et discriminatoire du taux de redevance imposé par la SACEM, qui serait constitutif d'un abus de position dominante contraire à l'article 86 du Traité CEE.

- Le refus de la SACEM de concéder aux discothèques françaises l'utilisation du seul répertoire étranger, tout utilisateur étant tenu d'acquérir la totalité du répertoire, tant français qu'étranger (violation de l'article 86).

Après avoir mené diverses investigations, la Commission a rejeté cette plainte et en a informé le BENIM. Ce dernier a formé contre ce rejet un recours en annulation devant le TPI, qui a dû se prononcer en premier lieu sur la qualité du BENIM pour déposer une plainte en matière de concurrence (arr. du 24 janv. 1995, T 114/92, non encore publié au *Recueil*). A cet égard et contrairement au point de vue exprimé par la Commission, le tribunal a estimé qu'une association d'entreprises pouvait faire valoir un intérêt légitime à introduire une plainte, même si elle n'était pas directement concernée, en tant qu'entreprise opérant sur le marché en cause, par le comportement dénoncé, à condition toutefois, d'une part, qu'elle ait le droit de représenter les intérêts de ses membres et, d'autre part, que le comportement dénoncé soit susceptible de léser les intérêts de ceux-ci, ce qui était le cas en l'espèce. Selon le tribunal, cette possibilité accordée aux associations d'entreprises de déposer des plaintes dans lesquelles elles assurent la défense commune des intérêts de leurs membres présente d'ailleurs certains avantages procéduraux pour la Commission, dans la mesure où elle réduit le risque pour celle-ci de devoir accueillir, chaque fois, un grand nombre de plaintes individuelles mettant en cause le même comportement.

Par ailleurs, le tribunal a considéré que le rejet de la plainte était insuffisamment motivé car la lettre adressée au BENIM montrait que la Commission avait examiné uniquement les griefs tirés de la violation de l'article 86, et non ceux afférents à l'article 85. En effet, d'une part les investigations auxquelles se référait la Commission n'avaient porté que sur la comparaison du niveau des redevances dans la CEE ; d'autre part le rejet de la plainte était principalement motivé par le fait que l'infraction alléguée se situait en France et que ses effets dans les autres Etats membres ne pouvaient être que très limités et que, par conséquent, cette affaire ne présentait pas une importance particulière pour le fonctionnement du marché commun. Or cet argument ne pouvait avoir de sens qu'en ce qui concerne les deux derniers griefs, et non le premier. Le tribunal a donc annulé la décision de la Commission pour autant qu'elle avait rejeté le premier grief.

La deuxième affaire est celle qui a donné lieu à l'arrêt du 24 janvier 1995, *Ladbroke Racing c/ Commission* (T 74/92, non encore publié au *Recueil*). La société Ladbroke Racing avait demandé le droit de retransmettre des images télévisées et des commentaires sonores sur les courses hippiques françaises au DSV, société détentrice de ces droits de retransmission pour l'Allemagne. Ces droits avaient été concédés au DSV par le Pari Mutuel International (PMI), qui les détenait lui-même du Pari Mutuel Urbain (PMU). DSV a refusé d'accéder à la demande de Ladbroke Racing au motif que le contrat qui la liait au PMI lui interdisait cette rétrocession. Ladbroke a alors introduit une plainte contre le PMU, le PMI et le DSV en faisant valoir, d'une part, que l'accord conclu entre le PMI et DSV était constitutif d'une entente contraire à

l'article 85 du Traité et que, d'autre part, le refus, par DSV, de lui fournir les images et commentaires sur les courses hippiques constituait de sa part un abus de position dominante contraire à l'article 86.

À la suite de cette plainte, la Commission a engagé une procédure administrative, qui a abouti à une remise en conformité de l'accord conclu entre le PMI et DSV avec l'article 85. En revanche elle n'a pas traité la plainte au regard de l'article 86, ce qui a conduit Ladbroke à introduire un recours en carence. Devant le tribunal, la Commission a justifié sa conduite en indiquant que le refus opposé par DSV était dicté par ses engagements contractuels à l'égard du PMI et que la modification du contrat imposée par la Commission avait eu pour effet de rendre caduque la question d'une éventuelle violation de l'article 86.

Conformément à la jurisprudence *Automec II* (arr. préc.), le tribunal a estimé que la Commission était en droit d'ouvrir et de poursuivre l'instruction de l'affaire sur la seule base de l'article 85, et non pas au titre de l'article 86, dès lors que l'intérêt communautaire paraissait lui dicter un tel traitement de la plainte. Cependant la Commission se devait alors d'indiquer à la requérante les raisons pour lesquelles elle estimait qu'une instruction de la plainte sur la base de l'article 86 était superflue. En l'absence de toute communication adressée à Ladbroke sur ce sujet, le recours en carence était fondé.

2. Le problème de l'imputabilité des infractions aux règles de concurrence

La précédente chronique (cette *Revue* 1995) avait fourni l'occasion d'examiner le problème de l'imputabilité des infractions aux règles de concurrence en cas de transfert d'entreprise. Le même problème d'imputabilité se pose lorsque l'entreprise qui a commis l'infraction fait partie d'un groupe. La Commission européenne a été à nouveau confrontée à ces deux questions lorsqu'elle a rendu sa décision condamnant les membres du « cartel du carton » à des amendes variant entre 200 000 et plus de 22 millions d'écus pour des ententes contraires à l'article 85 du Traité CE (déc. du 13 juill. 1994, JO, L 243/45).

Après avoir expliqué que, dans le secteur du carton, les gros producteurs sont généralement de grands groupes dont la forme et la structure de gestion sont complexes, et que les amendes ne peuvent être prononcées qu'à l'encontre d'entreprises ayant la personnalité juridique car elles seules sont susceptibles de se voir éventuellement appliquer des mesures nationales de recouvrement forcé, la Commission a décidé d'infliger les amendes à la société mère (et non à l'entreprise participant à l'entente) dans tous les cas où plusieurs sociétés d'un même groupe avaient participé à l'infraction et dans les cas où la société mère était impliquée dans la participation de la filiale à l'entente.

En ce qui concerne les problèmes liés aux transferts d'entreprises, la Commission a estimé que, dans les cas où, s'il n'y avait pas eu acquisition, la procédure aurait normalement été adressée à la filiale, celle-ci continuait à assumer la responsabilité de son comportement antérieur au transfert sans qu'il soit nécessaire que l'acquéreur ait approuvé, adopté ou poursuivi le comportement illicite. C'est ici la théorie de la continuité fonctionnelle et économique qui s'applique. Par ailleurs, lorsqu'une société mère ou un groupe, qui sont eux-mêmes considérés comme parties à l'infraction, transfèrent une filiale vers une autre entreprise, la responsabilité pour la période antérieure à la date du transfert n'est pas assumée par l'acquéreur, mais par le premier groupe.

3. Le droit communautaire et les situations purement internes

Les principes bien connus de l'effet direct du droit communautaire et de sa primauté sur le droit d'origine interne s'appliquent notamment en matière pénale. Ils peuvent avoir pour effet de neutraliser une incrimination, par exemple dans le cas où une loi

pénale sanctionne la violation d'une interdiction dont il est avéré qu'elle est contraire au droit communautaire, ou de cantonner les sanctions dans certaines limites lorsque celles-ci sont si disproportionnées à la gravité de l'infraction qu'elles constitueraient une entrave à la réalisation de l'un des objectifs des traités. Ainsi la Cour de justice a-t-elle été amenée à considérer que, même si les Etats membres ont le droit d'imposer aux ressortissants des autres Etats membres l'obligation de signaler leur présence afin de connaître les mouvements de population qui affectent leur territoire, ils ne peuvent sanctionner l'inobservation de cette obligation par une peine dont la gravité serait telle qu'elle constituerait en fait une entrave à la libre circulation des personnes (CJCE 12 déc. 1989, *Messmer*, C 265/88, *Rec.* p. 4209). Ces principes peuvent également avoir pour effet d'obliger les juridictions nationales à interpréter, dans la mesure du possible, les lois internes dans un sens conforme au droit communautaire (pour un exemple d'application d'une telle obligation en matière pénale, V. cette *Revue*, 3.1993).

Mais encore faut-il que l'on se trouve dans le champ d'application du droit communautaire. Notamment les dispositions concernant la libre circulation des personnes, la libre prestation de services ou la liberté d'établissement ne s'appliquent qu'aux personnes qui « circulent ». C'est ce que la Cour de justice a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt du 16 février 1995 (*Aubertin e.a.*, C 29 à 35/94, non encore publié au *Recueil*) à propos de la loi française du 23 mai 1946, telle que modifiée par une loi du 22 mai 1987, qui réprime l'exploitation d'un salon de coiffure par des personnes qui ne sont pas en possession d'un brevet professionnel. Pour tenir compte de la directive 82/489/CEE du Conseil, du 19 juillet 1982, comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services des coiffeurs, la loi prévoit que les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne, qui ont exercé la profession de coiffeur dans un des Etats membres, autres que la France, sont dispensés de la condition de diplôme. Le tribunal correctionnel de Charleville-Mézières, devant lequel plusieurs personnes étaient poursuivies pour violation de cette loi, s'est interrogé sur le point de savoir si celle-ci n'engendrait pas une discrimination entre les ressortissants français et ceux des autres Etats membres.

Il s'agit là du problème classique des « discriminations à rebours », c'est-à-dire des mesures adoptées par les Etats et ayant pour effet de défavoriser leurs propres ressortissants. Suivant une jurisprudence constante, la CJCE considère que les règles concernant la libre circulation ne s'appliquent pas à des situations purement internes. Sans doute ce principe n'est-il pas extensible à l'ensemble du droit communautaire. Ainsi une directive qui a pour but d'harmoniser les conditions d'accès à une profession peut être invoquée dans le cadre d'une situation interne. Mais, en l'espèce, la directive du Conseil n'a pas pour but d'harmoniser les règles d'accès à la profession de coiffeur mais d'assurer l'exercice effectif du droit d'établissement dans ce secteur. Dans ces conditions elle ne peut être invoquée que par des personnes ayant fait usage de cette liberté. Il ne doit pas s'agir nécessairement de ressortissants d'autres Etats membres. Ainsi un Français qui aurait fait ses études de coiffeur dans un autre Etat membre ou qui y aurait exercé cette profession pourrait invoquer le bénéfice de la directive 82/489, à supposer que la loi française lui fût contraire. En revanche, en l'absence de facteur de rattachement à un autre Etat membre, ce qui était apparemment le cas en l'espèce, le tribunal de Charleville-Mézières ne pouvait faire application de la directive et devait donc appliquer la loi française.

E. CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

Vingt-cinq ans après la remise solennelle de l'épée d'académicien à Marc Ancel, la rédaction de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* a tenu à en marquer le souvenir en publiant la « Notice sur la vie et les travaux de Marc Ancel (1902-1990) » que M. Jacques Boré a présentée à l'Académie des sciences morales et politiques *.

*
**

Notice sur la vie et les travaux de Marc Ancel (1902-1990)

Jacques BORÉ

Membre de l'Académie des sciences morales et politiques

Flaubert prétendait que « pour s'intéresser à une chose, il suffit de la regarder longtemps ». Marc Ancel aurait préconisé une tout autre méthode : pour s'intéresser à une chose, « il suffit de regarder ailleurs, de regarder partout ». C'est la profession de foi du comparatiste dont la vision est universelle et qui exige, pour connaître et apprécier, de pouvoir comparer. A la couleur unie, Marc Ancel préférerait les chatoiements de l'arc-en-ciel, à la beauté de l'arbre, il préférerait la magnificence de la forêt. Et la devise *universa curiositas*, inscrite sur la *Revue internationale de droit comparé*, qu'il dirigea si longtemps, était d'abord la sienne.

Cette dimension internationale et humaniste, qu'il sut donner à sa vie, fut aussi celle de sa mort. A peine s'était-il éteint dans sa maison de Grasse, que la nouvelle parvenait par câble à La Havane, où se tenait le huitième Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime, et un représentant de chacun des cinq continents lui rendait aussitôt un vibrant hommage ; car il fut pendant quarante ans le porte-parole et le maître à penser de l'Association internationale de défense sociale : son livre sur *La Défense sociale nouvelle* avait été traduit en neuf langues et avait suscité des adhésions enthousiastes dans le monde entier.

Mais cet humaniste international était aussi profondément français : il admirait la sagesse de Montaigne, la foi de Pascal, les harmonies de Debussy et la peinture de Renoir ; et il était pénétré de la conviction que la France est la terre des droits de l'homme et qu'elle a la glorieuse mission de leur faire faire le tour du monde.

Je m'étais entretenu avec lui quelques jours avant son départ pour Grasse. Le sachant atteint d'angine de poitrine et l'été étant brûlant, je lui avais dit mon inquiétude de

* Nous remercions vivement M. Jacques Boré ainsi que l'Institut de France de nous avoir autorisés à publier ce texte qui a été lu à la séance du 30 novembre 1993.

le voir partir pour le Midi. Il m'avait répondu en me parlant de l'air de la mer, de l'ombre des oliviers, du chant des cigales et des charmes de la vie familiale. Une vie heureuse n'est-elle pas une bonne assurance contre la mort ? Mais ces joies estivales furent les dernières que connut cet homme, si profondément vivant.

En relisant ses œuvres cet été, je suis tombé sous le charme de sa plume si vive et si claire et en même temps si mesurée et prompte à s'adapter aux leçons de l'expérience. Comme le disait Duhamel « la clarté des textes est le signe de l'honnêteté des esprits ».

Au cours de cet exposé je citerai Marc Ancel le plus souvent possible, afin d'essayer pour un instant de le faire revivre devant vous, puisque c'est une noble tradition de votre Maison de consacrer au confrère disparu une séance, au cours de laquelle il a exclusivement la parole, pour la première et la dernière fois.

Je partirai de l'homme pour arriver à l'œuvre, parce que la vie d'un homme explique souvent son œuvre, même si l'œuvre caractérise l'homme et peut lui assurer la survie.

I. – LA VIE

A. – Marc Ancel est né en Béarn dans un charmant village de la vallée d'Ossau « où le jeune Gave de Pau se souvient encore qu'il est un torrent de montagne ». « Ma mère, Béarnaise – écrit-il – avait voulu que je naisse dans le pays de Henri IV. Mais mon père étant fonctionnaire, j'ai vécu le plus souvent loin de ce Béarn, qui s'est paré pour moi du charme des lieux où l'on ne vient guère que pour les vacances. »

Son père, directeur d'une école normale d'instituteurs, était d'origine ardennaise. Et le président Ancel attachait de l'importance à cette conjonction de l'austérité du Nord et de la spontanéité du Midi. De son père, il tiendra le goût de la méditation, du travail et de la tolérance, qu'il considérera comme une vertu majeure, au point de se fâcher devant toutes les formes de sectarisme. De sa mère, « expansive et même impulsive », il tiendra le goût des relations humaines, des voyages, la chaleur de l'accueil et le sens de l'amitié qui conduisent tout naturellement à l'humanisme. Sa mère lui donnera aussi le goût de... la tauromachie.

Les études du jeune enfant furent contrariées par la maladie, puis par la guerre. Mais la chaleur protectrice de l'amour maternel sut transformer cet enfant fragile en un adulte bien portant. L'épreuve de la guerre de 1914 fut plus dure, car il n'y avait pas de lycée à Berck où son père transporta hors des lignes l'école normale d'instituteurs d'Arras, qu'il dirigeait ; si bien que, pendant quatre ans, Marc Ancel fut un collégien sans collège, travaillant seul et meublant cette solitude de multiples lectures.

Cette situation n'était pas sans risques mais elle n'était pas non plus sans avantages : alors que le premier de la classe reçoit de ses maîtres une nourriture déjà mâchée et risque d'entrer fort jeune dans le peuple des morts, Marc Ancel connut la solitude qui stimule l'imagination. L'épreuve forge les âmes que trop de facilité amollit. Et mieux vaut fréquenter les géants que les nains à la mode. Homère, Lucrèce, Montaigne, Bossuet, Goethe et Hugo devinrent son ordinaire. Excellent régime. « J'ai tant lu en cette période – écrit-il – et fréquenté les auteurs classiques, tant réfléchi et tant appris de choses, apparemment inutiles, que je pus sans trop de difficulté effectuer ma Première à Paris au lycée Henri IV » – qui n'était pas des plus faciles.

Son père rêvait d'en faire un mathématicien et sa mère le voyait déjà sous le bicorne du polytechnicien. Mais il était « irrémédiablement littéraire, ce qui alors n'était pas encore une tare ». Ses maîtres lui conseillèrent donc de faire une Première supérieure et il eut le bonheur de recevoir l'enseignement d'Alain, que ses élèves surnommaient « l'Homme ». Comme Alain le disait de son maître Lagneau, Marc Ancel aurait pu dire d'Alain : « A 20 ans, j'ai vu l'esprit dans la nuée. »

Alain avait reçu la leçon de Socrate : parler à l'homme de sa liberté plutôt que de son esclavage, lui enseigner l'espoir plutôt que la crainte. Merveilleuse leçon pour qui veut former un humaniste. C'est l'homme qui est le plus grand coupable des malheurs de l'homme et c'est lui qu'il faut d'abord réformer. « L'erreur – dit Alain – ne peut être supprimée, mais elle peut être surmontée... Une idée ne devient fausse qu'au moment où l'on s'en contente. » Être vivant et penser par lui-même, loin des vessies-lanternes que l'on pouvait brandir autour de lui, tel fut l'objectif de Marc Ancel pendant toute sa vie.

Pour être agréable à son père, le jeune homme accepta de se tourner vers la magistrature ; mais afin de retarder l'heure du choix, il fit simultanément une licence en droit et une licence ès-lettres. Et il fréquenta peu la faculté de droit de Paris, préférant se consacrer à la Sorbonne à la préparation d'un diplôme sur « Le sentiment esthétique dans l'œuvre de Keats et de Shelley ». Il faut ajouter qu'à ces cours de littérature anglaise il avait rencontré une jeune fille délicieuse, qui devait devenir Mme Ancel, ce qui amplifia notablement son assiduité.

« La joie de l'âme est dans l'action » disait Shelley, un principe dont le jeune étudiant s'inspirera pour toujours.

Ce ne fut donc qu'au cours de son doctorat en droit que Marc Ancel découvrit la beauté de la rigueur juridique, grâce à deux rencontres qui valaient bien celle d'Alain : la rencontre d'Etienne Bartin, qui lui apprit l'art de « solliciter les textes » et celle de Lévy-Ullmann, qui lui enseigna le droit anglais et lui fit découvrir les joies incomparables du droit comparé.

« Lévy-Ullmann – écrit-il avec dévotion – préférerait la persuasion à l'affirmation autoritaire, l'approche nuancée d'un problème aux solutions rigoureuses de la dogmatique et, à travers les institutions d'un système de droit, il essayait, reflétée dans son histoire, de retrouver l'âme d'un peuple. »

L'avenir de Marc Ancel était scellé : il serait juriste, magistrat et comparatiste ; et sa thèse de doctorat serait consacrée à la common law britannique. En vérité l'ombre de Keats et de Shelley continuait à flotter vaguement autour de cette jeune vocation ; et pour consolider définitivement celle-ci, Lévy-Ullmann eut la bonne idée d'envoyer Marc Ancel passer six mois en Angleterre, dont le jeune étudiant possédait la langue comme un élève de Cambridge.

Reçu docteur en droit avec la mention très bien, Marc Ancel fit alors un stage chez un avocat aux Conseils, le président Lussan, où il apprit la technique de la cassation, qui lui fut plus tard d'un si grand secours. Et il se présenta au concours de la magistrature où il fut reçu premier. Sa prestation avait tellement ébloui le jury du concours, qu'on inscrivit sur son dossier : « à détacher à la Chancellerie à la première vacance » – ce qui se fit six mois plus tard, après une brève affectation à Valenciennes. Marc Ancel avait besoin de Paris, de sa faculté, de ses bibliothèques, et de ses concerts ; et Paris, par bonheur, avait besoin de lui...

B. – Sa carrière de magistrat parisien échappa aux filières classiques, car les plus hautes personnalités s'assurèrent tour à tour sa collaboration : le directeur des Affaires civiles à la Chancellerie, Louis Lorient ; le premier président de la Cour de cassation, Fremicourt, qui en fit son secrétaire général en 1937 et son directeur de cabinet quand il devint garde des Sceaux en 1939 ; enfin le premier président de la cour d'appel de Paris, Marcel Rousselet, qui l'appela à siéger à ses côtés à la Première Chambre de la Cour.

Marc Ancel fut naturellement nommé en 1953 conseiller à la Cour de cassation où il resta dix-sept ans. Il fut affecté à la Première Chambre civile, dont il devint ultérieurement le président, sans doute parce qu'elle est la plus prestigieuse et lui permettait de satisfaire sa passion pour le droit international privé, mais peut-être aussi parce

que Marc Ancel était devenu un grand pénaliste, chef de l'Ecole de défense sociale depuis le Congrès de Liège en 1949 : la magistrature, comme l'armée, a de ces paradoxes, qui ne sont pas toujours accidentels et qui découlent de la crainte que l'on a de voir la doctrine de l'homme imprégner trop fortement l'activité du magistrat. Nul n'est prophète en son pays et une doctrine est toujours d'autant mieux acceptée qu'elle est appliquée par un autre.

A cette activité de juge, il apporta toute l'originalité de sa pensée : « La facilité dont doit se défendre le vrai magistrat – écrit-il –, c'est celle des habitudes complaisamment suivies, des précédents aveuglément acceptés, des formules stéréotypées qui, en fournissant des solutions toutes faites, dispensent de réfléchir, de peser, donc de juger. Une justice civile qui méconnaît le problème humain n'est plus qu'une technique séparée de la vie. »

C. – Alors qu'une carrière de magistrat suffit généralement à remplir la vie d'un homme, Marc Ancel réussit ce paradoxe de mener une double carrière de juge et de comparatiste.

Le professeur Lévy-Ullmann lui avait demandé, quand il préparait sa thèse de doctorat, d'être son assistant à la salle de droit comparé. Ils ignoraient alors tous les deux qu'Henri Capitant allait proposer à Lévy-Ullmann de transformer sa salle de travail en Institut de droit comparé, dont son assistant allait devenir le secrétaire général pour le droit privé. En 1934 Henri Donnedieu de Vabres créa à cet institut une section de droit pénal et il fonda parallèlement une *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, dont il demanda à Marc Ancel d'être le rédacteur en chef. Celui-ci objecta avec inquiétude qu'il n'était pas pénaliste. « C'est très bien, lui répondit superbement Donnedieu de Vabres, vous le deviendrez ! »

Il avait raison : Marc Ancel dirigea cette revue pendant quarante ans et, sans cette impulsion initiale, il n'aurait pas fait cette plongée dans le droit pénal comparé qui le conduisit à Liège en 1949. C'est ainsi qu'en 1934 Marc Ancel devint un grand criminaliste malgré lui.

A la Libération, il se retrouva secrétaire général des trois grandes organisations de droit comparé de la capitale : l'Institut de droit comparé, le Comité de législation étrangère du ministère de la Justice, et la Société de législation comparée. En raison de ses immenses connaissances, il fut appelé par le doyen Julliot de la Morandière à siéger en 1947 à la Commission de révision du code civil.

En 1952, le Centre français de droit comparé fut créé, rue Saint-Guillaume, par Jean Niboyet – un homme remarquable mais un peu raide que des étudiants cruels avaient surnommé « Nibo, Nibon, Niboyet », à l'époque où fleurissait sur les murs de Paris le slogan « Dubo, Dubon, Dubonnet ». Julliot de la Morandière, qui siégea dans vos rangs, succéda bientôt à Niboyet, et c'est lui qui transmit la présidence de ce centre à Marc Ancel.

Mais cette activité, si absorbante, d'enseignement et de recherche en droit comparé, a pris tout son sens à travers les multiples rencontres internationales que Marc Ancel organisa parallèlement, qui le conduisirent dans tous les pays du monde et l'incitèrent à créer en 1949 l'Association internationale de défense sociale, prônant une politique criminelle originale sur laquelle je reviendrai. Marc Ancel fut également président de l'Association internationale des sciences juridiques de l'UNESCO et de son comité directeur, le Comité international de droit comparé ; il fut aussi président du Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe de 1957 à 1962.

Il fut élu à votre Académie en 1970 au fauteuil de son ami Julliot de la Morandière, qui l'avait tant estimé durant sa vie, qu'il sembla que c'était lui qui, par delà la mort, l'appela pour lui succéder.

D. – Mais il est un dernier aspect de la personnalité de Marc Ancel qu'il serait coupable de négliger, puisqu'il fit graver sur son épée d'académicien la lyre d'Erato. C'est sa passion pour la musique, qui fut « la grande joie intellectuelle de (sa) vie ».

Le président Ancel aimait la musique avec une tendresse et une ferveur totale et il l'aimait en comparatiste, écoutant longuement plusieurs interprétations d'une même œuvre, notamment du fameux concerto pour la main gauche de Ravel, dernière œuvre du compositeur, dans laquelle celui-ci rassembla ses ultimes sortilèges. Alfred Cortot, Samson François, Marguerite Long lui faisaient découvrir tour à tour dans ce concerto des richesses inconnues, tant il est vrai qu'une œuvre peut avoir plusieurs visages. Il allait écouter en concert de très grands interprètes, parfois fort âgés, dont la technique n'était plus parfaite, tels que Kempf ou Fischer et il en revenait ravi : « Ils font bien quelques fausses notes – disait-il – mais les autres sont tellement justes ! »

Marc Ancel goûtait particulièrement l'école française suscitée par Debussy qui, après un siècle marqué par la révolution beethovenienne, a voulu rendre la France à la musique et retrouver, loin des imitations, l'authentique tradition française de Rameau et Couperin, faite de sensibilité et de fantaisie et où l'emphase fait place à la simplicité. Comme le disait Debussy, sous le pseudonyme de M. Croche, « tant qu'on n'ouvrira pas les fenêtres, la musique sentira toujours le renfermé ». Il faut « rechercher la musique inscrite dans la nature », « il faut que la beauté s'insinue en nous sans que nous ayons à faire aucun effort pour la saisir ».

Pourtant Marc Ancel appréciait tout autant Wagner, dont Debussy disait avec réserve qu'« il ne lui manquait que d'avoir été un peu humain pour être tout à fait grand ». Marc Ancel se rendit à Bayreuth et vit une vingtaine de fois *Tristan et Ysolde* au cours de sa vie. Il aimait profondément Wagner, simplement parce que la musique est belle et qu'il est facile de la dégager du fatras idéologique sorti de la cuisine de Schopenhauer, que Wagner à tort considérait comme essentiel. S'il portait le même amour à Tristan qu'à Pelleas, c'est parce qu'il appréciait plus que tout au monde la musique lyrique. Il pensait que la sensibilité d'un compositeur s'exprime plus spontanément par le chant que par la pièce instrumentale ou symphonique. Musicien complet, le président Ancel goûtait même la musique atonale, si éprouvante pour certaines oreilles attachées à la musique classique. Il pensait que le système mène à tout et qu'il faut le juger sur ses résultats : l'immense succès de *Wozzeck*, l'opéra d'Alban Berg, lui paraissait répondre à toutes les objections. « La fin de l'art – disait Poussin – est la délectation. » Et tous les chemins peuvent conduire à la beauté.

II. – L'ŒUVRE

C'est *in mezzo del camin*, au milieu de la vie, que naissent les œuvres importantes. On peut être poète à vingt ans ; mais il faut avoir palpé les choses et atteint l'âge de la maturité pour faire progresser la science du droit.

L'œuvre de Marc Ancel, notamment son œuvre de comparatiste et de pénaliste, est considérable, puisque sa bibliographie complète atteint deux cents titres. Mais l'originalité de sa pensée s'est surtout manifestée dans deux ouvrages qu'il écrivit au milieu de sa vie et dont la brièveté n'a d'égale que la densité : une méthode d'étude du droit comparé et une méthode de traitement des délinquants et de prévention du crime. Ce sont ces deux œuvres majeures que je voudrais évoquer aujourd'hui, parce que, dans l'étude d'une œuvre, il faut toujours se placer au niveau le plus élevé, à celui où le droit touche à la philosophie et comporte une réflexion sur la méthode.

A. – Dans son ouvrage intitulé *Utilité et méthode du droit comparé* – qu'il publia en 1971 –, Marc Ancel préconise une approche toute nouvelle de cette science, sans laquelle selon lui le juriste est un oiseau aux ailes coupées. Cette science, encore jeune, est née dans

les années 1900, pour arracher les peuples au narcissisme de la contemplation de leur propre législation. Les codifications nationales avaient tellement ébloui les juristes de ces pays, qu'ils révéraient ces monuments comme des cathédrales. L'étude du droit comparé brisa opportunément l'auto-contemplation de ce que Ihering appelait ironiquement « la science juridique locale » et donna au droit sa dimension internationale, en montrant la relativité et les imperfections des systèmes nationaux. Cette science libérait les juristes de leurs préjugés, en même temps qu'elle leur apportait une succulente friandise.

Mais cette confrontation, qui cherchait les ressemblances plus que les différences, conservait un défaut : elle comportait des arrière-pensées unificatrices qui étaient largement utopiques et encore un peu fétichistes, car les Anglais ne voulaient en aucun cas être « romanisés », les Allemands « francisés », et les Pays socialistes « embourgeoisés ».

Marc Ancel préconisa donc une approche humaniste et désintéressée du droit comparé, dominée par quatre principes raisonnables.

1. D'abord il faut confronter, non des *institutions* séparées, mais des *systèmes de droit* pris dans leur ensemble ; et pour en dégager la diversité, il faut comparer non seulement le comparable mais aussi l'incompatible.

En outre, il faut élargir le champ géographique des investigations, pour dégager les grandes familles des systèmes juridiques mondiaux : les droits anglo-saxons, les droits romano-germaniques, mais aussi les droits socialistes, les droits musulmans, les droits de l'Inde et les droits d'Extrême-Orient. La confrontation doit être universelle.

2. D'autre part, il faut rechercher, derrière les *systèmes* juridiques, les *réalités sociologiques*, car les droits écrits peuvent être aux antipodes les uns des autres, comme le droit français et le droit soviétique, tandis qu'un droit écrit peut se révéler très proche de la common law par sa substance. Inversement l'expérience de l'adoption par la Turquie du code civil suisse a montré que, même quand les textes sont identiques, l'application qu'en font les tribunaux peut être profondément différente. Les traditions sont plus fortes que les textes, car un droit est en équilibre complexe avec le terroir social dont il est issu. La transplantation est souvent difficile et parfois dommageable. Le dernier des jardiniers sait qu'une plante ne peut pousser que dans un terrain qui lui est favorable.

3. C'est pourquoi Marc Ancel pense que la fonction du droit comparé ne doit pas être l'*unification* mais simplement l'*harmonisation*. Il est incontestable, par exemple, que le régime de participation aux acquêts du droit allemand a fortement contribué à modifier notre ancien régime légal de communauté des meubles et acquêts, mais l'autonomie du droit français n'en a pas été pour autant altérée.

4. Enfin Marc Ancel estime que la confrontation des *systèmes* exige la confrontation des *juristes*, et il pense que cette concertation ne doit pas être internationale mais *binationale*. La comparaison d'une multitude de systèmes antagonistes ne pourrait déboucher que sur une épouvantable cacophonie. La confrontation bipolaire, franco-suisse, franco-allemande ou franco-néerlandaise, permet au contraire d'établir un véritable dialogue, de nouer des rapports de compréhension et d'amitié, et de dégager des conclusions positives. Or cette compréhension est la base nécessaire d'une réconciliation des peuples.

Marc Ancel, dans ces discussions bipolaires, n'avait pas son pareil pour désamorcer les tensions. Et son premier travail à l'Unesco fut de créer un Comité international de droit comparé, parce qu'il savait que la recherche en commun conduit presque toujours à la compréhension amicale.

Pour lui le comparatiste ne doit jamais cesser d'être un humaniste. Et ce n'est sans doute pas un hasard si le terme « d'harmonisation », qu'il substituait à celui d'unifi-

cation, est emprunté au langage musical. Dans un chœur, chacun chante une partie distincte mais l'ensemble reste cohérent. Et les dissonances ne font que mieux apprécier l'accord parfait final sur un certain nombre de points fondamentaux.

B. — Mais c'est dans le domaine du droit pénal que l'influence de Marc Ancel a été la plus forte, grâce à son livre, publié en 1954, sur « La Défense sociale nouvelle », par l'originalité de son apport, la diffusion mondiale qu'il a reçue, par l'Association internationale de défense sociale qu'il a contribué à développer, et les multiples réformes législatives qu'il a inspirées.

a) Comment définir cette doctrine ?

La Défense sociale, ce n'est pas, comme on l'a parfois sussurré ironiquement, la défense du délinquant contre la répression, mais au contraire la défense de la société contre le crime. C'est une politique criminelle originale, qui veut rompre à la fois avec la politique classique d'expiation du crime par la rétribution afflictive imposée au délinquant, et avec la politique positiviste italienne, qui n'est qu'une vieille dame aux cheveux teints, mariant la peine afflictive avec les mesures de sûreté, destinées à neutraliser les délinquants dangereux d'après leur degré de périculosité.

Née au lendemain de la deuxième guerre mondiale, qui vit tant de violations des droits fondamentaux, la Défense sociale nouvelle veut substituer à la *neutralisation* du délinquant, sa *réinsertion* dans la société chaque fois qu'elle est possible, parce que la société est faite pour l'homme et que l'on ne peut prétendre sérieusement la protéger, si on ne fait aucun effort pour réformer les coupables, et les ramener à une vie normale. Voilà l'idée fondamentale de la Défense sociale nouvelle : réformer autant qu'il est possible, chaque fois que c'est possible.

La politique pénale classique a en effet le défaut majeur de se préoccuper du crime plus que du criminel. Elle applique des peines tarifées sans chercher à corriger le délinquant et à lui donner un métier pour lui éviter de tomber dans l'engrenage de la récidive.

La défense sociale est une politique criminelle humaniste, pénétrée de l'éminente dignité de l'homme en tant qu'être individuel « irremplaçable » ; et c'est un humanisme chrétien, qui croit que l'homme est perfectible, que la rédemption est possible et qu'il faut faire une place raisonnable à l'espérance. L'humanisme est inhumain s'il ne s'applique pas à tous les hommes, spécialement à ceux qui ont failli à la règle morale et sociale. « La nature humaine — disait Jean Bodin — est lubrique à merveille et roule par précipice continu de bien en mal et de mal en pis. » Il est impossible à un humaniste de ne pas ajouter qu'elle va aussi de bien en mal et de mal en bien.

Cette doctrine, qui cherche à échapper aux classifications toutes faites des criminologues et veut atteindre la réalité des hommes, impose au juge un certain nombre de principes directeurs qu'il nous faut analyser.

1. D'abord le délinquant ne doit pas être considéré comme un ennemi irréductible de la société ou un dégénéré dangereux, mais comme un individu en conflit avec elle, qu'il faut essayer de comprendre. La justice doit juger l'homme tout entier et non seulement l'infraction qu'il a commise et elle doit individualiser et diversifier les sanctions. Elle n'est pas une machine, un distributeur automatique de peines.

2. D'autre part, pour juger l'homme il faut le connaître, et pour cela, instituer une collaboration des techniciens des sciences humaines, qui s'affrontaient jusqu'alors en un dialogue de sourds. Il faut constituer, dès le début de la procédure, un « dossier de personnalité » permettant de connaître le délinquant et le milieu dans lequel il vit et de faire de la sanction prononcée, en même temps qu'un châtement, un instrument de réadaptation sociale.

3. Le procès de défense sociale présente en outre avec le procès pénal classique une différence fondamentale : dans le procès classique, le juge applique la loi à un cas d'espèce et il est dessaisi par le jugement qu'il prononce ; l'exécution de la peine ne le regarde pas. Dans un traitement individualisé des délinquants, au contraire, le procès pénal est *continu* et le juge intervient pour contrôler l'exécution de la peine. C'est au cours de cette exécution que se détermine le sort définitif du coupable ; et il est nécessaire que cette appréciation ne soit pas seulement le fait d'une administration pénitentiaire toute puissante, parce qu'il faut assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu, les exigences d'une procédure contradictoire, et la cohérence entre la peine prononcée et la peine effectivement exécutée. La sanction reste le cœur du droit pénal, mais elle se veut rééducatrice.

4. La réinsertion sociale doit être progressive. Elle exige une « pédagogie de la liberté ». D'où l'institution du travail en milieu ouvert, les mesures de semi-liberté et de mise à l'épreuve, combinant sanction et assistance, qui permettent de jauger le comportement des délinquants et de préparer leur retour dans la communauté des hommes. Ce n'est pas de l'indulgence gratuite, c'est de la prévoyance et de l'assistance personnalisée.

5. Enfin cette doctrine prend parti sur le problème, toujours controversé, de la peine de mort, dans un sens résolument *abolitionniste*. Marc Ancel aimait à citer le propos d'Albert Camus, qui « refuse d'accorder à la société divinisée un droit de vie et de mort sur les citoyens, qui ne se justifiait que dans le meurtre rituel des sociétés primitives ». Marc Ancel écrivait en 1964 : « Dans une société qui se prétend humaniste, le premier droit de l'individu est le droit à la vie, et la société doit le lui garantir. Le premier devoir de l'Etat est donc de s'abstenir de tuer. » La peine de mort élimine, elle ne réforme pas. De surcroît, l'erreur judiciaire est toujours possible ; or la peine de mort est irréparable. Un certain nombre de condamnés, comme Lesurcq, en ont fait les frais et sont morts pour rien.

b) En dépit des critiques et parfois même des sarcasmes – comparant la Défense sociale à la « médecine de Molière » ce qui n'est pas gentil pour les sociologues – cette doctrine devait avoir sur le droit positif français et étranger de l'après-guerre une influence considérable ; au point que même ses adversaires les plus farouches lui ont emprunté un certain nombre de solutions, tant il est vrai que le plagiat est la forme la plus éclatante du succès.

Les Nations Unies adoptèrent des « règles minimales » pour le traitement des délinquants dans les prisons. Et la législation française, sous la IV^e comme sous la V^e République, appliqua un bon nombre de mesures de défense sociale.

C'est ainsi qu'elle transforma la libération conditionnelle, simple mesure de faveur envers le condamné qui s'est bien conduit, en mesure d'assistance du condamné libéré et transforma l'interdiction de séjour en double mesure de protection de la société et du délinquant lui-même, contre les risques de récidive.

De même le législateur adopta des mesures de traitement des toxicomanes, des alcooliques dangereux et des vagabonds, les drogués pouvant échapper à toute poursuite s'ils acceptaient de subir une cure de désintoxication, tandis que les sanctions contre les trafiquants de drogue, les pourvoyeurs du plus ignoble des commerces, étaient légitimement aggravées. Dans le même esprit, une ordonnance de 1958 ajouta à la prise en charge par l'Etat des mineurs délinquants celle des mineurs en danger, dont la moralité et l'éducation sont compromises.

Et le code de procédure pénale de 1958 réduisit le domaine de la détention préventive par l'institution d'un contrôle judiciaire comportant des obligations modulables. Le même code imposa, selon le vœu de Marc Ancel, l'enquête sur la personnalité du délinquant majeur, avant tout jugement, et organisa le sursis avec mise à l'épreuve

et le travail en milieu ouvert, qui constitue aujourd'hui un secteur important de l'administration pénitentiaire, s'inspirant directement du système anglais de la probation.

De même il donna au juge de l'exécution des peines un statut officiel et lui accorda le pouvoir d'autoriser le travail à l'extérieur de la prison, la réduction des peines, la semi-liberté et les permissions de sortir, après avis de la commission pénitentiaire d'application des peines, qui fut créée dans chaque prison en 1970. Ecraser le juge de pouvoirs est en définitive la seule façon d'échapper au double péril de la tarification abstraite attachée à l'acte par le législateur et de l'arbitraire d'une administration pénitentiaire incontrôlée. Il faut choisir entre des inconvénients et faire confiance aux magistrats.

En revanche le législateur ajouta, aux peines de prison, les interdictions professionnelles pour empêcher les délinquants de préparer et de commettre de nouveaux délits dans les domaines où ils avaient exercé leurs talents avec une efficacité inquiétante. Une loi de 1972 permet cependant de cantonner la durée de ces incapacités ou d'en organiser le relèvement lorsque le danger a disparu.

Le mouvement s'accroît après 1982, par l'abolition de la peine de mort – qu'en vérité nos tribunaux ne prononçaient plus guère – par l'institution du « travail d'intérêt général » emprunté au droit anglais, comme substitut à l'emprisonnement et par l'admission de la dispense de peine, si le reclassement du coupable est d'ores et déjà acquis et si ce dernier a complètement indemnisé la victime du délit.

Voici diverses mesures issues du mouvement de défense sociale, dont certaines furent sévèrement critiquées.

c) Marc Ancel affronta courageusement ces critiques qu'il résuma en 1975 dans son ouvrage *Vingt-cinq années de Défense sociale* : « Nous assistons – écrivait-il – à un déchaînement de la violence sous toutes ses formes. Qu'a-t-on à faire d'humanisme du droit pénal, d'adoucissement de la répression ou de rééducation ? Une politique criminelle lénifiante manque à sa vocation naturelle de réaction efficace contre la criminalité. Ne faut-il pas dès lors donner satisfaction à l'opinion publique apeurée... et opposer la violence légale à la violence illégale ? »

Mais – répondait-il – « comment ne pas voir que les causes de cette violence sont ailleurs et que la Défense sociale est innocente des péchés qu'on lui impute ». Comment s'étonner que la récidive augmente après des incarcérations criminogènes « dans le pourrissoir d'établissements archaïques, qui ne respectent même pas les fameuses règles minimales pour le traitement des délinquants imposées par les Nations Unies » ? « Comment s'étonner que la vague d'immigration clandestine qui menace tous les pays d'Europe engendre chez des milliers d'individus sans ressources, sans statut et parfois hostiles à toute intégration, des comportements délictueux ? » Une saine politique de Défense sociale et une distinction entre les délinquants est plus nécessaire que jamais. La Défense sociale n'a jamais prôné une édulcoration excessive de la sanction pénale qui pourrait accroître la délinquance et elle a toujours admis la neutralisation des déchets sociaux. Elle propose simplement une stratégie différenciée et intelligente de réaction contre le crime, pour éviter que celui-ci soit irrémédiable, et veut qu'en toutes circonstances le délinquant incarcéré conserve sa dignité d'homme et ne soit pas soumis à des mauvais traitements qui sont indignes d'une nation civilisée.

Mieux vaut renoncer aux budgets éternellement pauvres de la justice, à une mauvaise utilisation des forces de police et à une immigration massive et inconsidérée d'éléments inassimilables, que de renoncer à l'humanisme.

D'ailleurs la défense sociale doit envisager non seulement les délinquants mais aussi les victimes. C'est pourquoi le législateur moderne a successivement institué l'indemnisation par l'Etat des victimes d'infractions dont les auteurs sont non identifiés ou insolvable et l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, conformément à

l'additif apporté par Marc Ancel en 1984 à son programme minimum de Défense sociale. Jamais la politique criminelle classique, qui tient le crime pour inéluctable, ne s'était intéressée aux victimes d'infractions, qui sont cependant plus à plaindre que les délinquants. Il ne suffit pas pour l'Etat de se donner bonne conscience, en augmentant, par-ci par-là, quelques peines de prison.

Que conclure de ces pertinentes observations sinon que la lutte contre la criminalité doit s'attaquer préventivement aux causes réelles de son accroissement et curativement doit rechercher un équilibre satisfaisant entre l'effet d'intimidation d'une sanction sévère et le reclassement dans la société des condamnés récupérables ? Devant la multiplicité des causes de la criminalité moderne, une approche pluridisciplinaire du problème est plus nécessaire que jamais ; le juriste ne saurait s'octroyer un monopole que rien ne justifie.

III. – « Celui qui est sûr d'avoir produit une œuvre viable et durable – disait Bergson – celui-là n'a plus que faire de l'éloge et se sent au-dessus de la gloire, parce qu'il est créateur, parce qu'il le sait, et parce que la joie qu'il en éprouve est une joie divine. » Ce sentiment-là, Marc Ancel à coup sûr l'a légitimement éprouvé, en parcourant tous les pays du monde où sa doctrine avait suscité des adhésions enthousiastes.

Péguy, qui fut l'élève de Bergson, disait « qu'une grande philosophie n'est pas une philosophie contre laquelle il n'y a rien à dire, c'est celle qui a dit quelque chose, qui s'est un jour bien battue au coin d'un bois ». De nombreuses législations répressives ont reçu l'empreinte de la Défense sociale. Ainsi survivra Marc Ancel.

Et puisqu'il n'y a pas dans cette salle un piano permettant, par quelques mesures de Mozart ou de Ravel, de dire un dernier adieu à ce grand juriste, qui poursuivait jusqu'au bout son rêve humaniste, laissez-moi dédier à sa mémoire cet extrait d'un poème de Vildrac, qui évoque la solidarité, la prison et la semi-liberté :

« Si l'on gardait depuis des temps, des temps,
Si l'on gardait souples et odorants,
Tous les cheveux des femmes qui sont mortes,
Tous les cheveux blonds, tous les cheveux blancs,
Crinières de nuit, toisons de safran

Et les cheveux couleur de feuilles mortes,
Si on les gardait depuis bien longtemps,
Noués bout-à-bout pour tordre des cordes,
Les liens des cheveux seraient longs, si longs,
Qu'en les déroulant du seuil des prisons,
Tous les prisonniers, tous les prisonniers
Pourraient s'en aller
Jusqu'à leur maison. »

Marc Ancel, Adieu !

I. - NÉCROLOGIE

Thorsten SELLIN
(1896-1994)

Le professeur Thorsten Sellin est décédé aux Etats-Unis à l'automne 1994. Calmement, il est mort pendant son sommeil dans sa résidence personnelle du New Hampshire, à deux cents kilomètres de Boston. Au moment de son décès, il avait encore la pleine possession de son esprit et de son intelligence, ainsi, pour une bonne part, que celle de son corps. Ce qui est extraordinaire à 98 ans ! Je l'ai rencontré pour la dernière fois à Paris le 7 juillet 1994. Il y vivait, depuis plus de dix ans, du mois de novembre ou décembre au mois de juin ou juillet.

Ce 7 juillet, accompagné de mon épouse Pierrette et du sociologue-criminologue Philippe Robert, nous avons constaté qu'il était physiquement moins agile qu'à l'habitude, mais nous avons encore discuté du phénomène de la peine de mort aux Etats-Unis, un thème dont il fut vraiment le plus grand expert américain et peut-être universel au vingtième siècle. Il a publié plusieurs livres sur le sujet dont le livre : *Death Penalty in America* (1970, Philadelphie).

D'origine suédoise, il avait émigré aux Etats-Unis vers l'âge de vingt ans pour y poursuivre un doctorat en sociologie ainsi qu'une carrière brillante de criminologue à la façon américaine, c'est-à-dire orientée par une perspective scientifique de sciences humaines et une implication pragmatique dans l'univers de la justice pénale au sens large : la prévention de la délinquance, la police, les tribunaux, la prison et ses alternatives communautaires, autant au niveau des mineurs qu'au niveau des adultes. Sans oublier les victimes d'actes criminels.

Le professeur Sellin a exercé sa profession pendant toute sa vie professionnelle au département de sociologie de l'université de la Pennsylvanie, à Philadelphie, le berceau de la révolution et de la démocratie américaines. En 1960, il y créa, avec son élève d'antan, Marvin Wolfgang, le « Centre de criminologie » qui devait devenir l'un des plus prestigieux de l'Amérique dans les années 60 et 70. De par ses racines européennes il avait une grande et large culture. Il fut l'un des rares Américains des années 1925 à 1975 qui fréquenta les juristes et les criminologues européens et s'intéressait vraiment à la criminologie comparative. Il fut d'ailleurs le premier Américain à présider la Société internationale de criminologie dans les années 60. Il avait un attachement particulier pour la France puisqu'il pouvait s'exprimer en langue française avec une certaine aisance. Il fut un grand ami du président Marc Ancel. Il avait un réseau international hors du commun, non seulement avec l'Europe, mais également avec l'Afrique, l'Asie et l'Amérique du Sud. Ce réseau datait déjà de 1925 au moment où le jeune professeur Sellin poursuivit un stage post-doctoral en Italie où il travailla pendant un certain temps avec Enrico Ferri, l'un des fondateurs de la criminologie en tant que discipline universitaire.

Aux Etats-Unis, il travailla en partie avec l'un des pionniers de la criminologie américaine, le célèbre Edwin Sutherland de l'université de Chicago, dont le manuel classique : *Principes de criminologie* fut publié à dix reprises de 1924 à 1974. Une version

française fut publiée à Paris en 1966. L'on y cite abondamment les travaux de Thorsten Sellin.

Les œuvres du professeur Sellin sont évidemment nombreuses et publiées en plusieurs langues.

L'une des plus importantes, *Culture Conflict and Crime* (1937, New York), fut publiée en traduction française en 1984 chez les Editions Pedone à Paris. Elle traitait de la criminalité des immigrants et des minorités ethniques. Certains criminologues contemporains y sont retournés récemment pour y trouver des explications à la criminalité des minorités à l'aube de l'an 2000. Quel bel hommage à une certaine pérennité des idées du professeur Sellin.

L'autre travail important de Thorsten Sellin, en collaboration avec Marvin Wolfgang, s'intéressait à la statistique de la délinquance : *The Measurement of Delinquency* (1962, New York). Les auteurs y développaient une méthode novatrice de mesure qualitative et quantitative de la criminalité sur la base d'un « indice pondéré » de la gravité des délits et crimes, telle que perçue par la population. Un travail remarquable qui est encore cité fort souvent.

Un suivi de ce travail sera publié dix ans plus tard sous le titre : *Delinquency in a Birth Cohort* (Sellin, Wolfgang, Figlio, 1972, New York). Il s'agit d'une étude longitudinale de plus de 500 délinquants qui démontre que 10 % des jeunes délinquants sont responsables dans les grandes villes américaines de plus de 50 % de la délinquance de l'ensemble des mineurs.

Enfin, signalons l'œuvre que le professeur Sellin appréciait le plus, dont il était le plus fier, car elle s'inscrivait à l'intérieur d'une expertise unique : la criminologie historique. Ce travail, intitulé : *Slavery and the Penal System* (1975, New York) traçait un panorama extraordinaire des liens entre la pratique de l'esclavage et les pratiques pénales.

Le professeur Thorsten Sellin : un très grand maître. L'un des quatre ou cinq criminologues du vingtième siècle les plus renommés. J'ai eu le privilège d'être son étudiant (1964-1969) et son disciple pendant trente ans. God bless you, Thorsten !

André NORMANDEAU

II. – CONGRÈS, COLLOQUES, SÉMINAIRES

50^e ANNIVERSAIRE DE L'ORDONNANCE DU 2 FÉVRIER 1945

« JEUNESSE DÉLINQUANTE, JEUNESSE EN DANGER, UNE QUESTION DE JUSTICE »

(Paris, 1^{er} et 2 février 1995)

Organisé par la direction de la Protection judiciaire de la jeunesse du ministère de la Justice, ce colloque s'est déroulé en quatre parties : « Le contexte historique et social de 1945 » avec J.-P. Rioux, historien, Jacqueline Costa-Lascoux, directeur de recherche au CNRS et Pierre Martaguet, premier président honoraire de la cour d'appel d'Agen ; « Le mineur délinquant et son juge » avec Michèle Perrot, professeur à l'Université de Paris VII, Georges Zimra, psychiatre, et Alain Bruel, président du Tribunal pour enfants de Paris ; « Des colonies agricoles à la politique de la ville » avec Henri Gaillac, conseiller honoraire à la Cour de cassation et Myriam Ezratty, premier président de la cour d'appel de Paris ; enfin « Les principes fondamentaux de la justice des mineurs » ont été abordés par Jacques Commaille, directeur de recherche au

CNRS, H. Hamon, président de l'Association des magistrats de la jeunesse, F. Dekewer-Desfossez, professeur à l'Université de Lille et J. Zermaten, président du tribunal des mineurs de Sion.

La justice des mineurs s'est constituée sur un triple fondement : juridique avec le postulat d'éducabilité, judiciaire avec la spécialisation d'une juridiction et éducatif avec la direction de l'Education surveillée créée le 1^{er} septembre 1945. Or, tout se passe comme si nous étions aujourd'hui revenus en quelque sorte à notre point de départ. Les valeurs de l'ordonnance de 1945 que Henri Gaillac et Pierre Martaguet ont si bien soulignées au cours du colloque semblent aujourd'hui inversées : l'ordonnance se fondait sur la personne à rééduquer alors qu'aujourd'hui nous revenons à l'acte délictueux ; en 1945 dominait l'institution du tribunal pour enfants où le juge était une véritable figure parentale agissant dans la continuité, alors que nous voyons aujourd'hui de plus en plus d'acteurs nouveaux qui interviennent sans souci immédiat de cette fonction parentale ; en 1945, l'irresponsabilité des mineurs était la règle, alors qu'aujourd'hui on leur demande de répondre de leurs actes ; enfin, en 1945, nous avions une organisation minutieuse du huis clos, de la confidentialité, de la non-publicité alors qu'aujourd'hui on demande plus de transparence et de visibilité.

En apparence donc nous serions placés aux antipodes de nos grands principes initiaux. Pourtant, ce colloque a démontré à quel point ce texte a été repris, modifié, réécrit depuis cinquante ans tout en préservant la continuité des principes qu'il affirmait. Manifestement nous sommes en face d'un acte fondateur de notre démocratie auquel nous sommes liés par une promesse, comme si la fidélité à ce texte nous permettait d'affronter l'incertitude des lendemains. Dominique Charvet, directeur de la Protection judiciaire de la jeunesse, résumait en ouvrant le colloque les quatre questions majeures : reconnaître un temps de l'enfance avec ses apprentissages, ses erreurs, ses recommencements ; témoigner de ce que nous voulons construire pour les générations futures ; faire renaître le lien brisé par l'acte de délinquance ; avoir une réflexion commune pour poursuivre et rendre efficace le dispositif de protection de l'enfance.

Je voudrais développer brièvement deux axes autour desquels les travaux du colloque ont tourné. L'ordonnance de 1945 projette une double lumière sur *son* avenir et sur *notre* avenir. Non seulement les principes qu'elle pose n'ont cessé de féconder un flux continu d'innovations législatives, judiciaires et éducatives, mais encore ils permettent de mieux cerner aujourd'hui les enjeux majeurs de la protection judiciaire de la jeunesse.

I. - L'ORDONNANCE DU 2 FÉVRIER 1945, UN « HÉRITAGE SANS TESTAMENT »

L'ordonnance de 1945 est le fruit d'un siècle d'arrachement à l'univers pénitentiaire. Toute sa préhistoire entre 1850 et 1942 est très largement celle de la naissance de l'éducation dite « surveillée » contre l'éducation « pénitentiaire ». Il suffit de relire les écrits de Henri Rollet, Georges Bonjean, Jean Chazal et de tant d'autres. Depuis 1945 les ajouts ont été nombreux mais les principes de fond ne semblent pas avoir été touchés. La seule tentative de démanteler l'édifice fut celle de la loi de 1951 avec la réintroduction massive de règles de droit commun, comme si le législateur éprouvait quelque remords à l'égard de sa propre audace : il rétablit la cour d'assises des mineurs, l'ordonnance de placement en maison d'arrêt, le rôle du casier judiciaire et surtout prévoit, en violation avec les principes de 1945, l'adjonction d'une peine à la mesure de liberté surveillée.

Par la suite, ce qui domine au contraire est la puissance des principes de l'ordonnance dont va s'imprégner peu à peu tout notre droit de la protection de l'enfance. L'ordonnance de 1958 qui crée l'assistance éducative reprend purement et simplement le modèle procédural inventé en 1945, l'instance en révision, afin d'adapter à l'évo-

lution de la personnalité du jeune l'intervention du juge au-delà du principe d'autorité de la chose jugée. Ensuite ces principes revisités seront incorporés au code civil dans les articles 375 et suivants. C'est donc le même juge, les mêmes équipes, la même règle de jugement. C'est bien de la même protection qu'il s'agit, même si le cadre change pour l'enfant en danger comme pour l'enfant délinquant. Il n'y a pas deux visions de l'enfant qui s'opposeraient : d'un côté les adolescents menaçants – tels les « Apaches » du début du siècle décrits par Michèle Perrot – et de l'autre les victimes innocentes. C'est incontestablement l'héritage d'un demi-siècle d'histoire de la protection de l'enfance : il n'y a qu'une démarche parce qu'il n'y a qu'un sujet. C'est le pari de l'ordonnance de 1945 : voir dans tout enfant avant tout un sujet éduicable, que la violence soit donnée ou subie. A ce titre, ce texte issu de l'esprit de la Résistance et sans cesse réinterprété ensuite par les générations successives est bien, selon le mot de René Char, « un héritage précédé d'aucun testament ».

Or, aujourd'hui, la montée d'une délinquance d'exclusion semble menacer cet acquis. Alain Bruel a parlé de ces jeunes non plus inadaptés mais très bien adaptés à un mode de vie marginal et lucratif, ni vraiment en danger, ni vraiment délinquants et par conséquent invisibles pour les institutions de protection de l'enfance. Alors que l'ordonnance de 1945 avait identifié la délinquance des jeunes comme un symptôme d'inadaptation individuelle, nous sommes face à des comportements que nous ne savons plus déchiffrer. Dès lors le risque n'est-il pas de réveiller les fantasmes et les peurs liées à l'émergence des « classes dangereuses » comme on le disait au début du siècle !

Allant plus loin dans l'analyse, Jacqueline Costa-Lascoux a bien montré l'importance de ces conflits de normes que vivent les jeunes aujourd'hui. Les tensions deviennent telles à l'adolescence que la sortie de cet âge de la vie devient de plus en plus aléatoire : on se fixe de plus en plus dans une toxicomanie ou dans une pathologie mentale qu'on se bornait à traverser naguère. On survit dans une marginalité chronique. On s'installe dans une délinquance qui n'est plus un symptôme mais, au fond, une manière de vivre. Au bout de tout ce processus, il y a un déplacement de la loi qui creuse un peu plus les conflits vécus. La loi qui fait référence n'est plus la loi commune mais la loi du territoire. Un jeune de treize ans peut être perçu comme récidiviste sur son territoire alors que la loi y voit toujours un mineur irresponsable ! Ceci renforce l'illisibilité du droit chez les jeunes qui a tant frappé J.-L. Daumas, ancien directeur du Centre des jeunes détenus de Fleury-Mérogis, dans les premiers entretiens avec les jeunes incarcérés à Fleury-Mérogis. A l'inverse de 1945 où l'Etat républicain proposait un grand projet d'intégration pour tous dans un élan de toute la nation qu'a évoqué J.-P. Rioux, les jeunes aujourd'hui ne semblent plus avoir d'autres projets si ce n'est de s'intégrer à leur loi, à leurs codes, à leurs territoires.

Pourtant face au risque d'émergence de nouvelles classes dangereuses, les principes de l'ordonnance de 1945 ont su inspirer des réactions salubres et tenir à distance les dérives répressives et sécuritaires. Il faudrait ici signaler la diminution constante de la détention provisoire des mineurs ces dernières années, même si la proportion des peines prononcées reste encore forte. De même, toute l'histoire des innovations dans le champ éducatif est celle d'un effort permanent de diversification des équipements et de la recherche de solutions alternatives à l'incarcération. Et aujourd'hui, du côté des élus, on retrouve la même préoccupation de susciter des adultes-relais dans les quartiers, de responsabiliser les jeunes, ou de donner un caractère éducatif à l'éloignement, comme le montre le rapport parlementaire « Justice-ville » de Mme de Veyrinas et de M. Cardo.

Bien d'autres exemples pourraient être relevés. Alors pourquoi la force de surplomb de ce texte ? Pourquoi fait-il sans cesse depuis son émergence la preuve de sa capacité à être réinterprété ? Probablement parce qu'il participe à la fondation de notre démocratie. Il trouve sa force dans cette idée simple et inépuisable que les hommes sont

égaux en droit et en dignité, bref dans cette souveraineté de l'individu qui fonde la croyance démocratique. L'ordonnance de 1945 prend place dans la longue suite des mouvements éducatifs qui font le pari que l'autre est mon semblable, qu'il conserve un accès possible à la raison, à la loi commune. En sorte que l'on pourrait établir la filiation suivante :

- 1789 : les hommes sont égaux en droit et en dignité ;
- 1800 : la psychiatrie est fondée sur le traitement « moral » des aliénés avec Pinel à Bicêtre en arrachant la folie à une altérité sans retour ;
- 1900 : Freud fait le pari d'une guérison du trouble hystérique par la relation thérapeutique, ce qui donne naissance à la psychanalyse ;
- 1945 : le pari est fait d'une « éducatibilité des réputés inéducables » selon l'expression de Marcel Gauchet.

Cette entreprise éducative est consubstantielle à notre démocratie qui postule que tout individu – fût-il délinquant, fou ou malade – reste sujet de droit et que l'on doit ouvrir à tous un espace d'intégration dans le monde commun. Tel est le sens du grand élan collectif qui a porté l'ordonnance de 1945 au jour après une longue évolution qui prend naissance au milieu du XIX^e siècle.

II. – QUEL MODÈLE DE LÉGITIMITÉ POUR LA JUSTICE DES MINEURS ?

Sa force d'inspiration ne s'arrête pas là. Elle permet aussi d'éclairer les enjeux majeurs de la protection judiciaire de la jeunesse au premier rang desquels on trouve la recomposition des identités professionnelles.

Dans le champ judiciaire, *le parquet* n'a plus aujourd'hui grand-chose à voir avec la multi-séculaire institution du ministère public. Avec la crise et le redéploiement de l'Etat jacobin, le parquet suit lui aussi un processus de décentralisation et de territorialisation de ses modes d'interventions au sein d'un Etat animateur. Plus encore, la loi vient de lui donner des pouvoirs quasi juridictionnels avec la médiation, la réparation, la tentative d'instaurer l'injonction pénale. On voit naître le risque d'une justice sans juge, de sanctions sans jugement, de procès sans garanties, bref d'une « dictature » comme n'a pas hésité à le dire le bâtonnier Desclosaux (barreau de Nanterre) en réagissant à l'intervention du procureur adjoint du tribunal de Bobigny sur le traitement en temps réel. Avec la déjudiciarisation dénoncée par Jean Zermatten on peut craindre ici que ne se superpose au droit pénal de l'ordonnance un droit pénal des mineurs de l'urgence affranchi de toute finalité éducative.

Le juge des enfants n'est plus seul face au mineur dans la position paternelle que lui faisait occuper le schéma procédural de 1945. Plusieurs acteurs ont pris place autour de lui : le parquet on l'a vu, mais aussi les services éducatifs présents au tribunal, l'avocat, le juge d'instruction. On observe de l'extérieur une tendance à la délégitimation de cette justice des mineurs saturée, opaque, secrète. On oppose une administration et un parquet performants à une justice archaïque. On fustige une justice lente, sans résultat évaluable et qui auto-proclame sa légitimité. Mais on oublie que la microchirurgie du juge des enfants est indispensable pour inscrire en chaque individu la loi manquante, selon le mot de Comte-Sponville, « il n'y a pas de loi dehors s'il n'y a pas de loi dedans ». On oublie que le juge inscrit l'Etat de droit à l'intérieur des individus et, qui plus est, dans des individus en devenir. C'est là sa responsabilité majeure. Elle engage les générations futures.

Autre acteur bien plus nouveau, *l'avocat*. Il resta longtemps dans une position paradoxale du fait de l'ordonnance de 1945 qui l'excluait de la phase d'instruction tout en rendant sa présence obligatoire à l'audience. On sait qu'il fallut attendre 1993 pour corriger cette anomalie. Il reste que l'avocat a été longtemps désarçonné par les stratégies des juges des enfants ainsi que par leurs prises de décision informelles. Depuis

peu, on voit en lui celui qui peut ramener les valeurs du débat contradictoire dans ce que peut avoir de secret notre procédure. Ceci étant, la description par Pierre Martaguet d'une audience du Tribunal pour enfants et adolescents de 1944, où un avocat stagiaire après avoir feuilleté le dossier s'en remet au tribunal, a donné le sentiment que beaucoup de travail restait à faire de ce côté.

Les équipes éducatives semblent traverser une crise d'identité professionnelle sans précédent. Toute l'histoire du mandat judiciaire est orienté depuis vingt ans vers une individualisation toujours plus grande des modalités de l'action éducative tant en milieu ouvert qu'en hébergement. L'évolution des équipements des juridictions fut de diversifier ce qui était trop lourd pour trouver des structures légères mieux adaptées aux besoins des jeunes. Or, aujourd'hui, il y a une explosion du mandat judiciaire face à la massification de l'exclusion et l'irruption de demandes liées à la politique de la ville. On assiste à des demandes contradictoires selon qu'elles viennent du parquet, du juge des enfants ou du juge d'instruction, où se mêlent des considérations d'ordre public, de contrôle des comportements, ou le souci d'une prévention globale. L'action individuelle n'y semble plus centrale. Il est manifeste qu'il y a une perte de référence dans l'action éducative dont la crise de l'identité professionnelle cristallisée sur le statut n'est que le symptôme.

Enfin, il faut souligner le rôle des *assesseurs du tribunal pour enfants*, juges non professionnels, vraie richesse de nos juridictions héritée de 1945 dont on ne souligne jamais assez qu'il s'agit d'un trait commun de nos cultures judiciaires d'Europe. Peut-être trouveront-ils demain une place plus reconnue dans le cadre d'une réforme de la juridiction des mineurs ?

Le deuxième enjeu n'a été abordé qu'au cours de la dernière table ronde présidée par Hervé Hamon. Il s'agit de la place de l'enfant dans notre droit des mineurs et, au-delà, dans nos sociétés. L'ordonnance de 1945 nous a longtemps fait vivre dans l'idée d'un enfant psychologiquement faible, juridiquement incapable et socialement inadapté. Sa force aura été sans doute de faire entrer l'enfant dans le droit par la petite porte de la protection. Mais voici qu'aujourd'hui la Convention internationale des droits de l'enfant voudrait faire de l'enfant un sujet de droit, un individu à part entière pensé sous la catégorie des droits de l'homme. Or nous sentons de plus en plus l'illusion qu'il y a de maintenir l'enfant dans une protection qui signifierait incapacité, passivité, absence de droits. Mais nous sentons aussi que nous devons garder nos responsabilités d'adultes afin d'accepter que celles de l'enfant soient différées. Nous vivons en somme ce paradoxe positif où s'affirme simultanément l'indispensable protection de l'être vulnérable qu'il est et l'inéluctable autonomie à laquelle il aspire.

Très brièvement on pourrait faire l'hypothèse d'un changement de paradigme. Nous sommes partis, à l'époque de la préhistoire pénitentiaire de l'ordonnance de 1945, d'une dialectique du crime et du châtement. Puis en 1945, avec l'identification du phénomène de l'adolescence, nous sommes passés à une dialectique du symptôme et du traitement. Peut-être sommes-nous actuellement entrés dans une dialectique de l'autonomie et de la dépendance, de la protection et de la responsabilité, d'un sujet de droit qui est aussi un sujet du droit. Remarquons au passage que jamais nos responsabilités n'ont jamais été aussi grandes avec cette nouvelle dialectique. Il ne s'agit plus seulement de punir ou de soigner, mais ni plus ni moins d'assurer parentalement le passage de la vie enfantine vers la vie adulte.

Dernier enjeu probablement le plus lourd à terme. Quel modèle de légitimité voulons-nous donner à la protection judiciaire de la jeunesse ? Quelles sont les références de notre action pour demain ? Trois modèles sont apparus dans les débats.

Un premier modèle s'est fortement dégagé. Exprimé par le procureur-adjoint du tribunal de Bobigny, le procureur du tribunal de Lyon et les policiers présents, il est largement représenté ailleurs et a la faveur de nombreux élus. Dans ce modèle, la

justice des mineurs tire sa légitimité de la performance de son action. Les concepts forts sont ceux de traitement réel des procédures, d'action publique territorialisée et de partenariat permanent. Le parquet devient un véritable juge de l'action publique. Le moment clef de l'intervention judiciaire se situe dans le choix d'opportunité des poursuites. La légitimité de cette gestion démocratique de la justice est forte parce qu'elle se prévaut d'une politique claire d'affichage des priorités et de résultats évaluable.

Un deuxième modèle est apparu tout particulièrement dans les interventions de Mme Dekeuwer-Défossez, d'Hervé Hamon et d'Irène Théry. On pourrait l'appeler le modèle garantiste. Ce qui fait référence ici ce n'est ni la performance de la justice, ni sa fonction éducative mais sa capacité de garantir des droits. Notons de ce point de vue que toutes les réformes récentes – mise à part celle de la réparation – se sont situées dans la mouvance de la justice des majeurs : garde à vue, droits de la défense, travail d'intérêt général, substitution de la diminution de peine à l'excuse atténuante de minorité... On a le sentiment d'une justice des majeurs en miniature : comme s'il suffisait de construire un Etat de droit au dehors pour nos enfants et épuiser ainsi la fonction du droit. La présomption d'innocence, l'impartialité du juge, les garanties procédurales bien que nécessaires ne suffisent pas. Oublier la dimension instituante du droit pour les jeunes n'est-ce pas au bout du compte construire une cité de droit pour des enfants sans loi ?

Enfin, nous avons le troisième modèle, celui de l'ordonnance de 1945 qui repose sur un pari éducatif. Ce n'est ni la performance de l'intervention judiciaire, ni les garanties juridiques qui le fondent, mais la finalité éducative. Ce modèle est-il périmé ? Traverse-t-il encore nos institutions ? Ne faut-il pas plutôt déplorer dans les appareils d'Etat le déclin de l'idée éducative, projet que l'Etat portait seul et si haut en 1945. A cette époque, l'Etat était capable de nourrir un projet collectif fort pour tous alors qu'aujourd'hui la crise de l'Etat-Providence, la décentralisation, les nouvelles formes de justice atomisent la souveraineté, affaiblissent l'élan. Sans doute aurons-nous à choisir par nous-mêmes la formule de légitimité de notre justice des mineurs : sera-t-elle un outil efficace dans le traitement social de la délinquance, ce que Jacques Commaille a appelé une justice « opérateur du social » ? Un instrument juridique de protection des libertés individuelles, garant des droits de l'enfant ? Ou bien devra-t-elle poursuivre la finalité initiale : pactiser avec le temps pour instituer des personnes autonomes.

La question qui se pose à nous est celle du choix de la finalité de cette justice aujourd'hui brouillée de messages contradictoires. Au moment où s'affrontent tant d'interprétations toutes légitimes de cette finalité, le véritable défi est de choisir le sens que nous voulons donner à cette justice par un acte de volonté qui répondrait en écho à l'acte fondateur de 1945.

Denis SALAS

LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE *

(Paris, 4 mars 1995)

Le colloque organisé par l'Université de Paris-1 (Panthéon-Sorbonne), qui a eu lieu le 4 mars 1995, avait pour thème « La présomption d'innocence » et était présidé par Danièle Mayer, professeur à l'Université de Paris-I et Patrick Auvret, professeur à l'Université de Reims.

* Les travaux de ce colloque ont été publiés dans la *Revue européenne de philosophie et de droit*.

Bernard Bouloc, professeur à l'Université de Paris-1, dans sa communication consacrée à la présomption d'innocence dans le droit pénal des affaires, montre que des présomptions, légales ou jurisprudentielles, combattent très sérieusement la présomption d'innocence. Mais, dit-il, cette dernière provient de textes ayant une valeur supérieure à la loi. Il s'agit donc de savoir s'il n'est pas possible « d'écarter de telles dispositions et, à défaut, comment en droit pénal des affaires peut-on lutter contre ces présomptions de culpabilité ».

Henri Leclerc, avocat à la cour d'appel de Paris, s'interroge sur cette règle de procédure qu'est la présomption d'innocence telle qu'elle est affirmée par les constituants de 1789 pour en comprendre le sens et pour voir comment dans notre système de procédure elle est appliquée ou elle n'est pas appliquée. Et voir en même temps les liens qui peuvent exister entre cette règle de procédure et l'affirmation nouvelle du code civil contenue dans l'article 9-1 depuis la loi du 4 janvier 1993. H. Leclerc démontre que nous sommes dans un système dont l'organisation est en contradiction avec le principe de la présomption d'innocence. Le principe de la présomption d'innocence, ajoute-t-il, « c'est que le doute reste le principe fondamental avant toute condamnation. Aujourd'hui, notre système de procédure pénale ne respecte pas ce qui était considéré par les constituants, non pas comme un droit qu'il convenait d'affirmer, mais comme une espèce d'évidence préalable ».

Pour Frédéric-Jérôme Pansier, magistrat, « le thème de l'innocence et de la justice constitue un des passages obligés de toute réflexion sur l'institution judiciaire ». Avec, dit-il, « une angoisse majeure de l'homme de la rue : la justice condamne-t-elle des innocents ? Alors que l'on pourrait s'inquiéter aussi légitimement de savoir si elle ne condamne pas des non-innocents... » Aborder le thème de l'innocence revient pour Frédéric-Jérôme Pansier à s'interroger sur le mot même : est innocent celui qui n'a pas nui, l'innocent est celui qui n'est pas coupable, celui qui n'a pas commis de faute. C'est, dit-il, la faute qui définit le coupable et son absence qui, par contrecoup, caractérise l'innocent, entendu comme forme ultime du « non coupable ». « Cette vision de l'innocence conduit à s'interroger sur la relation du juge avec l'ensemble des citoyens et sur sa démarche générale pour établir la culpabilité, puis à étudier ce qui, dans la procédure pénale actuelle, fait vaciller le juge de l'innocence à la culpabilité ».

Pour Daniel Soulez-Larivière, avocat à la cour d'appel de Paris, « La présomption d'innocence se résume essentiellement à la possibilité pour un justiciable touché par la justice de ne pas en être infecté et de ne pas en mourir symboliquement et dans l'imaginaire des autres. A vouloir placer trop haut ce concept, on le conserve comme un objet sacré auquel on se réfère sans y croire, comme ce fut le cas par exemple pour la séparation des pouvoirs en France pendant deux siècles. A ne pas en tirer les conséquences pratiques en termes de capacité pour l'individu à se sortir d'affaire dans la mécanique judiciaire, on se leurre. A ne pas vouloir considérer que la présomption d'innocence se traite à tous les niveaux de l'appareil et du fonctionnement judiciaire et non pas simplement par une mesure particulière, on commet une erreur théorique, faute de prise en considération d'éléments pragmatiques qui font la différence entre une bonne et une mauvaise justice. »

Olivier Metzner, avocat à la cour d'appel de Paris, développe le thème de la présomption d'innocence et de la détention provisoire ; il dresse l'état de la présomption d'innocence aujourd'hui : c'est-à-dire, dit-il, « une notion théorique qui n'a malheureusement aucune application pratique. Notre procédure est faite pour aboutir à ce que les personnes soient préjugées vis-à-vis de l'opinion publique et vis-à-vis de magistrats eux-mêmes qui ont tendance à banaliser ce qu'ils pratiquent quotidiennement : la mise en détention. Ce grand principe que nous vendons surtout à l'exportation, nous n'arrivons pas à l'imposer au quotidien et c'est la grave difficulté. Il est impératif que nous repensions, que nous imaginions un système qui puisse protéger l'innocence de chacun avant qu'il ne soit réellement déclaré coupable ».

Patrick Auvret consacre sa communication à la liberté de la presse et la présomption d'innocence qui, dit-il, sont constamment opposées ces derniers temps. Le législateur a tenté en 1993 d'organiser le régime juridique de ce conflit de droits. Il tente de préciser les données du problème en terme juridique : « Je pense que le travail d'un théoricien consiste à tenter de clarifier les règles du droit, en déterminer leur consistance exacte, leurs conditions d'application, leurs limites. On évoque dans ce débat des données juridiques dont on ne conçoit pas toujours l'exacte portée. Trois points méritent une attention particulière. Il s'agit d'abord de la détermination des bases juridiques du conflit de droits entre la liberté de la presse et la présomption d'innocence. Il relève ensuite ce qui lui apparaît comme des imperfections du droit positif dans les éléments du régime juridique antérieur aux lois de 1993 qui subsistent ainsi que dans l'application de la nouvelle législation ».

Marwan MEHANNA

50^e COURS INTERNATIONAL DE CRIMINOLOGIE LA JUSTICE ET LES VICTIMES (Mexico, 3-7 avril 1995)

Le 50^e Cours international de criminologie, organisé par la Société internationale de criminologie, avec le concours de la Société mexicaine de criminologie, s'est déroulé à l'Université La Salle à Mexico du 3 au 7 avril 1995. Il était consacré au thème : *Justicia y atencion a victimas del delito*.

Cette manifestation a réuni un nombre considérable de participants (plus de cinq cents inscrits) juristes, praticiens, étudiants en criminologie, dans le cadre particulièrement agréable et adapté de l'Université La Salle au centre de Mexico. Plusieurs hautes personnalités parmi lesquelles Son Excellence le Procureur général de la République et le Recteur de l'Université ont bien voulu honorer de leur présence la séance d'ouverture.

La direction du cours a été assurée avec efficacité par le professeur Luis Rodriguez Manzanera, directeur de la Faculté de Droit, membre de la Commission scientifique de la Société internationale de criminologie. Les travaux du cours se sont ordonnés autour de la contribution de six rapporteurs nationaux et de huit rapporteurs étrangers (Argentine, Allemagne, Brésil, Belgique, Canada, France, Etats-Unis).

Le thème choisi pour ce 50^e Cours international était à la fois concret et actuel. Il s'agissait de faire le point de la contribution de la recherche scientifique, d'une part, et des réformes institutionnelles, d'autre part, à la victimisation criminelle. On sait que depuis quelques années un intérêt nouveau est porté à la victime de délits dans le cadre du procès pénal. Des initiatives nouvelles se sont manifestées dans le but de prendre en compte une réparation du dommage et une indemnisation des victimes, ceci à la fois sur le plan international et dans plusieurs législations nationales.

Les débats du cours se sont déroulés suivant deux axes principaux : quelle devait être la portée de la victimisation à retenir ? Faut-il se limiter à la victimisation d'origine criminelle ou faut-il aller au-delà ? Les réponses institutionnelles des législations aux revendications des victimes sont-elles satisfaites ?

*
**

Dans la majorité des Etats modernes la responsabilité de la justice pénale relève de la puissance publique. Cette évolution historique, bien connue, qui a permis de passer

de la vengeance privée à la justice publique, est généralement considérée comme un progrès dans l'organisation de la justice, le renforcement du rôle de l'Etat assurant une meilleure protection des individus. Cette évolution a eu, en revanche, pour contrepartie de limiter le rôle de la victime dans le procès pénal, rôle qui peut d'ailleurs se révéler plus ou moins limité suivant le système procédural (système inquisitoire européen) ou accusatoire (de type common law).

Il n'en demeure pas moins que les législations pénales ont ainsi ignoré, pendant longtemps, la victime en tant que sujet distinct du délinquant dans le déroulement du processus pénal. C'est d'ailleurs, de manière assez singulière, d'abord la relation de la victime avec l'auteur du délit qui a retenu l'attention. Cela notamment dans certaines infractions déterminées (infractions contre les mœurs), afin de mieux cerner la personnalité du délinquant ou contribuer à analyser les conditions du passage à l'acte. Sur ce point on doit néanmoins considérer que c'est la criminologie (et non le droit pénal) qui a permis de réaliser des recherches, déjà anciennes, dans ce domaine. Il existe en outre, dans ce qu'il est convenu d'appeler la « victimologie », un nombre également important de recherches. Mais ce n'est cependant que depuis une date plus récente et suivant de nouvelles approches que ces recherches se préoccupent des « droits des victimes » et de la réparation de leur préjudice du fait de crimes ou délits. Il n'est pas évident, en outre, que ce soit ces recherches qui aient contribué, à elles seules, à l'évolution récente des législations contemporaines en faveur de la réparation du dommage subi par les victimes de crimes et de délits.

*
**

La victimisation est un phénomène général dans les sociétés humaines. Les circonstances qui peuvent conduire à cette victimisation sont elles-mêmes très diverses (catastrophes naturelles, accidents du travail, risques nucléaires, accidents de trafic, etc.). Il est par la suite légitime sur un plan méthodologique de limiter le débat à la victimisation « criminelle », d'autant que le thème du cours avait prévu cette limitation dans son intitulé même. Il était par suite nécessaire de procéder à une étude comparée de cette victimisation dans les législations pénales et les pratiques judiciaires des différents Etats. De même, il était souhaitable de réfléchir dans une perspective transculturelle du problème.

Les débats du cours ont permis d'envisager la question posée sous ces différents aspects. On a pu toutefois mesurer combien il pouvait être difficile de limiter les réponses aux interrogations suivantes : que faut-il entendre exactement par victime ? Peut-on isoler un concept de victime, au même titre qu'on a tenté, en criminologie, d'isoler un concept du criminel ?

Il est apparu très rapidement que la victimisation criminelle, telle que définie plus haut, offrait en réalité un cadre conceptuel insuffisant pour satisfaire tous les intervenants. L'existence d'une victimisation par le droit pénal, magistralement exposée par le professeur Luis Rodriguez Manzanera, a ouvert une première brèche dans ce cadre conceptuel. En effet, si le système pénal protège de la victimisation, il crée aussi par son fonctionnement d'autres formes de victimisation. Mais pouvait-on aller au-delà ? Une interprétation plus générale de la notion de victime portait en elle-même un risque de dérapage méthodologique : sortie du champ de la victimisation criminelle, jusqu'où peut aller la notion de victime ? Doit-on attribuer cet « étiquetage » à des toxicomanes, des marginaux, des défavorisés, des minorités ? Ce qu'on a pu appeler la « tentation de l'innocence »¹ ouvre en réalité un autre débat singulièrement plus large et aux contours incertains. Un tel débat n'a pas été, pour autant, éludé par un certain nombre

1. P. Brückner, *La tentation de l'innocence* (1 vol., 1995). V. également Ezzat Fattah, *La relativité culturelle de la victimisation* (*Revue de criminologie*, Montréal, XXVI.2.1993).

d'interventions. Dans ce débat ainsi élargi, les divers courants victimologiques se sont exprimés avec une tonalité particulière aux sensibilités latino-américaines, notamment représentées par Esther Kosovski (Brésil) et Elias Neuman (Argentine). S'il est apparu souhaitable de ne pas se limiter sur le plan de la réflexion à une vision trop juridique, il est apparu excessif, sur un plan méthodologique, d'étendre le concept de victime hors des limites du système pénal. Faut-il souligner également que l'intérêt nouveau porté aux victimes ne doit pas être une tactique renouvelée, principalement destinée à contester les finalités du système pénal ? Ce n'était pas, en tout état de cause, l'objet du 50^e Cours international. Aussi, se situant sur un terrain plus réaliste, plusieurs intervenants ont-ils contribué à recentrer le débat sur le second axe, à savoir une évaluation des réponses institutionnelles aux revendications nouvelles des victimes.

**

Une deuxième constatation s'est imposée dans ce débat, à savoir que la réparation du dommage subi par la victime est aujourd'hui devenu un élément accepté des politiques criminelles. Plusieurs législations pénales nationales en portent témoignage. Mais il existe aussi des instruments juridiques internationaux dans ce domaine. En 1985 les Nations Unies ont adopté une Déclaration sur les principes fondamentaux relatifs aux victimes de crimes et d'abus de pouvoir. Dans une Recommandation n° R (85) du Comité des ministres des Etats membres, le Conseil de l'Europe a, pour sa part, édicté un certain nombre de mesures relatives à la « position de la victime dans le cadre du procès pénal et de la procédure pénale ». Si l'on ne peut que se féliciter de cette évolution, encore peut-on s'interroger sur les raisons d'une telle évolution.

Plusieurs circonstances ont, semble-t-il, favorisé cette dernière. Le développement de la délinquance et une victimisation accrue des populations, principalement urbaines, ont conduit à une prise de conscience, non seulement individuelle mais collective, de la nécessité de rechercher de nouvelles procédures destinées à dissocier la réparation du dommage de la sanction du délit. Une autre considération a joué un rôle non négligeable. C'est la constitution d'associations de victimes (victimes d'actions terroristes, d'accidents de la route, etc.). Il faut souligner aussi le dynamisme des associations féministes, s'agissant plus particulièrement des violences dans la famille ou des violences sexuelles, qui ont joué un rôle efficace dans cette prise de conscience. Pour l'heure, il existe différentes formules qui visent à la réparation du dommage et à l'indemnisation de la victime.

La réunion de Mexico a été l'occasion d'en évaluer quelques-unes, européennes, canadiennes et latino-américaines. Les rapports des professeurs Szabo et Maria de la Luz Lima ont été significatifs à cet égard. L'accent a été particulièrement mis également sur l'existence de fonds d'indemnisation alimentés par des sources financières diverses mais placés sous la responsabilité de la puissance publique, comme cela existe en France. A ce propos le rôle de procédures nouvelles de conciliation, telles que la médiation, a été souligné. Il en a été de même du rôle de la police, particulièrement illustré par les rapporteurs du Chili, s'agissant de l'accueil et de l'aide à apporter aux victimes.

Ce 50^e Cours international de criminologie, comme ceux qui l'ont précédé, s'est déroulé dans un climat d'ouverture et d'information en même temps que d'échanges fructueux. Cette réunion a permis également de mesurer l'audience et le dynamisme, dans la région, de la Société mexicaine de criminologie et en même temps de rendre un hommage à ses animateurs, les professeurs Maria de la Luz Lima et Luis Rodriguez Manzanera. L'organisation parfaite de ce cours et l'importance de la participation ont aussi contribué à l'influence de la Société internationale de criminologie en Amérique latine.

Georges PICCA
Secrétaire général de la Société internationale de criminologie

**PREMIER CONGRÈS MONDIAL
SUR LES NOUVELLES TENDANCES DANS LE DOMAINE DE L'INVESTIGATION
CRIMINELLE ET DE LA PREUVE
(La Haye, 1^{er}-5 décembre 1995)**

Le premier Congrès mondial sur les nouvelles tendances dans le domaine de l'investigation criminelle et de la preuve, organisé par the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences et sous le patronage du ministère hollandais de la Justice, aura lieu à La Haye du 1^{er} au 5 décembre 1995. Le but de ce congrès est de permettre à la fois aux praticiens et aux enseignants de différents pays et de différentes disciplines d'échanger leurs diverses expériences et de transmettre leur savoir.

Les activités scientifiques du congrès se dérouleront dans des sessions plénières et des ateliers et porteront sur des sujets tels que : La nature de la preuve pénale et la loi de la preuve ; Les théories de la preuve ; Probabilités et preuve ; Les droits de l'homme et la loi de la preuve, etc. La langue officielle du congrès sera l'anglais. Certains ateliers pourront aussi se dérouler en allemand, en espagnol, en français et en hollandais.

Pour des renseignements complémentaires, il faut s'adresser à : Eurocongrès PO Box 74713 NL 1070 BS Amsterdam, Pays-Bas.

**ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DÉVELOPPEMENT
ET D'ACTION COMMUNAUTAIRES (AIDAC)
« DÉMOCRATIE ET DÉVELOPPEMENT »
(Louvain-la-Neuve, 22-26 janvier 1996)**

L'Association internationale de développement et d'action communautaires (AIDAC) organise, en collaboration avec la Province de Hainaut, un colloque international qui aura lieu à Louvain-la-Neuve (Belgique) du 22 au 26 janvier 1996, et aura pour thème « Démocratie et développement ».

L'objet du colloque est d'examiner de quelle manière le développement communautaire peut contribuer à réaliser les conditions économiques, sociales et culturelles favorables à la démocratie, et comment il peut être considéré comme une école d'apprentissage de la démocratie.

Les exposés des participants au colloque seront donc centrés sur les différentes formes que peut revêtir la contribution du développement communautaire au processus de démocratisation. Ils analyseront une expérience concrète, pour ensuite l'évaluer et en tirer les leçons. Ces expériences seront alors discutées dans des ateliers et les conclusions formulées seront présentées aux séances plénières.

Pour clôturer le colloque un rapport général sera rédigé avec les recommandations d'action qui se dégagent des travaux et qui seront diffusées sur le plan international.

Pour des renseignements complémentaires, il faut s'adresser à : AIDAC, 179, rue du Débarcadère, B-6001 Marcinelle (Belgique).

III. – RECHERCHE, ENSEIGNEMENT

PROCESSUS PÉNAL ET MISE EN DÉTENTION PROVISOIRE

*École des hautes études en sciences sociales et Service de la recherche du ministère de la Justice **

Le premier objectif de ce rapport de recherche vise à comprendre le processus qui conduit à la mise en détention provisoire. La démarche a consisté à prendre le contre-pied des représentations à ce sujet, largement partagées tant dans le milieu judiciaire qu'en dehors de ce dernier. D'après elles, les « décisions » en la matière sont assimilables soit à une sorte de « réflexe » automatique, compte tenu de la « gravité des faits », du « trouble à l'ordre public », des « nécessités de l'enquête », etc., soit à une « délibération solitaire » dont les principes sont « l'âme et la conscience » ou « l'intime conviction » du magistrat.

Mais, contrairement à cette représentation, cette « solitude », le juge d'instruction la « partage », – et c'est peut-être parce qu'il n'est pas « seul » – comme l'ont montré certains événements récents, qu'il détient ce « pouvoir ».

Le second dessein de cette recherche tente d'expliquer ce qui est au principe de la représentation de cette décision comme le résultat d'une réflexion solitaire, s'appuyant seulement sur des motifs explicites et codifiés. Tout donne à penser que ces facteurs légaux et institutionnels sont primordiaux. Mais d'autres facteurs comme les conditions de l'organisation du travail, l'interaction avec le prévenu, l'environnement social, la morphologie du tribunal, la présence locale d'alternatives disponibles à la détention, la structure de la hiérarchie du tribunal, etc., interviennent au cours du processus qui mène à la mise en détention provisoire. Le juge d'instruction notamment, et c'est surtout sur lui qu'a porté ce travail, est un « maillon », pour reprendre les termes d'un substitut interviewé, de toute une « chaîne » qui peut aboutir ou non à une mise sous mandat de dépôt.

Le rapport se présente en trois grandes parties. La première concerne les conditions de réalisation de l'enquête. Il ne s'agit pas de la présentation rituelle et narcissique des obstacles rencontrés lors de l'enquête mais d'une réflexion, fondée sur l'incessante confrontation entre les représentants des partenaires de l'enquête, de leurs fondements et de celles du chercheur lui-même. Le sociologue travaille en effet sur des représentations de son objet : elles sont d'origines diverses et le fait d'acteurs sociaux différents tant par la position qu'ils occupent dans la division du travail pénal que par leurs propriétés sociales et culturelles. Il doit donc en rendre compte.

On a procédé surtout par interviews répétées. C'est un des moyens, sans doute le plus facile – mais il était difficile de faire autrement ! – que de traquer les raisons qui sont au principe des comportements et des propos des magistrats dans les régions inhabituelles de la culture juridique, dans cette sorte de « quotidien », au sens d'Austin et de Wittgenstein, qui ne se réduit pas au « vécu » ou à « l'habituel », mais qui constitue la forme de l'univers des repères sociaux de tout individu dans une situation donnée.

La seconde partie s'est imposée d'elle-même au fil d'une recherche qui s'est déroulée dans un climat tendu entre les magistrats, quelle que soit leur fonction ou leur opinion, et les dirigeants politiques, magistrats d'état-major (chancellerie) et hommes politiques. Cette tension s'est accrue au moment de l'application de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale.

En effet, un système transitoire momentanément a « dépossédé » le juge d'instruction de ses pouvoirs de mise en détention provisoire. On a pu ainsi observer à quel

* Rapport de recherche, Paris, novembre 1994, 2 vol., 666 pages.

point la mise en détention provisoire constitue un enjeu à dimensions complexes et hétérogènes, mêlant principes d'organisation, valeurs morales, options politiques, et qui, au surplus, concernent de nombreux acteurs, eux-mêmes très divers. Mais c'est aussi la *dimension symbolique* de cette détention avant jugement qui en constitue la spécificité et qui a été bien souvent à l'origine de la réaction des acteurs à cette recherche et du contenu de leurs propos.

En effet pour l'ensemble des acteurs du procès pénal se jouent, dans la mise en détention provisoire, des enjeux symboliques tant à leurs propres yeux qu'à ceux des autres partenaires du processus pénal et grâce auxquels s'engendre, dans le cadre de leurs fonctions respectives, une « *espèce de culture du monde judiciaire* », qui n'est pas que factice et de parade.

La mise en détention provisoire est, de ce point de vue, inséparable des autres éléments de la procédure pénale – ce qui a pour effet, entre autres, de rendre toute comparaison internationale aventureuse si elle n'est pas resituée dans l'ensemble qui lui donne sens, qu'il s'agisse de la décision elle-même, du moment où elle a été prise, de sa durée, des acteurs qui sont intervenus, etc. En effet, ce qui est en cause, ce ne sont pas seulement des principes de procédure, c'est aussi une répartition des compétences et donc des pouvoirs qui leur sont associés dans un champ déterminé et dont l'enjeu n'est pas la seule détention provisoire.

La deuxième conséquence de cette réforme éphémère – et qui concerne l'objet même de l'enquête – est d'avoir fait apparaître avec plus de netteté, à la manière d'une *situation expérimentale* – ce que Durkheim appelait un « fait crucial » –, les différences d'approches, en matière de détention provisoire, de juges qui, bien que partageant la même « culture juridique », ne sont pas intégrés au même degré à la mission pénale confiée aux tribunaux correctionnels et à la cour d'assises. Cette situation a permis de faire apparaître, par comparaison, les critères et les moyens utilisés par les uns et les autres, notamment les « civilistes », pour mettre un prévenu sous mandat de dépôt.

La mise en place momentanée des « juges délégués » a perturbé en effet ce qui fonctionnait de manière quasi mécanique et comme allant de soi. Elle a constitué du même coup un bon révélateur des conditions sous-jacentes des mises en détention provisoire, selon la procédure en cours jusqu'alors et à nouveau applicable depuis le 2 septembre 1993.

La troisième partie porte plus particulièrement sur les différents critères auxquels ont recours les agents habilités à mettre en détention avant jugement, si tant est que le mandat de dépôt ne soit pas déjà un jugement, un « pré-jugement » comme le précise le discours indigène, surtout celui des avocats. Cette partie correspond plus au contenu de la problématique initiale du projet de recherche : la mise au jour des structures perspectives et cognitives des agents concernés et la formation des catégories éthiques et sociales auxquelles font appel les décisions des magistrats.

A ce propos on ne saurait trop insister, avec Durkheim, sur le fait que le droit met en forme précise, apparente, claire et officielle les dispositions, au double sens du terme, textuelles ou personnelles, souvent confuses, voire refoulées des acteurs et des mécanismes intuitionnels dont le fonctionnement, dans les faits, tient plus du bricolage et des rapports de forces hiérarchiques et sociaux que des mesures énoncées et fixées dans le code de procédure pénale !

Dans cette partie nous avons délibérément accordé une grande place aux interviews et ceci de deux manières. D'une part en livrant certaines interviews en « totalité », tant elles exprimaient de manière typique le point de vue des acteurs occupant des positions stratégiques dans le processus pénal. D'autre part en rapportant de « longs extraits d'interviews » qui explicitent un aspect, une dimension, un élément du phénomène étudié. Il ne s'agit pas d'une démission du sociologue face aux acteurs sociaux

qui seraient à ses yeux les dépositaires de la vérité de leur point de vue et moins encore de l'ensemble des points de vue sur les processus de mise en détention provisoire.

On ne s'est donc pas contenté d'enregistrer mécaniquement les propos de l'interviewé. Une parole ne parle qu'à condition de créer une relation qui la fasse entendre « en livrant les éléments nécessaires à sa propre explication », pour reprendre l'expression de Pierre Bourdieu¹. C'est pourquoi chaque entretien, mais aussi chaque extrait d'entretien, est précédé d'une présentation qui tente de livrer les conditions d'intelligibilité d'un discours qui tend à rendre compte des phénomènes dont il parle au double sens du terme. Car, à la différence de la plupart de celles qui figurent dans *La misère du monde*, les personnes interviewées ont ici le double statut d'acteur, celui participant au processus à analyser et d'interprète de ce dernier. De sorte que pour une bonne part les explications qui sont livrées par le chercheur viennent comme en contrepoint ou comme en accompagnement de celles des acteurs eux-mêmes.

Rémi LENOIR

Professeur de sociologie à l'Université de Paris-1

1. Cf. P. Bourdieu (sous la direction de), *La misère du monde*, Paris, Seuil, 1993, surtout p. 903-925.

A. – NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

I. – POLITIQUE CRIMINELLE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Institutions judiciaires, par Michèle-Laure Rassat, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, 302 pages.

Auteur de nombreux ouvrages consacrés entre autres au droit pénal, à la procédure pénale et à la justice, M.L. Rassat propose ici un remarquable panorama des institutions judiciaires françaises. Sous la réserve de précisions de détail (à notre connaissance, le ministère de la Justice ne comprend pas de Direction de la protection judiciaire de l'enfance mais une Direction de la protection judiciaire de la jeunesse ; les conseillers prud'hommes prêtent serment sauf exception, devant le Tribunal de grande instance ; ou encore les décisions de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions sont depuis une loi du 17 juillet 1992, susceptibles d'appel), tout lecteur intéressé par le fonctionnement et les attributions des juridictions judiciaires et administratives, du Conseil constitutionnel ou encore des juridictions internationales trouvera là une synthèse particulièrement riche, synthèse tout autant indispensable à l'étudiant qu'utile aux praticiens du droit eux-mêmes.

Comme le note M.L. Rassat dès l'introduction : « ... le système juridictionnel français n'a pas été construit *ex nihilo*. Il est le résultat, plus peut-être que toute autre institution de notre République, d'une histoire qui a façonné les deux ordres principaux de juridictions... » Pour autant le propos ne s'en tient jamais à une pure approche historique et analyse toujours, parfois avec beaucoup d'esprit critique, comment chaque institution réalise son objectif propre tout en respectant les grands principes caractéristiques de notre ordre juridique (V. Première partie). Mais la véritable originalité de l'ouvrage tient surtout dans la manière dont son auteur met en valeur la spécificité en quelque sorte organique de chaque institution et ne fait état des règles de procédure (droit processuel) qu'autant que celles-ci servent la finalité de la juridiction considérée.

Le lecteur trouvera ainsi, notamment dans la deuxième partie consacrée aux « Institutions judiciaires » proprement dites, des descriptions particulièrement suggestives de la cour d'assises (avec en particulier, l'évolution du rôle dévolu au jury) et de la Cour de cassation, ou encore, dans la troisième partie consacrée aux « hommes » (et aux femmes de plus en plus nombreuses dans la magistrature) qui assurent le fonctionnement des institutions, des développements fort intéressants, qu'il s'agisse des membres du ministère public ou encore des avocats.

L'on regrettera seulement que dans cet ensemble de descriptions celle du juge des enfants quand il intervient au titre de l'assistance éducative (protection de l'enfance en danger) (V. p. 128) soit quelque peu délaissée. De même l'on trouvera peu de développement sur ces « auxiliaires du juge » que sont les enquêteurs sociaux (V. p. 248) ou encore sur les personnels des nombreux services éducatifs (V. p. 266), dont

les interventions sont souvent si importantes. Il est vrai que les études spécialisées ne manquent pas dans ces domaines et que le propos de M.L. Rassat est de s'en tenir essentiellement à ce qui, dans les institutions judiciaires, est directement déterminé par des règles de droit.

Il reste que celles-ci ne rendent pas toujours compte de la manière dont la justice s'adapte à l'évolution de ses missions et notamment à la montée de certains contentieux : ainsi le recours de plus en plus fréquent à la procédure de comparution immédiate ou à la convocation par officier de police judiciaire paraît caractériser désormais de manière irréversible le traitement des infractions pénales dévolu au tribunal correctionnel. De même quand M.L. Rassat note : « ... le développement du contentieux est lié à un état d'esprit d'aigreur et de revendication attisé par de nombreux mouvements ou associations politiques, idéologiques ou syndicaux » (V. p. 97), il nous semble que le phénomène des contentieux de masse, et la demande de justice qui le sous-tend, mériterait une analyse plus approfondie de la part de l'auteur.

Terminons par un souhait : c'est qu'un ouvrage si riche connaisse rapidement une deuxième édition. Car les institutions judiciaires présentent, souvent par petites touches, d'incessantes modifications : ainsi de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 qui a notamment institué le juge aux affaires familiales en en faisant désormais le juge unique de nombreuses questions relevant du droit de la famille ou encore de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 qui a considérablement étendu la compétence du juge unique en matière correctionnelle tout en rendant cette compétence désormais obligatoire. De même le statut de la magistrature a été sensiblement modifié par les lois organiques du 25 février 1992 puis du 5 février 1994 en même temps que le Conseil supérieur de la magistrature a vu ses attributions étendues ; ou encore une nouvelle profession d'avocat, issue de la fusion des anciennes professions d'avocat et de conseil juridique, a été créée à compter du 1^{er} janvier 1992 par une loi du 31 décembre 1990. On ne peut omettre enfin les lois de juillet et décembre 1992, portant réforme des dispositions générales du code pénal et qui, entrées en vigueur le 1^{er} mars 1994, ne sont pas restées sans incidence sur la compétence des institutions judiciaires.

Jean-Claude MONIER

Pour une nouvelle politique pénale. Chroniques 1965-1985, par Jacques Vérin, Avant-propos de Robert Badinter, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Coll. Droit et Société n° 9, 1994, 438 pages.

Pour qui veut comprendre comment s'est forgé en France le concept puis le projet de politique criminelle participative, où sont nées les idées qui l'anime, quelle génération d'hommes en ont creusé les fondations, l'ouvrage de Jacques Vérin est une mine d'enseignements.

« Le pouvoir à l'imagination », formule signant ce que voulut être Mai 1968, peut s'appliquer à une génération d'hommes, magistrats, universitaires, travailleurs sociaux, qui au sortir de la Seconde Guerre mondiale ont souhaité une justice autre, une société autre où chacun retrouverait sa place même s'il avait failli. Jacques Vérin fut de ceux-là. Pionnier à beaucoup d'égards, pierre après pierre, il participa à la construction d'une politique pénale nouvelle.

La réunion en un ouvrage unique de nombre de ses articles est un bonheur pour les acteurs de la prévention et de la répression, curieux de comprendre les racines et les difficultés de la politique volontariste de prévention conduite depuis plus de dix ans.

Jacques Vérin pose des repères, laboure des champs d'idées, décrit des expériences innovantes. Il fait naître l'espoir d'un fonctionnement autre du système pénal sans

éluder les obstacles, les écueils ou même les effets éventuellement pervers de la nouvelle politique pénale proposée.

Jacques Vérin est un criminologue, la première partie de son ouvrage s'intitule « Criminologie », on y trouve des textes qui, vieilliss au premier coup d'œil, sont en réalité d'une extrême actualité. Il en est ainsi de cette présentation d'une criminologie de la vie quotidienne à propos du métro parisien (p. 57 et s.).

Jacques Vérin est politico-criminologiste, selon l'expression de Marc Ancel pour qualifier les spécialistes de politique criminelle. La deuxième partie du livre s'intitule « Politiques criminelles » et passionne aussi bien sur les prémisses du règlement extra-judiciaire des litiges, que sur la pédagogie de la responsabilité, la participation du public à la justice pénale et à la prévention du crime, ou encore l'intérêt nouveau porté aux victimes.

Jacques Vérin est profondément réformateur, le magistrat soucieux de l'être et du devenir de l'enfermement consacre la troisième partie de ce recueil de textes à la prison, sous le titre « Réformer la prison ». « La prison, comment s'en débarrasser » est au cœur de son propos (p. 289 et s.). « On se souvient », nous dit-il, « du cadavre inquiétant d'Amédée, dans la pièce d'Ionesco, grandissant de minute en minute dans la chambre où il est exposé, à l'affolement des vivants qui ne savent plus comment s'en débarrasser ».

Pour une nouvelle politique pénale est l'ouvrage d'un praticien, mais aussi l'ouvrage d'un chercheur qui a beaucoup fait pour le développement de la recherche dans le champ du pénal. C'est le livre d'un humaniste « utopiste-pragmatique », interdisant la désespérance, redonnant l'enthousiasme nécessaire à ceux qui œuvrent pour le vrai changement.

Christine LAZERGES

II. - DROITS DE L'HOMME

Women's Rights : Human Rights, publié par Alice Yotopoulos-Marangopoulos, Athènes, Publications Estia, Marangopoulos Fondation for Human Rights, 1994, 359 pages.

Le quinzième volume émanant de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme d'Athènes est consacré aux droits des femmes. Il contient quatorze contributions dues à la plume d'experts bien connus, la plupart juristes, et quelques spécialistes des sciences sociales. La publication fait suite à la Déclaration de Vienne, adoptée par les Nations Unies en juin 1993, qui fut complétée par un programme d'action qui précise les conditions de sa mise en application. Le volume est dédié à l'Alliance internationale des femmes qui, depuis près d'un siècle (elle fut fondée à Washington DC en 1902), se trouve à l'avant-garde dans la lutte pour l'égalité juridique, sociale et culturelle des femmes dans le monde. Cette organisation (la première, sauf erreur, des organisations féministes internationales) établissait, dès sa fondation, un catalogue complet de réclamations visant à éliminer les obstacles qui empêchaient l'égalité entre les sexes. Au cœur de ses demandes figura l'extension aux femmes du principe du suffrage universel. En effet, c'est à partir des législations, des amendements constitutionnels que cet ancêtre des mouvements féministes contemporains se proposa de promouvoir la cause des femmes. Si la plupart des demandes faites au début de ce siècle au niveau des principes figurent aujourd'hui dans les législations positives, nationales et internationales (déclarations des droits et conventions), leur application effective laisse encore beaucoup à désirer.

Il ne s'agit évidemment pas de droits qui soient spécifiques aux femmes. Ces droits appartiennent au genre humain. Ils proclament et protègent la vocation à la dignité, à l'égalité et à la tolérance. Mais les conditions d'exercice de ces droits, proclamés à Vienne, sont différentes suivant que l'on appartient à l'un ou l'autre des deux sexes. Il est démontré que les femmes sont privées, en pratique, de l'exercice de ces droits. La lutte des mouvements féministes – dont Alice Marangopoulos est une des dirigeantes réputées (elle préside actuellement l'Alliance internationale des femmes) – consiste à dénoncer les obstacles d'ordre économique, culturels et sociaux qui empêchent les femmes d'accéder à l'exercice effectif de leurs droits. Leurs conditions d'existence doivent être changées, en particulier l'exercice du droit à la santé et à la liberté de conception ou de reproduction. Et là, nous sommes loin du compte, même dans les démocraties occidentales qui, par rapport au reste du monde, constituent une avant-garde.

Les contributions figurant dans ce volume sont de deux ordres : des thèmes généraux sont traités dans la première partie, des problématiques particulières sont abordées dans la seconde. Dans la première partie, R. Cook (Toronto) examine les conditions d'application de la Convention internationale visant à l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes (CEDAW), adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, et ratifiée ultérieurement par 133 pays membres. De nombreux mécanismes institutionnels ont été mis en place tels que le Comité des droits de l'homme et la Commission sur le statut de la femme. La Cour internationale de justice peut, également, émettre des avis sur la demande expresse de l'Economic and social council (Ecosoc). Actuellement, on assiste à la mise en place des instances régionales destinées à faire respecter les conventions à cet échelon-là. M. Rendel (Londres) passe en revue l'histoire des mouvements féministes et évalue leur contribution à la promotion des droits des femmes. En fait, il s'agit d'une lutte de tous les jours, pour rendre effectifs les droits de l'homme pour la gent féminine. K. O'Donovan (Kent) développe l'argument philosophique concernant le concept unitaire du sujet de droit. Ce concept universel doit éliminer la dichotomie que la pratique politique, sociale et judiciaire a consacrée au détriment des femmes. Le « fait social total » de Marcel Mauss s'applique ici : c'est l'être humain, dans sa totalité, sans distinction de sexe, qui est sujet de l'ordre social comme du droit. U. Gerhard (Francfort) ne réclame pas des droits spécifiques pour les femmes : elle est contre le « séparatisme » des sexes. Mais elle veut s'assurer que la philosophie, comme la pratique juridique, élimine toutes différences ayant trait à la liberté, à l'égalité et à la dignité des femmes. Ainsi, par exemple, dans le droit canon appliqué en Allemagne au XIX^e siècle, l'avortement n'était punissable que pour l'embryon doté déjà d'une âme. Or, l'embryon mâle avait une âme immortelle dès le quarantième jour de la conception. Un embryon de sexe féminin n'avait atteint cet état qu'après 80 jours...

Alice Yotopoulos-Marangopoulos examine, dans une perspective à la fois historique et philosophique, les relations entre la démocratie politique et l'évolution des droits de l'homme. Elle fait la démonstration convaincante que l'égalité des opportunités est la condition fondamentale d'une démocratie moderne. Son corollaire est cependant la reconnaissance progressive du caractère universel des droits de l'homme. Les minorités, victimes de discrimination, doivent accéder à l'exercice effectif de leurs droits politiques, sociaux et économiques. L'élimination des obstacles qui s'y opposent constitue l'objectif de la communauté internationale, composée d'organismes gouvernementaux et non gouvernementaux. L'égalité des femmes sera réalisée dans ce contexte de lutte générale pour la démocratie et l'universalité des droits de l'homme.

La seconde partie de l'ouvrage contient des essais consacrés aux problèmes particuliers. A. Petraki-Kottis (Athènes) examine en détail des obstacles qui empêchent les femmes d'accéder à de hauts postes de responsabilité. Un véritable système informel d'exclusion existe au profit des hommes. Beaucoup de talents sont ainsi gaspillés sans

parler de l'injustice qui frappe ainsi les femmes. K. Kassimati (Athènes) étudie la situation faite aux femmes en Grèce en ce qui concerne leur accès au marché du travail. Elle constate que, malgré les dispositions légales, les mécanismes socio-économiques exercent une discrimination systématique à l'égard des femmes. Seules des interventions et pressions politiques vigoureuses peuvent changer cette situation. E. Apfelbaum, G. Halimi et B. Groult (Paris) illustrent par de nombreux exemples les préjugés et les discriminations qui subsistent à l'égard des femmes dans la société française. B. Groult, en particulier, dénonce l'inconsistance dans les appellations officielles en usage dans son pays : « Mme le ministre »... E. Kolstad (Oslo) analyse et évalue le fonctionnement de diverses instances mises en place par le législateur norvégien pour assurer l'égalité effective des sexes, aussi bien sur le marché du travail que dans la fonction publique et dans l'exercice des droits civiques et civils. Il est particulièrement intéressant de noter le rôle des OMBUD (version a-sexuée de l'Ombudsman) qui règle, plus rapidement que les organes judiciaires, des plaintes portées à sa connaissance. La législation compréhensive qui assure l'égalité de traitement entre les sexes date de 1978. L'ombud peut être saisi par les collectivités ou par les individus. Il peut intervenir de sa propre initiative aussi.

S. Siedlecky et D. Wyndham retracent la longue lutte des femmes en Australie pour assurer leur liberté de procréer. Actuellement, largement acceptée et légalement protégée, cette liberté fut particulièrement difficile à obtenir dans une colonie, établie en 1788, dont l'existence même dépendait de la procréation. Tout au long du XIX^e siècle, beaucoup de femmes, en âge de procréer, mettaient au monde un enfant annuellement. E. Trivizias et Chr. Davies (Reading) A. Yotopoulos-Marangopoulos et J. Farsedakis confrontent le délicat problème de la censure et de la pornographie. Problème délicat car les mouvements féministes ont longtemps souffert de la censure qui privait les femmes d'information. La censure permettait la déformation des faits et des réalités dans un sens qui leur fut défavorable. Actuellement, le mouvement féministe demeure divisé devant l'introduction d'une censure concernant la pornographie. Néanmoins, les deux derniers auteurs font un plaidoyer vigoureux pour sanctionner pénalement et civilement les auteurs des textes ou images pornographiques. Excluant une censure préventive et évitant des confusions avec l'expression artistique de l'érotisme, les auteurs considèrent comme un abus de la liberté d'expression et une atteinte grave aux droits de l'homme, surtout à ceux des femmes, l'exploitation mercantile d'une sexualité bafouant la dignité humaine. Ils invitent, en particulier des chercheurs, pour qu'ils présentent les résultats de leurs travaux qui indiquent sans équivoque l'impact, préjudiciable sur le psychisme comme sur les droits individuels, de la pornographie.

Ce trop bref aperçu ne donne qu'une pâle idée de la richesse que représentent ces contributions, réunies par l'illustre professeur de criminologie et militante féministe, Alice Yotopoulos-Marangopoulos. Le lecteur est frappé par l'universalisation d'un débat qui ne concernait, pendant longtemps, que des mouvements féministes à audience limitée. L'appareil juridique international, dans le cadre des Nations Unies, a stimulé les parlements ainsi que les juridictions nationales : tout un réseau d'instances et d'institutions sont mises en place pour assurer l'égalité et la liberté de la moitié féminine de l'humanité. Cependant, il est plus facile de légiférer que de changer les mentalités et les pratiques sociales. Il s'agit en particulier des pays du tiers monde où les femmes souffrent, plus qu'ailleurs, de discriminations gravement préjudiciables à leur santé et à leur dignité d'être humain. La contribution de la Fondation Marangopoulos et de sa présidente montre d'une façon exemplaire ce que les organismes non gouvernementaux, libres de toute attache politique, peuvent accomplir au service d'une cause noble et socialement utile. Ceux qui n'en sont pas tout à fait convaincus le seront à la lecture de ce quatorzième volume d'une série publiée depuis 1979.

Denis SZABO

Civil Liberties : Cases and Materials, par S.H. Bailey, D.J. Harris et B.L. Jones, 3^e édition, Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1991, 863 pages.

Les libertés publiques sont protégées au Royaume-Uni selon des techniques différentes des nôtres mais le résultat outre-Manche provient d'une longue tradition judiciaire respectueuse des droits de l'homme. Le système de Westminster n'accepte pas le contrôle de constitutionnalité à l'américaine, les juges ont cependant un grand pouvoir de contrôle de légalité *judicial review* des actes de l'administration et de l'exécutif. C'est par ce biais que le droit administratif britannique s'est développé. Ce contrôle de légalité a permis une protection très efficace des droits de l'homme tout en respectant le sacro-saint principe de souveraineté du parlement. Les juges britanniques se sont fait une réputation dans la protection des droits contre les empiètements de l'exécutif, mais ils sont beaucoup plus prudents que leurs homologues américains qui peuvent faire montre d'un activisme judiciaire qui leur est interdit.

Voici un ouvrage tout à fait remarquable qui en treize chapitres nous peint la situation telle qu'elle se présente plus particulièrement en Angleterre et au pays de Galles mais aussi dans les autres parties du Royaume-Uni. A lire la table des matières on ne peut s'empêcher de penser au *Bill of Rights* américain qui forme les dix premiers amendements à la Constitution. Sans Constitution écrite c'est-à-dire sans document unique comme aux Etats-Unis ou comme en France, le Royaume-Uni a une Constitution fondée sur des siècles de pratiques, de conventions constitutionnelles, de textes législatifs mais aussi de grands traités rédigés par d'éminents auteurs. Afin que le parlement ne légifère pas de façon dictatoriale comme ce fut le cas en Afrique du Sud de 1948 à 1994 les constitutionnalistes britanniques ont dégagé cette notion de *rule of law* qui permet une véritable auto-limitation de la législature selon un principe de légalité de principes généraux du droit assez difficile à définir mais qui fait que, tout souverain qu'il est, le parlement ne peut pas tout se permettre.

Les pouvoirs de la police, la liberté d'expression, le droit à la vie privée, la liberté de religion comme la volonté de ne pas discriminer sur des fondements raciaux, la liberté de mouvements (immigration comme expulsion), les droits des détenus, voici les têtes de chapitres typiques d'un manuel de droit constitutionnel américain. Tous ces problèmes sont résolus au Royaume-Uni avec une technique différente : le contrôle de légalité et non de constitutionnalité mais aussi une interprétation des textes législatifs qui avantage souvent les principes protecteurs des droits de l'homme. Au Royaume-Uni c'est la magistrature qui s'est arrogée le droit de défendre l'individu face au pouvoir exécutif. A lire cet excellent livre on ne peut s'empêcher de penser aux solutions américaines dans les mêmes circonstances. D'ailleurs, il est révélateur de voir que le livre s'ouvre sur la question d'une possible déclaration des droits un jour pour le Royaume-Uni et se termine par la Convention européenne des droits de l'homme, qui fit dire au grand constitutionnaliste australien Leslie Zines que les Britanniques ont en pratique un *Bill of Rights* interprété et appliqué par des étrangers. Et le grand auteur d'ajouter qu'il ne comprend pas pourquoi les Britanniques ne voient pas l'avantage de voir ces questions réglées par leurs propres juridictions.

Voici un livre superbe qui fait opportunément le point sur des problèmes de droit administratif britannique et de libertés publiques. Evidemment les auteurs reconnaissent leur dette au livre de Street *Freedom, the Individual and the Law* aujourd'hui dans sa sixième édition et repris par Geoffrey Robertson. Avec ses tables de lois et d'arrêts, son index et les arrêts cités et commentés, voici un instrument de travail indispensable pour ceux qui s'intéressent aux droits de l'homme, au droit administratif britannique et au droit comparé (droit anglais-droit des Etats-Unis).

Antoine J. BULLIER

III. – DROIT CONSTITUTIONNEL

La justice constitutionnelle en Europe, par Dominique Rousseau, Paris, Montchrestien, EJA, 1992, 160 pages.

Le livre *La justice constitutionnelle en Europe*, paru dans la collection Clefs, est dû au professeur Dominique Rousseau, bien connu pour ses recherches sur la justice constitutionnelle. Dans ce court essai, l'auteur s'est proposé de montrer à la fois l'unité et la diversité des systèmes de justice constitutionnelle en Europe. L'unité tient à ce que dans tous les pays le développement de la justice constitutionnelle a eu pour effet de transformer profondément l'exercice de la fonction législative et, par là même, le fonctionnement des démocraties libérales, puisque le juge constitutionnel assure la protection des droits fondamentaux des citoyens contre les abus éventuels du législateur. La diversité tient principalement aux modalités d'organisation des cours constitutionnelles qui sont apparues au cours de ce siècle à partir du modèle imaginé par Kelsen ainsi qu'à l'agencement des procédures conduisant à la saisine de ces cours. L'ensemble du livre est écrit d'une plume alerte et avec conviction, tant l'auteur sait communiquer son enthousiasme. De plus, il apporte beaucoup d'informations sur les systèmes étrangers trop souvent mal connus en France, y compris les systèmes institués en Europe centrale et orientale après la chute du communisme ; il analyse également quelques décisions particulièrement importantes rendues par les cours étrangères, ce qui est fort utile.

L'auteur montre certes avec beaucoup de netteté les différences opposant les principaux systèmes de justice constitutionnelle existant en Europe, notamment en ce qui concerne les modes de saisine et les compétences. Néanmoins, il est permis de regretter que la portée de ces différences soit un peu sous-estimée. En effet, même pour les pays ayant subi une certaine influence du modèle kelsénien, les différences affectant les modes de saisine du juge constitutionnel ne sont pas appréciées selon nous à leur juste valeur : en effet, il n'y a rien de commun entre un système limité au contrôle de constitutionnalité des lois à la demande des acteurs de la vie politique et un contrôle de constitutionnalité portant également sur les jugements et déclenché par les simples particuliers ; dans le premier cas, le modèle est encore kelsénien ; dans le second cas, il est en réalité très proche du modèle américain. En outre, l'auteur a assez largement négligé l'étude des pays ayant adopté une conception de la justice constitutionnelle éloignée de la construction kelsénienne en particulier la Suisse, la Norvège, l'Irlande et, à un moindre degré, la Grèce et le Portugal ; or précisément leur étude aurait permis de donner un tableau moins monocolore de l'Europe de la justice constitutionnelle.

L'ouvrage de Dominique Rousseau a cependant de grands mérites. Le premier est d'avoir bien montré combien le système français de justice constitutionnelle était très différent de ceux existant dans le reste de l'Europe : les Français ne prendront jamais assez conscience de l'originalité, voire de la bizarrerie, du système français, c'est-à-dire d'un système dans lequel seules les lois nouvelles peuvent être contrôlées pendant un bref délai. Le second est d'avoir montré que la fonction principale de la justice constitutionnelle est, dans tous les pays, non pas l'arbitrage entre les pouvoirs publics, mais la protection de ce que l'auteur appelle à juste titre, en s'inspirant de l'œuvre de Georges Burdeau, une idée de droit commune et que cette idée de droit commune s'inspire de plus en plus de la tradition constitutionnelle commune à toute l'Europe et non plus de la seule tradition nationale.

Michel FROMONT

IV. - HISTOIRE DU DROIT PÉNAL

Espionage and Secrecy. The Official Secrets Acts 1911-1989 of the United Kingdom, par Rosamund M. Thomas, Londres et New York, Routledge, 1991, 304 pages.

Au Royaume-Uni, la législation sur l'espionnage a pris la forme des *Official Secrets Acts*, qui définissent ces infractions si graves à la sûreté de l'Etat. Les cas de trahison sont au contraire prévus par le *Treason Act* de 1351 encore en vigueur aujourd'hui. Le concept de haute trahison fut utilisé dans l'affaire *Joyce c/ Director of Public Prosecutions* (1946), AC 347 HL (E) pour la dernière fois. Dans ce cas très célèbre, Joyce fut reconnu coupable de haute trahison bien qu'étant citoyen américain car il avait été en possession d'un passeport britannique, donc avait fait allégeance à la Couronne et demandé sa protection.

Dans les deux *Acts* de 1911 et 1920, la loi place la charge de la preuve sur l'accusé qui doit prouver son innocence car il s'est trouvé à un endroit où sa seule présence « portait préjudice à l'Etat ». De même dans la loi de 1920, l'accusé doit aussi prouver son innocence lorsque le texte retient le critère d'« utile à un ennemi ». Pendant la Première Guerre mondiale les agents étrangers encouraient la peine de mort alors que les sujets britanniques encouraient la même peine pour haute trahison. Ces deux textes s'appliquaient à l'Irlande encore partie intégrante du Royaume-Uni avec ses trente-deux comtés mais aussi aux *Dominions*. Dès 1922, les vingt-six comtés du Sud de l'Irlande formaient l'Etat libre d'Irlande c'est-à-dire un Etat indépendant du Royaume-Uni mais ayant statut de *Dominion* au sein de l'Empire britannique. L'*Act* de 1911 précisait qu'il s'appliquait dans toute possession britannique (art. 11) à moins que toute loi similaire soit votée par la législature de ladite possession. Dans ce cas, il fallait un *Order in Council* pour suspendre l'application de cette loi. Quelques années plus tard tous les *Dominions* votèrent des lois inspirées de celles de Westminster. Aujourd'hui, les *Acts* ne s'appliquent plus qu'au Royaume-Uni.

Selon les lois sur les secrets officiels, aucune poursuite ne peut être engagée sans le consentement de l'*Attorney-General*. Celui-ci est politiquement responsable de l'application de la loi pénale en Angleterre, au pays de Galles et en Irlande du Nord. Son homologue en Ecosse est le *Lord Advocate*. Soixante et un *Acts* précisent les différentes situations dans lesquelles l'*Attorney-General* doit donner son consentement avant poursuite. En droit constitutionnel britannique, l'*Attorney-General* agit de façon indépendante du gouvernement bien qu'en faisant partie. Il ne peut recevoir d'ordres des ministres à fins de poursuites. Depuis 1928, il ne fait plus jamais partie du *cabinet*. Depuis 1989, avec son adjoint le *Solicitor-General*, il est à la tête du *Law Officers Department* qui regroupe le *Treasury Solicitor*, le *Legal Secretariat to the Law Officers*, le *Crown Prosecution Service* (CPS) et le *Serious Fraud Office*. Pour la poursuite pénale, sous les ordres de l'*Attorney-General* et nommé par lui, se trouve le *Director of Public Prosecutions* depuis 1985-1986 chef du CPS. Avant de donner son consentement pour la poursuite selon les *Official Secrets Acts*, l'*Attorney-General* doit prendre en considération la qualité des preuves rassemblées, le degré de culpabilité de l'accusé, les dommages infligés à l'intérêt public et l'effet d'une poursuite sur celui-ci. Les intérêts de l'Etat et l'intérêt public souvent se recoupent. Selon la jurisprudence, les intérêts de l'Etat signifient les objectifs de la politique de l'Etat définis par la Couronne selon les conseils des ministres. Le cœur de cet excellent livre c'est le procès contre Peter Wright intenté par la Couronne britannique contre cet ancien agent du MI5 résidant en Australie. Cet ancien membre du contre-espionnage britannique a publié un livre *Spycatcher* qui fit grand bruit à cause de ses révélations. Les procès civils intentés contre lui furent perdus pour la Couronne britannique en Australie alors que son livre fut pendant un certain temps interdit au Royaume-Uni. Wright ne pouvait être

poursuivi pour délit pénal au Royaume-Uni à moins qu'il n'y retournât. Après les échecs successifs du gouvernement britannique face à la publication des mémoires de l'ancien membre du contre-espionnage, la fonction d'*Attorney-General* se trouva affaibli. L'*Attorney-General* Sir Michael Havers quoique gardant la confiance du premier ministre fut remplacé par Sir Peter Mayhew.

Voici un livre fort instructif qui nous montre combien les lois sur l'espionnage sont difficiles à manier et combien l'*Attorney-General* risque de voir se retourner contre lui un engagement imprudent des poursuites. Cette opportunité des poursuites est bien entendu un acte autant politique que judiciaire. Ce pouvoir discrétionnaire peut-il faire l'objet d'un contrôle de légalité par les cours de justice ? La plupart des arrêts concernant le contrôle de légalité des décisions de l'*Attorney-General* ne sont pas fondés sur les pouvoirs que lui donne la loi mais sur ceux inhérents à sa charge et issus de la prérogative royale comme le fait d'arrêter une poursuite : *nolle prosequi*. La chambre des Lords a refusé toute compétence aux cours de justice de contrôler la légalité des décisions de l'*Attorney-General* concernant les droits publics et l'intérêt public. Selon la chambre, l'*Attorney-General* a le droit exclusif de représenter ces droits. La responsabilité de ce ministre est donc politique. Cependant dans *Chandler c/ DPP*, Lord Devlin déclara que les cours de justice ne contrôlèrent pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'*Attorney-General* mais interviendraient pour corriger tout excès ou abus. Devant une telle ambiguïté, on peut rester perplexe vis-à-vis d'une fonction qui cependant est une des plus prestigieuses et des plus difficiles du gouvernement britannique.

Antoine J. BULLIER

V. - DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

La responsabilité pénale des personnes morales, par Martine Boizard, Bernard Bouloc, Yvaine Buffelan-Lanore, Yves Chaput, Gérard Couturier, Philippe Delebecque, Mireille Delmas-Marty, Yves Guyon, Paul Le Cannu, Raymond Legeais, Maggy Pariente, Étienne Picard, Isabelle Urbain-Parleani, Pierre Truche, Geneviève Viney, Paris, *Revue des Sociétés*, Extrait du n° 2-1993, p. 229 à 388 + Annexes, Editions Dalloz, 1993, 203 pages.

Par quatre lois en date du 22 juillet 1992, le législateur français adoptait un nouveau code pénal dont l'une des principales innovations demeurerait, à n'en pas douter, l'affirmation du principe de la responsabilité pénale des personnes morales nonobstant la tendance récente à encourager la dépénalisation.

Une fois la houle des débats parlementaires estompée, il convenait de présenter avec une grande précision cette réforme pour le moins complexe, réforme qui fut l'objet d'une table ronde organisée par le Département de droit de l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), le 7 avril 1993, sous la présidence de M. le Procureur général Truche et dont les rapports ont été rassemblés dans cet ouvrage, extrait de la *Revue des sociétés* du n° 2-1993.

D'une part cet ouvrage rassemble autour de quatre questions fondamentales (Quelles personnes morales ? Pour quelles infractions ? A quelles conditions et selon quelles modalités ? Quelles sanctions ?) les éléments de réponses proposés par les spécialistes de la matière ainsi que les difficultés prévisibles et celles moins prévisibles que suscite cette nouvelle responsabilité, d'autre part il porte un regard très précieux sur deux de nos législations voisines (anglaise et allemande).

Par ailleurs, à travers une approche pluridisciplinaire et grâce à une vision pragmatique, les intervenants ont fait de cet ouvrage un véritable outil de travail incontournable pour des travaux de recherche accomplis en la matière.

Soulignons à cet égard que figurent en annexe l'ensemble de la législation et de la réglementation ainsi qu'une liste des infractions engageant la responsabilité pénale des personnes morales.

Jean-Christophe ROUQUETTE

VI. – DROIT MÉDICAL ET BIOÉTHIQUE

La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, par M. Akida, préface d'Albert Chavanne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, tome 29, 1994, 456 pages.

M. le professeur Akida vient de faire paraître à la Librairie générale de droit et de jurisprudence, dans la Collection Bibliothèque de sciences criminelles, sous le tome 29, sa thèse sur *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et blessures par imprudence*.

Cette œuvre, magistrale, il faut le signaler d'emblée, méritait d'être publiée afin qu'elle puisse être à la portée de tout le monde, et que tout le monde puisse en tirer profit.

M. Akida avait travaillé cet ouvrage, quand il était étudiant en doctorat à Lyon, sous la direction du professeur Albert Chavanne. Suivi par un tel maître, animé par une véritable vocation juridique et une passion pour le droit pénal, M. Akida s'était attelé à la tâche avec une vigueur inhabituelle.

Le point marquant reste néanmoins le bonheur du résultat à travers l'ouvrage que voici. M. Akida a mis au service de cette œuvre la double qualité d'un esprit de synthèse et d'une maîtrise analytique peu commune.

Non seulement il a passé au crible fin toutes les décisions jurisprudentielles rendues dans les différents domaines médicaux où le droit pénal peut se manifester, mais en plus M. Akida n'a éludé aucune des difficultés théoriques du droit pénal, et il y en a !, dont il a dressé tout au long de son ouvrage une véritable construction.

Il suffit de citer son apport quant à la dualité des fautes civile et pénale. Il convient de ne pas oublier toute son analyse relative à la causalité en matière d'accidents médicaux, et il sied enfin de noter la parfaite maîtrise par l'auteur des différentes étapes de l'intervention médicale pour en donner la qualification juridique la plus adéquate.

Comme pour toute œuvre de l'ampleur de celle qui est ainsi offerte aux lecteurs, l'unanimité ne sera pas acquise sur l'ensemble des points examinés par M. Akida. Qu'importe du reste, dès lors que l'esprit qui a animé l'auteur est un esprit réellement scientifique, c'est-à-dire ayant pratiqué la critique à l'égard de tout ce qu'il a traité et acceptant en retour la critique que certains pourraient faire.

Après tout, n'est-ce pas à l'aune de la critique reçue que l'on juge l'originalité et la pertinence d'une œuvre qui de ce fait prouve qu'elle ne peut nullement laisser indifférent ?

Adrien-Charles DANA

VII. - PROCÉDURE PÉNALE

The Modern Law of Evidence, par Adrian Keane, 3^e édition, Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1994, 550 pages.

L'ouvrage d'Adrian Keane est un manuel sur le droit des preuves, cette partie essentielle du droit anglais qui ne recouvre pas seulement le droit de la preuve mais le déroulement du procès. Le régime légal des preuves transforme complètement le droit judiciaire. Dans le système accusatoire, la Cour ne peut elle-même rechercher les preuves. Elle ne peut se fonder que sur les preuves présentées par les parties qui sont loin d'être impartiales. La Cour se doit de prendre une décision à la fin du procès. Le droit des preuves est avant tout un droit d'exclusion de certaines preuves. Cette troisième édition comprend les arrêts *Istel c/ Tully*, sur le privilège d'auto-incrimination, *R. c/ Shepard* qui a fixé la loi sur l'admissibilité des documents informatiques. On verra dans l'introduction que Keane fait lui aussi allusion à une possible codification qu'il considère cependant comme fort lointaine.

Antoine J. BULLIER

Justice et psychiatrie, Bordeaux, Ecole nationale de la magistrature, 1993, 270 pages.

Cet ouvrage collectif présente les exposés de la session de formation continue des magistrats, organisée par l'Ecole nationale de la magistrature à Paris du 9 au 13 décembre 1991. Les rapports, parfois difficiles, entre justice et psychiatrie, sont envisagés dans quatre situations concrètes : le procès pénal, la prison, l'asile et les actions civiles en réparation du dommage mental.

Dans une partie introductive, M. Colin et P. Geissmann décrivent les principaux aspects de la psychiatrie et de la psychanalyse contemporaines. S'agissant des relations du psychiatre avec la justice, le premier insiste sur la nécessité de « reconnaître et assumer nos différences » et celle de « résister à la tentation d'intervertir les rôles ou de monopoliser toutes les fonctions ». De son côté, P. Couvrat expose l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur l'amélioration des droits des malades mentaux. Toutefois, de grandes difficultés persistent à propos des expertises pénales et l'auteur estime en particulier qu'« on demande sans doute beaucoup trop à l'expert ».

Ces problèmes sont examinés de manière plus précise dans la première partie de l'ouvrage consacrée à l'examen des troubles mentaux dans le procès pénal. J. Bernheim s'interroge sur la question de savoir si l'expert est plutôt le médecin du juge ou celui du détenu. « Le fait est, observe-t-il, que les bons experts s'accommodent de leur double loyauté et que les bons juges les aident à bien agir ». M. Lemonde, magistrat, déplore certaines incohérences liées aux situations dans lesquelles une expertise pénale est ordonnée et propose une césure du procès pénal, destiné d'abord à examiner si le prévenu est jugeable avant d'envisager, le cas échéant, s'il est coupable. L. Daligand, à propos des violences intra-familiales, insiste sur l'expertise des victimes qui « vise à replacer le sujet dans son groupe familial et à révéler le dysfonctionnement de ce groupe, la transgression de l'interdit dans toutes ses dimensions ». Enfin, sont examinés les problèmes complexes liés aux mesures d'obligations de soins. A. Garapon en situe les ambiguïtés, les risques de brouillage des identités professionnelles dont la solution passe par le maintien de l'objectif commun : le sujet de droit. J. Sabatini, psychiatre, en rappelle d'ailleurs les risques de glissement dans certains contextes socio-politiques. Pour I. Passet, juge de l'application des peines, l'obligation de soins est une mesure

limite qui renvoie aux limites des pouvoirs du juge, du soignant et du législateur, impliquant un échange entre juge et psychiatre, chacun restant à sa place. Y. Perrier ajoute aussi la place, selon lui incontournable, du travailleur social dans l'obligation de soins.

La deuxième partie est entièrement consacrée à la psychiatrie pénitentiaire. J. Favard décrit d'abord les avancées des dernières décennies au plan des conditions de vie des détenus, en regrettant les insuffisances encore actuelles concernant en particulier la sexualité et les modalités de l'action disciplinaire. Cl. Balier, s'interrogeant sur l'application possible des techniques psychanalytiques en prison, expose le travail entrepris depuis plusieurs années à la maison d'arrêt de Varces avec des délinquants violents par des équipes associant de façon étroite psychiatre, infirmier et infirmière psychiatrique. De même, J. Bernheim présente une entreprise de sociothérapie institutionnelle de détenus présentant des troubles graves du caractère à la prison de Champ-Vallon (Genève), associant détenus, surveillants et sociothérapeutes. J. L. Senon, B. Mery et P. Laplace, à partir de leur expérience au SMPR de Poitiers, insistent sur l'accroissement des troubles psychotiques aigus et chroniques en prison, les grandes difficultés d'application de l'article D 398 du code de procédure pénale pour faire admettre ces malades dans les services psychiatriques extérieurs à la prison et les insuffisances de l'équipement psychiatrique dans les établissements pour peines. L. Ridet expose le travail effectué au Centre national d'observation de Fresnes, destiné à l'élaboration d'un projet d'exécution de peine pour les détenus condamnés à de longues peines, qui ne peut être efficace qu'avec une amélioration sensible du dispositif médico-psychologique et psychiatrique dans les établissements pour peines. Enfin, J. Bigot, juge de l'application des peines, souligne que ce magistrat « doit rester le recours permanent en termes de protection des droits » et souhaite une participation plus effective du psychiatre à la Commission de l'application des peines.

La troisième partie concerne le juge civil et la protection des malades mentaux. Dans un exposé lumineux, P. Couvrat analyse la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation. Cette loi, « totalement orientée vers les malades eux-mêmes », est marquée, estime-t-il, par une certaine méfiance à l'égard du juge et du corps médical. A la question qu'il pose de savoir si ce texte est aisément applicable, M. Gillet et F. Caroli, psychiatres, en montrent, par de nombreux exemples concrets, les difficultés importantes d'application. S'agissant de la protection des incapables majeurs, T. Fossier, juge des tutelles, et C. Jonas, psychiatre, décrivent aussi les difficultés d'articulation du juge et du médecin dans l'application de la loi du 3 janvier 1968 relative aux incapables majeurs. C. Jonas plaide pour « l'ardente nécessité d'une formation juridique de qualité pour le médecin en ce domaine particulier » et pour une collaboration étroite entre magistrats et professionnels de santé. De son côté, J. M. Elchardus expose le travail original de l'Association tutélaire des majeurs protégés du Rhône, en particulier celui de l'équipe éducative, « travail social et clinique difficile, référé, dans la lettre comme dans le fond, au cadre légal. C'est dire combien il ne peut que s'appuyer sur la fonction symbolique du juge. »

La dernière partie, plus courte, comprend les interventions de L. Cotte, médecin légiste et de F. Kamara, magistrat, sur les problèmes classiques mais toujours très actuels de la réparation civile du dommage mental.

Dans sa conclusion, Paul Bouchet, conseiller d'Etat, estime que le droit ne peut trouver sa cohérence que dans la référence à des valeurs fondamentales qui sont à rechercher essentiellement dans l'éthique des droits de l'homme.

Cet ouvrage très riche devrait intéresser tous les praticiens de la justice et de la psychiatrie.

Pierre MOUTIN

VIII. - DROIT INTERNATIONAL ET DROIT COMMUNAUTAIRE

La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri, par Enrico Mezzetti, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 267 pages.

Le sujet des fraudes communautaires, depuis des années au cœur des préoccupations de politique criminelle du législateur, a fait l'objet de réflexions théoriques aussi nombreuses que partielles ; il reçoit aujourd'hui un développement approfondi dans l'ouvrage de M. Enrico Mezzetti, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea - Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*.

Une fois décrit, dans le chapitre I, le système financier de la Communauté et ses relations avec l'intérêt juridique protégé, l'étude se concentre, dans le chapitre II, sur les incriminations en vigueur dans les législations des Etats membres, notamment en ce qui concerne la protection des subventions. Dans un premier temps, chaque système pénal national est analysé singulièrement ; ensuite on passe à la véritable analyse comparative afin de vérifier les divers degrés de *sensibilisation* des législateurs nationaux par rapport à la protection des ressources financières communautaires. Une attention particulière est consacrée à la législation italienne (art. 640 *bis* et 316 *bis* c.p. italien) et allemande (§ 264 StGB), en fonction de l'origine ancienne de ces dispositions et de l'approfondissement théorique qui a caractérisé leur naissance et leur mise en œuvre. Par référence à l'Italie, l'auteur reconstitue l'évolution normative et jurisprudentielle relative à la répression de l'obtention induue de subventions, étatiques et communautaires, en aboutissant à la conclusion que l'article 640 *bis* représente un pas significatif en arrière dans la protection pénale. Cette affirmation se fonde sur l'analyse du rapport qui existe entre le délit d'escroquerie aggravée pour l'obtention de subventions publiques (art. 640 *bis*) et le délit-base de l'escroquerie (art. 640) : la première, n'étant qu'une figure particulière d'escroquerie caractérisée par un alourdissement de la peine découlant de l'importance de la matière, présente la même structure et le même intérêt juridique protégé (le patrimoine) que la première. Le regret de l'auteur naît du choix du législateur italien de subordonner la responsabilité pénale à la vérification de tous les éléments de l'escroquerie, et notamment de l'induction en erreur de la victime, en renonçant ainsi à un *modèle d'incrimination qui « anticipe » la protection pénale*, modèle qui avait reçu application par le passé aux fraudes dans le secteur de l'huile d'olive. D'autres difficultés surgissent de l'analyse de l'article 316 *bis*, punissant l'utilisation abusive de subventions obtenues licitement : le point critique de cette incrimination réside dans l'ambiguïté des termes utilisés pour décrire la conduite interdite (« quiconque ayant reçu des contributions... *ne les affecte pas...* »), ce qui soulève des doutes sérieux en ce qui concerne le respect des exigences de précision et de clarté de la norme pénale. L'incrimination allemande du *Subventionsbetrug* du § 264 StGB se caractérise, en revanche, par l'extension, dès son entrée en vigueur en 1976, de la protection pénale aux finances communautaires. En ce qui concerne l'Abs. 1, n. 1, punissant le fait de fournir des informations inexactes ou incomplètes en vue d'obtenir des subventions, l'auteur souligne la construction de l'incrimination « en forme non seulement anticipée mais également autonome par rapport à l'escroquerie, avec une conduite plus proche des délits de faux que des délits contre le patrimoine » et la renonciation consécutive à la réalisation effective d'un dommage pour la victime. La nécessité d'un dommage, et avec cela la totalité des éléments du *Betrug* du § 263, réapparaît dans l'hypothèse aggravée de l'Abs. 2, n. 1, dans lequel l'augmentation de la peine dépend de l'obtention effective d'une subvention d'un montant important. Quant aux faits d'utilisation induue des subventions, l'Abs. 1, n. 2 sanctionne l'omission consistant à cacher des *faits significatifs* à l'autorité allouant l'aide ; à ce propos, on peut apprécier la prévision conjointe dans la même disposition des délits de *fraude à l'obtention* et de

fraude à l'utilisation, ainsi que leur assimilation sur le plan des conséquences pénales. L'analyse de la législation allemande se termine par la sévère censure de la punissabilité à titre de *négligence grave* : cette extension du critère d'imputation subjective est inacceptable sur le plan théorique, compte tenu de l'anticipation de la responsabilité déjà réalisée au plan objectif, aussi bien que sur le plan politico-criminel, car elle révèle la priorité induite des exigences de prévention générale sur des importantes motivations juridiques.

Dans la comparaison relative aux législations pénales des Etats membres entrent, outre les normes allemandes et italiennes, les dispositions applicables dans les autres Etats de l'Union. Pour ce qui est de la France, le constat est décevant, le nouveau code pénal ayant négligé tantôt la nécessité d'incriminer de façon autonome la fraude aux subventions, tantôt la situation particulière des fraudes communautaires : le cadre juridique reste donc limité aux incriminations de l'escroquerie (art. 313-1, nouv. c. pén. français) et des fausses déclarations finalisées à l'obtention induite d'une aide publique, non applicable aux subventions européennes (art. 22 de la loi du 31 juill. 1968). L'analyse comparée, axée – en ce qui concerne les dépenses communautaires – sur la distinction entre incriminations demandant la production effective d'un dommage et incriminations suivant le schéma de l'*anticipation* de la protection pénale et – en ce qui concerne les recettes – sur le recours prioritaire en droit interne au droit fiscal ou plutôt au droit douanier – aboutit à la détermination de différentes catégories de pays, en fonction du degré de *sensibilisation* par rapport aux intérêts financiers de la Communauté : *satisfaisant* (Allemagne), *adéquat* (Italie), *embryonnaire* (Espagne, Portugal et Belgique), *faible* (France et Pays-Bas), *inexistant* (Grèce).

L'attention du législateur sur le phénomène des fraudes communautaires est donc caractérisée par une certaine incohérence, qui apparaît tantôt dans la perspective purement interne à chaque système pénal national, tantôt dans l'analyse comparée. À partir de cette observation, l'auteur propose dans le chapitre III « Les perspectives d'assimilation » un modèle alternatif de protection des intérêts financiers sur lequel faire converger les expériences normatives parallèles des ordres juridiques européens, se coordonnant en même temps avec les initiatives punitives récemment entreprises par les institutions communautaires.

Dans la section I, l'auteur aborde l'un des aspects les plus problématiques de l'ouvrage, consistant à expliquer le passage du concept d'*intérêt juridique protégé au niveau international aux rapports entre intérêt juridique et technique législative d'incrimination*. Dans l'ordre juridique allemand, en effet, les délits prévus par le § 264 sont réputés comme affectant des intérêts juridiques protégés au niveau international et, en tant que tels, sont punissables de façon inconditionnée même si réalisés à l'étranger (application du principe d'universalité, § 6, n. 8 StGB). L'auteur censure ce choix normatif et observe que le principe de territorialité – opportunément intégré par un rapprochement des législations nationales – est tout à fait suffisant à résoudre les problèmes liés aux limites d'application dans l'espace de la loi pénale nationale ; en tout état de cause, l'adoption en droit interne d'un principe de *territorialité communautaire* serait encore mieux. Du paragraphe 6 StGB on peut déduire des implications ultérieures relatives au rang de l'*intérêt juridique* protégé par l'incrimination du *Subventionsbetrug*. L'extension de la compétence aux faits réalisés au-delà des frontières sur la base du principe d'universalité n'est justifiée qu'en présence d'intérêts « qui font partie du patrimoine culturel de plusieurs pays », de « biens sociaux » ; il en découle que la fraude aux subventions étatiques ne touche pas purement et simplement au patrimoine (perspective restrictive adoptée par le législateur italien) ou à l'économie publique (intérêt qui se place à une distance excessive de la conduite et qui n'est donc pas affecté par la fraude), mais plutôt elle affecte le *patrimoine collectif, du public ou supranational* selon que l'on pose le regard sur les finances étatiques ou communautaires. La détermination dans ces termes de l'intérêt juridique, outre à justifier la création d'une norme d'incrimination auto-

nome par rapport à l'escroquerie, exige – compte tenu de son importance – le recours à des formes d'anticipation de la protection pénale. Une fois exclu, pour des raisons à la fois de théorie générale et de politique criminelle, que l'on puisse aboutir à une telle anticipation en appliquant à l'escroquerie les normes en matière de tentative, ou en exigeant la mise en danger concrète ou bien un dol spécial, l'auteur propose de poursuivre le but de l'anticipation en punissant les conduites qui interviennent dans le processus administratif menant à l'attribution de la subvention et qui le *détournent* de son cours régulier. Toutefois, le domaine des conduites ainsi punissables serait trop large, d'où la proposition de le réduire en posant la double condition du « caractère significatif des actes » et du « caractère avantageux de la conduite ». On aboutit ainsi à punir les seules conduites portant fortement atteinte à l'intérêt protégé, dans le respect de la nécessaire nature offensive de l'infraction pénale. La section I se termine par une censure sévère de l'utilisation de la part du législateur allemand du critère d'imputation subjective de la *faute grave*. Des motivations théoriques, relatives à l'incompatibilité entre les délits de mise en danger et les coefficients de négligence, des motivations politico-criminelles, relatives à l'inversion de la charge de la preuve se cachant derrière une telle option normative, aussi bien que des indications précises textuelles tirées du code pénal italien, prônent – dans une perspective de réforme – la limitation de la responsabilité pénale aux seules hypothèses de dol.

Dans la section II le modèle de la délégation est analysé sur plan des sanctions et des principes pénaux constitutionnels. La position de l'auteur est résumée dans l'affirmation suivante : « au-dehors des deux réalités d'un droit pénal des Etats membres, ou d'un droit pénal directement adopté par les organes de l'Union – la première *immédiate* mais à perfectionner ; l'autre utopique mais à ne pas écarter *a priori* – *tertium non datur* : il n'y a pas de place pour des hybrides législatifs qui touchent au principe de la légalité et aux garanties du citoyen » (p. 4). L'hybride législatif, dont on craint les implications non libérales, est représenté par le pouvoir d'édicter des sanctions administratives et quasi pénales que la Communauté s'est attribuée, comme conséquence du faible degré de protection accordé par les Etats à ses propres ressources. Le passage d'une politique de *pression* et *sollicitation* envers les législateurs nationaux afin de les induire à sanctionner les conduites frauduleuses affectant les intérêts financiers communautaires, à une politique d'adoption directe de sanctions (en tout cas non pénales) de la part des organismes de Bruxelles, s'est réalisé – selon l'auteur – entre 1989 et 1992, c'est-à-dire entre l'arrêt « historique » de la Cour de justice du *mais grec* et la décision, plus récente mais également importante, dans l'affaire *République fédérale d'Allemagne c/ Commission*. L'analyse approfondie des sanctions – financières et d'interdictions – de source communautaire fait apparaître deux catégories : une catégorie de sanctions pénales-administratives – par rapport auxquelles l'auteur considère qu'il y a une « incompétence absolue » de la Communauté à les adopter, en vertu du principe de la légalité – et une catégorie de sanctions purement administratives – par rapport auxquelles subsiste un aspect « d'incompétence relative », découlant de l'absence en droit communautaire des principes généraux sur l'infraction administrative reconnus par certains des Etats membres. Des deux chemins que l'auteur considère comme susceptibles d'être suivis, le plus difficile consiste dans l'attribution d'un pouvoir normatif de nature pénale directement à l'Union. Après avoir tracé l'histoire, jamais conclue, du « droit pénal communautaire » et avoir énoncé les positions les plus récentes de la doctrine allemande relançant cet objectif, on parvient à la conclusion que la création d'un droit pénal européen n'est pas réalisable actuellement.

L'autre voie, plus classique et qui mérite un développement, consiste dans la *délégation du ius puniendi* aux organes législatifs des Etats membres : par rapport à ce modèle l'auteur propose des corrections visant l'élimination des diversités actuellement existantes entre les législations nationales. Les principales lignes directrices de la réforme sont exposées dans la section III « Evaluation conclusive et perspectives de

développement de la matière ». Premièrement, on suggère une protection plus étendue des intérêts financiers de la Communauté laquelle serait à réaliser par le biais de clauses générales d'assimilation applicables à toutes les incriminations de la partie spéciale du code (« clauses de dédoublement ») ou par l'extension du champ d'application d'infractions particulières. Deuxièmement, on souligne l'exigence d'*harmoniser* les législations nationales quant à la conduite interdite et aux sanctions. Le rapprochement des incriminations doit se fonder sur les principaux résultats de l'analyse de droit comparé : création d'une seule norme punissant en même temps la *fraude à l'obtention* et la *fraude à l'utilisation* ; *anticipation de la protection pénale* aux conduites qui interviennent dans le processus administratif, compensée par le « caractère significatif des actes » et le « caractère avantageux de la conduite » ; limitation de la responsabilité aux seules hypothèses de dol. Quant aux sanctions, le pouvoir discrétionnaire du législateur national doit être limité en prévoyant un *minimum* de peine commun à tous les ordres juridiques et en interdisant des peines disproportionnées et excessives.

Une fois acquise une meilleure protection des finances communautaires par le biais des systèmes pénaux des Etats membres et une fois dépassées certaines difficultés d'ordre institutionnel (notamment le *déficit démocratique* des institutions communautaires), on pourra concrètement envisager la création d'un système pénal autonome de l'Union européenne.

Stefano MANACORDA

IX. - CRIMINOLOGIE

Les crimes contre l'humanité. Du silence à la parole. Etudes cliniques, par Pierre Moutin et Marc Schweitzer, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, Fondation pour la mémoire de la déportation, 1994, 128 pages.

Nous avons souvent déploré dans nos *chroniques de criminologie* publiées dans cette *Revue* les lacunes relevées dans la littérature criminologique concernant les études cliniques portant sur certaines catégories d'auteurs impliqués dans des formes de criminalité collective : terroristes, criminels de guerre, hooligans, etc. L'ouvrage des docteurs Moutin et Schweitzer vient combler l'une d'entre elles, relative aux crimes contre l'humanité.

Bien que publiée en 1994, l'étude en question développe les résultats d'une recherche présentée en 1990 lors du XXVI^e Congrès de l'Association française de criminologie (Lyon, 12-13 octobre 1990). Cette précision n'est pas superflue, dans la mesure où la recherche n'a pu, bien évidemment, faire référence à des événements postérieurs, tels que les crimes commis dans les conflits que connaissent l'ex-Yougoslavie, la Somalie, et tout dernièrement le Rwanda. Si, à vrai dire, ces conflits n'ont fait que réactualiser le sentiment d'horreur engendré par les conflits antérieurs, ils n'apporteront sans doute que peu d'informations au regard du phénomène sous analyse. Tout au plus peut-on regretter de n'y rien trouver, par conséquent, sur le phénomène de « purification ethnique » tel que pratiqué dans certains territoires, à l'égard de certaines catégories de victimes (les femmes et les enfants), ou en ce qui concerne les progrès réalisés, au plan du droit international, au regard de la définition des crimes contre l'humanité et, surtout, de leur répression par des juridictions internationales. Les avancées notables vers l'adoption d'un code pénal international et la création d'une Cour pénale internationale, la création d'un Tribunal *ad hoc* pour les crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie ou au Rwanda sont de nature, il faut le souhaiter, à mieux lutter contre la barbarie, dont la Convention internationale contre la torture avait déjà constitué une étape importante.

Sous le bénéfice de ces observations, on ne peut que souscrire à la constatation des auteurs, pour qui le cadre juridique constitue un point de départ peu satisfaisant. Les hésitations de la jurisprudence française sur la définition du crime contre l'humanité illustrent parfaitement ce propos. Il n'est pas certain, d'ailleurs, que les définitions introduites postérieurement dans le nouveau code pénal (art. 211-1 et s.) donnent toute satisfaction au criminologue. Il est vrai également que la littérature criminologique en la matière (recensée aux p. 20 et 21 de l'ouvrage) n'est guère d'un meilleur secours. Si l'on ne peut suspecter les spécialistes d'indifférence à l'égard du phénomène, leur carence n'est que le reflet de l'absence d'informations disponibles.

Sans doute faut-il rechercher aussi l'explication dans le fatalisme du cadre conceptuel dans lequel s'est mu le phénomène au plan criminologique : s'agit-il d'un des aspects des crimes de foule, ou de masse, d'une manifestation de la criminalité organisée, des crimes par préjugé ? La réponse est difficile, car le phénomène (comme en matière de terrorisme) est protéiforme. Les auteurs n'échappent pas à cette difficulté, en incluant parmi les exemples la prise d'otages (p. 60). Toujours est-il que l'on se trouve bien, selon l'expression de B. Bettelheim, en présence de « situations extrêmes ». C'est ce qui ressort des nombreux témoignages des *victimes*, sur lesquelles les auteurs se penchent avec beaucoup d'attention. Ce qui caractérise ce genre de crimes, c'est bien leur aspect de victimisation massive (en particulier pour le génocide). Qu'il s'agisse des aspects diagnostiques ou thérapeutiques, l'étude victimologique réalisée par les docteurs Moutin et Schweitzer est du plus haut intérêt. En revanche, on le comprend fort bien, les développements consacrés aux auteurs, tortionnaires ou bourreaux sont beaucoup moins documentés. On soulignera les développements particuliers consacrés aux médecins impliqués dans ces phénomènes, en particulier la référence à la dimension idéologique (la vision biomédicale nazie) relativement à la « solution finale » (p. 74).

Il faut également féliciter les auteurs d'avoir examiné la question de « la violence organisée et [du] meurtre collectif » dans laquelle la qualité de « professionnels » joue un rôle important. Cette notion se révèle aujourd'hui fondamentale, lorsqu'il s'agit de traduire en termes juridiques cette responsabilité collective que l'on rencontre dans certaines formes de criminalité organisée. Elle soulève également la question de la responsabilité des Etats, dont la mise en œuvre et la sanction se révèlent extrêmement délicates au regard des notions du droit international.

L'ouvrage s'achève par d'intéressants développements relatifs aux « perspectives de prévention », notamment à l'égard de ce que les auteurs appellent « les situations à risque ». De même, on ne peut que sourire aux recommandations relatives à l'information et la formation des professionnels amenés à intervenir auprès des victimes.

Cet excellent ouvrage, sobrement et clairement rédigé par des auteurs dont la compétence est confirmée, est précédé d'une très belle préface de Mme Marie-José Chombard de Lauwe. Cette utile référence marque bien la place éminente prise par une telle œuvre dans une collection consacrée à la « Mémoire vivante de la Déportation ».

Reynald OTTENHOF

X. - POLICE

La police. Le cas des démocraties occidentales, par Jean-Jacques Gleizal, Jacqueline Gatti-Domenach et Claude Journes, Paris, Presses universitaires de France, Thémis Droit public, 1993, 390 pages.

La police en France, par Jean-Jacques Gleizal, Paris, Presses Universitaires de France, Collection « Que sais-je ? », 1993, 127 pages.

Faire la critique d'un livre sur *La police. Le cas des démocraties occidentales* paru en avril 1993, interdit à l'auteur de ces lignes une critique de regret sur les absences ou laudatives sur la complexité des analyses. Nous savons depuis longtemps l'intérêt passionné des auteurs pour un service public, qui le reste même si la fonction « sécurité » a radicalement transformé les contours de ce service et sa nature. Cet intérêt a toujours placé les auteurs aux carrefours principaux de la recherche en ce domaine.

Les quelques remarques que nous pouvons faire sont plus adressées aux auteurs attelés à la rédaction de la seconde édition enrichie de cet ouvrage. La sûreté de notre prédiction tient aux qualités fondatrices de ce livre. La première est son choix délibéré d'une analyse comparative des systèmes de police. Même si l'intégration de l'analyse comparative n'est pas encore parfaitement réalisée au sein d'une approche unifiante, elle nous permet d'ores et déjà de repérer les apports étrangers aux évolutions policières françaises et conforte notre espoir que l'Europe serve aussi en ce domaine à débriider l'imaginaire de nos responsables politiques. La seconde de ces qualités essentielles est de corréler les évolutions policières au concept de la sécurité, objet politique (V. les débats de l'élection présidentielle et ceux des municipales), mais aussi méthodologie organisatrice de l'action administrative dans de nombreux secteurs (exemple du problème de la violence à l'école et la dernière circulaire Bayrou sur l'installation d'un dispositif d'aide aux collèves particulièrement touchés).

Plusieurs points pour contribuer à la rédaction de ce second manuel.

Peut-on parler de la police sans parler de la justice ? On sait combien cette question ne se réduit pas au contrôle de la police judiciaire, mais concerne l'organisation administrative de la police qui touche l'essentiel de la police quotidienne. Plus globalement, c'est bien du système de justice criminelle dont il faut parler. Si l'on admet les relations étroites entre les différentes agences concourant au système de justice criminelle, la trame de cette histoire reste à écrire pour le plus grand bonheur des praticiens. Jamais jusqu'à présent, on ne s'est inquiété de la façon dont les lois votées ont été réellement appliquées aux différents étages du système de justice criminelle. Rappelons le poids important de la prison sur l'action policière.

La police est un système aveugle. Sa statistique est une mauvaise statistique de comptage d'activités, procédant plus de l'activité de sondage. Elle ne dispose que de peu d'outils d'évaluation sur son action, sur l'impact des réformes de son activité. On souhaiterait que les exemples étrangers nous aident à comprendre les limites de notre système.

La police n'est plus seule sur le marché. Son positionnement passe par une réflexion sur l'étendue du secteur privé de la sécurité. Les centres commerciaux qui concentrent quotidiennement des dizaines de milliers de personnes mettent sur pied des systèmes de gestion des conflits qui n'ont que de lointaines relations avec le système officiel. Depuis 1988, année où le Conseil de l'Europe avait constaté que les dépenses du secteur privé dépassaient celles du secteur public, le mouvement s'est amplifié. Comment gérer la cohabitation ?

La mise en œuvre de la politique de la ville est plus qu'un avatar de gouvernement. Tous les responsables perçoivent que la civilisation urbaine avec son tissu social fragilisé appelle une remise à niveau de l'ensemble des services publics. La nécessité de

repartir de la demande sociale pour construire les réponses est une démarche qui s'impose y compris pour les institutions dépendant encore du pouvoir central. Les maisons de justice sont porteurs de remise en cause des procédures actuelles, utilisées ailleurs que dans les quartiers difficiles. La police de proximité suppose un changement du centre de gravité de l'institution policière qui exige peut-être une coupure plus affirmée entre une police de criminalité et une police des incivilités, des petits délits de la vie quotidienne. C'est aussi à l'aune de la politique de la ville, que nous pouvons juger de la capacité des citoyens de participer à cette politique et de donner une légitimité de l'action de la police. Ainsi que le notait D.H. Bayley en 1975, il y a un lien entre l'érosion de l'autorité communautaire due aux conditions socio-économiques et la demande de plus de police. Est-on capable de donner vie au sentiment d'appartenance à la ville, aux liens de l'individu et de son groupe ? De cette question dépend l'étendue de notre police et de ses pouvoirs.

L'étude de la mise en place actuelle de services de police dans les pays de l'Europe de l'Est apporterait beaucoup pour nos démocraties occidentales. L'interrogation entre le lien social, le lien politique et la police est fascinante. On aimerait que l'IHESI (Institut des hautes études de la Sécurité intérieure) se montre à la hauteur de telles réflexions et les conduise dans la plus parfaite indépendance.

Michel MARCUS

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. – BALLU (P.), La réforme judiciaire de 1788, *Vie jud.*, 1994, 24-30 oct., p. 5
2. – GALASSI (C.), La grande terreur, c'est fini !, *Vie jud.*, 1994, 18-24 juill., p. 5 ; 25-31 juill., p. 5
3. – NIDAS (D.), Les déboires judiciaires de Clément Marot, *Vie jud.*, 1995, 9-15 janv. p. 5.
4. – VERDANT (M.), Machiavélisme et justice : l'affaire Cinq-Mars, *Vie jud.*, 1994, 31 oct.-6 nov., p. 5.
5. – VERDANT (M.), Une égérie de la Révolution, Mme Roland, *Vie jud.*, 1994, 14-20 nov., p. 5

II. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

6. – FAU (B.), Les derniers jours du duel devant la Cour de cassation, *Petites affiches*, 1994, 29 juill. p. 49-52.
7. – KUHN (A.), Comment lutter contre le surpeuplement carcéral ?, *Rev. pénit.*, 1994, p. 347-355.
8. – LORHO (G.), Pour en finir avec l'amnistie, *Dr. pénal*, 1994, juill., p. 1 et 2.
9. – PRADEL (J.), Le nouveau code pénal, *Rev. pénit.*, 1994, p. 183-197.
10. – ROBERT (J.-H.), La classification tripartite des infractions selon le nouveau code pénal, *Dr. pénal*, 1995, janv., p. 1 et 2.
11. – SYR (J.-H.), La responsabilité pénale de l'auteur moral, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, juill.-sept., p. 51-54.
12. – X..., Relèvement des incapacités, *Pratique des parquets* (Juris.-Classeurs), 1-1995, 6 p.
13. – X..., Responsabilité pénale, *Pratique des parquets*, 1-1995, 20 p.

III. – PROCÉDURE PÉNALE

14. – AIT-IHADADENE (R.), La mise en mouvement de l'action publique en matière fiscale, *Petites affiches*, 1994, 3 août, p. 22-25.
15. – BATJOM (B.), La récupération d'un véhicule volé dans les eaux d'un port autonome, *Petites affiches*, 1994, 20 juill., p. 33-37.
16. – BATUT (A.-M.), Autorité de la chose jugée. Autorité de la chose jugée du pénal sur le civil, *J.-Cl. Procédure pénale*, App. art. 6, 1-1995, 20 p.
17. – BRAUNSCHWEIG (A.), et MALIBERT (P.), Action civile, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 10, 9-1994, 6 p.
18. – DANET (G.), et RICARD (J.-F.), Secret de l'instruction et respect de la présomption d'innocence. Concilier l'inconciliable..., *Vie jud.*, 1994, 11-17 juill., p. 4.
19. – FERRARI (I.), Tribunal correctionnel. Constitution de partie civile. Effets, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 418 à 426, 1-1995, 12 p.
20. – FOMBONNE (J.), Vers une réforme de l'expertise : le contrôle des experts judiciaires, *Vie jud.*, 1994, 19-25 déc., p. 2.
21. – GONNARD (J.-M.), Règles particulières en matière de terrorisme. Règles de compétence et de procédure, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 706-16 à 706-25-1, 1-1995, 7 p.
22. – LE BORGNE (J.-Y.), La détention provisoire, *Bulletin du Bâtonnier*, 1994, 28 juin, p. 1.
23. – LORHO (G.), et ALESANDRINI (E.), Casier judiciaire, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 768 à 781, 1-1995, 29 p.
24. – MALIBERT (P.), Ministère public, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 31 à 44, 9-1994, 36 p.
25. – MONNET (Y.), Pourvoi en cassation. Arrêts rendus par la Cour de cassation, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 567 à 621, fasc. 5, 1-1995, 17 p.
26. – PETRIAT (P.), Secret de l'instruction, *Lettre de l'APM* (Association professionnelle des magistrats), 1994, nov., p. 8.

- 27. – TERRÉ (F.), A propos de la transaction pénale. L'action publique disponible, *Vie jud.*, 1994, 17-23 oct., p. 1 et 2.
- 28. – TERRÉ (F.), Transaction, composition, injonction pénale..., *Vie jud.*, 1994, 5-11 déc., p. 2.
- 29. – TIFINE (P.), L'exécution des peines contre les SDF, *Rev. pénit.*, 1994, p. 291-329.
- 30. – TURCEY (V.), Transaction pénale : comment sortir de l'impasse ?, *Vie jud.*, 1994, 15-21 août, p. 2.
- 31. – VERDUN (F.), Irrecevabilité du pourvoi formé par le mandataire d'un prévenu se déroband à un mandat de justice. Rapport sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 janvier 1994, *Dr. pénal*, 1994, août-sept., p. 1 et 2.
- 32. – VOLO (P.), Le silencieux droit au silence, *Petites affiches*, 1993, 19 juill., p. 17 et 18.
- 33. – X..., Cour de justice de la République, *Pratique des parquets* (Juris-Classeurs), 1-1995, 15 p.
- 34. – X..., Enquêtes, *Pratique des parquets*, 1-1995, 35 p.
- 35. – X..., Pièces à conviction, *Pratique des parquets*, 1-1995, 17 p.

IV. – DROIT PÉNAL SPÉCIAL

- 36. – BERNARD (P.), La jurisprudence pénale sur le permis à points : un excès de vitesse judiciaire, *Dr. pénal*, 1995, janv., p. 2 et 3.
- 37. – CALVO (J.), La protection civile et pénale des systèmes de distribution sélective en droit français, *Petites affiches*, 1994, 20 juill., p. 11-16.
- 38. – CHAVANNE (A.), Publicité fausse ou de nature à induire en erreur, *J.-Cl. Pénal annexes*, 9-1994, 18 p.
- 39. – CLANET (M.), La politique de la France en matière de lutte contre la drogue, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 187-195.
- 40. – CULIOLI (M.), Association de malfaiteurs, *Rép. Dalloz dr. pénal*, 1995, mars, 26 p.
- 41. – DREIFUSS-NETTER (F.), Délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, *J.-Cl. Pénal*, art. 223-3 et 223-4, 11-1994, 6 p.
- 42. – GESTERMANN (B.), La loi Evin du civil au pénal, *Petites affiches*, 1994, 11 nov., p. 8-12 (note sous jugement trib. corr. Quimper, 19 mai 1994).
- 43. – HUBIN-PAUGAM (S.), Itinéraire pour l'empoisonnement, *Vie jud.*, 1994, 1-7 août, p. 2 (pour une juste qualification dans l'affaire du sang contaminé...).
- 44. – JEANDIDIER (W.), Vol, *J.-Cl. Pénal*, art. 311-1 à 311-16, 11-1994, 28 p.
- 45. – LESPAGNON (S.), Comment prouver un harcèlement sexuel ?, *Cahiers du droit*, 1994, nov., p. 10 et 11.
- 46. – LIENARD (L.-F.), Les dernières retouches apportées au décret sur les armes, *Petites affiches*, 1994, 3 août, p. 14-16.
- 47. – MICHAUD (J.), Expérimentation sur la personne humaine, *J.-Cl. Pénal*, art. 223-8 et 223-9, 11-1994, 7 p.
- 48. – MARIN (J.-C.), (Le délit d'initié). L'infraction pénale, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 77-82.
- 49. – MORIN (J.-P.), La captation de consentement. Faut-il créer une nouvelle incrimination ?, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, juill.-sept., p. 63 et 64.

50. – PERNOLLET (*), Le crime d'empoisonnement devrait être défini dans le code pénal, *Vie jud.*, 1994, 8-14 août, p. 4.
51. – PRADEL (J.), Le nouveau code pénal, *Rev. pénit.*, 1994, p. 183-197.
52. – PUGNIÈRE (R.), Contraventions contre la nation, l'Etat ou la paix publique (3^e classe). Utilisation de poids ou mesures différents de ceux établis par les lois et règlements en vigueur, *J.-Cl. Pénal*, art. 643-2, 20 p.
53. – RASSAT (M.-L.), Affaire du sang contaminé ; crime d'empoisonnement ?, *Cahiers du droit*, 1994, nov., p. 18.
54. – ROBERT (J.-H.), Le mensonge à l'Administration, une nouvelle forme de faux (Nouv. code pén., art. 441-6, al. 2), *Dr. pénal*, 1994, oct. p. 1 et 2.
55. – SCHLANGER-SALAMA (S.), Drogue : la dépénalisation du cannabis en question, *Nouveau pouvoir judiciaire*, 1994, juin-juill., p. 12 et 16.
56. – STURLESE (B.), Autorité parentale. Soustraction internationale de mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile, *J.-Cl. Pénal*, App. art. 371 à 387, 11-1994, 37 p.
57. – VÉRON (M.), Ethique biomédicale, empreintes génétiques et sanction pénale. Présentation des lois n^{os} 94-653 et 94-654 du 29 juill. 1994, *Dr. pénal*, 1994, nov., p. 1 et 2 ; déc., p. 1-3.
58. – VIVANT (M.), Les captations illicites des signaux parasites et le nouveau code pénal, *Droit et défense*, n^o 94/3, p. 4-9.

V. – DÉLINQUANCE JUVÉNILE ET ASSISTANCE ÉDUCATIVE

59. – BORRICAND (J.), Problèmes actuels de la protection de la jeunesse (jeunesse délinquante et assistance éducative), *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 463-475.
60. – BRUEL (A.) et SALAS (D.), Enfance délinquante, *Rép. Dalloz dr. pénal*, 1995, mars, 28 p.
61. – ROSENCZVEIG (J.-P.), La justice des mineurs, *Inf. soc.*, n^o 39, 1994, p. 82-89.
62. – SCHÜLER-SPRINGORUM (H.), Les instruments des Nations Unies relatifs à la délinquance juvénile, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 153-164.
63. – ZERMATTEN (J.), Face à l'évolution des droits de l'enfant, quel système judiciaire ? Système de protection ou système de justice ?, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 165-178.

V. aussi *supra*, n^o 56 et *infra*, n^o 67.

VI. – DROIT PÉNAL MILITAIRE

64. – BLONDEL (P.), L'objection de conscience et la position des témoins de Jéhovah face au service national, *Petites affiches*, 1994, 10 août, p. 59-64.
- V. aussi, *infra*, n^{os} 82 et 87.

VII. – SCIENCE PÉNITENTIAIRE

65. – BLONDIEAU (F.), Le personnel de surveillance des prisons, *Rev. pénit.*, 1994, p. 199-209.
66. – BRAC de la PERRIÈRE (C.), JET : une prison sans barreaux, *Vie jud.*, 1994, 12-18 sept., p. 4.

67. – CARLIER (C.), Une colonie privée d'enfants délinquants au XIX^e siècle. L'institut agricole de Guernanz, *Rev. pénit.*, 1994, p. 227-285.

V. aussi, *supra*, n° 7 et *infra*, n° 74, 82, 92, 98.

VIII. – DROIT PÉNAL ÉTRANGER ET DROIT PÉNAL COMPARÉ

A. – Droit pénal étranger

1. Allemagne

68. – SOULAS de RUSSEL (*), Les jurisprudences suprêmes sur la poursuite des délits liés à la dénégation publique de l'holocauste en RFA. Le pénal sauvé par le constitutionnel, *Rev. pénit.*, 1994, p. 211-218.

V. aussi, *infra*, n° 103.

2. Belgique

69. – COMERON (M.), Hooliganisme : approches descriptives et explicatives, avec une attention particulière aux faits observés en Belgique, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 196-216.

70. – LEMPEREUR (C.), Le délit d'initié. Droit belge, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 73 et 74.

3. Brésil

71. – BATISTA (N.) et BOTELHO JUNQUEIRA (E.), Circulation routière et (dés)ordre public au Brésil, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 217-223.

Canada

72. – FORTUGNO (P.), Le délit d'initié. Droit québécois, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 63-68.

73. – LEBEUF (M.-E.) et SZABO (D.), Centralisation et décentralisation de la gestion des services de police. Eléments de compréhension, l'expérience canadienne, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 476-488.

V. aussi, *infra*, n° 89, 93.

5. Congo

74. – BANZOUZI-MALONGA (J.), La maison d'arrêt de Pointe-Noire (Congo). Misère des prisonniers : cavale autorisée, *Rev. pénit.*, 1994, p. 219 et 220.

6. Côte d'Ivoire

75. – KOUDOU (Opadou), Familles dissociées « secondaires » en Côte d'Ivoire et comportement délinquant des adolescents, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 179-186.

7. Espagne

76. – CARRER (F.), La formation des policiers en Espagne, en France et en Italie, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 355-364.

77. – CROISSIER-BATISTA (L.-C.), Le délit d'initié. Droit espagnol, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 55-58.

8. Etats-Unis d'Amérique (USA)

78. – KENADJIAN (P.), Le délit d'initié. Droit des Etats-Unis, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 69-72.

9. Grande-Bretagne

79. – LOWE (S.), Le délit d'initié. Droit anglais, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 75 et 76.

10. Italie

80. – CARRER (F.), La formation des policiers en Espagne, en France et en Italie, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 355-364.
81. – HINNA DANESI (F.), Le délit d'initié. Droit italien, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 59-62.

B. – Droit pénal comparé

82. – CHAULET (J.-P.) et BACHINI (B.), Discipline et liberté de circulation des militaires en Europe, *Droit et défense*, n° 94/3, p. 10-35.
83. – TOURNIER (P.), La crise pénitentiaire en Europe. Inflation carcérale et alternatives, *Rev. pénit.*, 1994, p. 331-345.

IX. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

84. – CARTOU (L.), Les deux accords de Schengen, *Petites affiches*, 1994, 30 nov., p. 30-32 ; 7 déc., p. 31-35 ; 21 déc., p. 19-23.
85. – FONTANAUD (D.), Lutte contre la criminalité en Europe. « La coopération est déjà entrée dans une phase nouvelle », *Vie jud.*, 1994, 24-30 oct., p. 4.
86. – GOUTTES (R. de), L'espace judiciaire européen en 1994, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 322-338.
87. – NIDAS (D.), Une grande idée des juristes français, née à l'occasion du procès des criminels de guerre d'Oradour-sur-Glane, *Vie jud.*, 1994, 7-13 nov., p. 5.
88. – TESTARD (M.), Le massacre de Katyn : un crime contre l'humanité, *Vie jud.*, 1994, 7-13 nov., p. 2.

X. – CRIMINOLOGIE ET SCIENCES DE L'HOMME

89. – BOISVERT (R.) et CUSSON (M.), Une typologie des homicides à Montréal de 1985 à 1989, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 282-297.
90. – CHALOM (M.), L'organisation policière de proximité, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 339-354.
91. – CUSSON (M.), Les régulateurs de la criminalité, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 135-144.
92. – KUHN (A.), Le nombre carcéral, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 310-321.
93. – NORMANDEAU (A.) et WALLER (.), Un pays sans peur et sans crime... ou presque (A propos d'un rapport nord-américain sur la prévention de la criminalité), *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 298-309.

94. - PICCA (G.), Aspects internationaux de l'évolution de la criminalité, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 145-152.
95. - QUELOZ (N.), Effilochage des biens sociaux, comportements déviants des jeunes et interventions sociales, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 448-462.
96. - VAN DIJK (J.J.M.), L'interprétation des taux de criminalité ; interaction entre les choix rationnels des victimes et des délinquants, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 263-281.
97. - La récidive pénale à l'épreuve des chiffres, *Vie jud.*, 1994, 12-18 déc., p. 4.
98. - La polulation incarcérée en France, *Rev. pénit.*, 1994, p. 357-384.
- V. aussi, *infra*, n° 104.

XI. - MÉDECINE LÉGALE ET MÉDECINE MENTALE

A. - Médecine légale

99. - SUTTER (A.) et GUJER (H.-R.), La mort subite et inexplicquée du nourrisson dans le cadre médico-légal, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 365-368.
100. - La police scientifique, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, oct.-déc., p. 9-46 (La preuve scientifique au service de la justice. La science au service des enquêteurs).

B. - Médecine mentale

101. - DIMMEX (B.), Dans l'engrenage des humains. Réhabilitation et réintégration des malades mentaux criminels, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 428-436.
102. - ELCHARDUS (J.-M.), Problème des interventions thérapeutiques auprès de catégories spécifiques de délinquants, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 391-418.
103. - KOBBE (U.), L'agonie du progrès dans la psychiatrie judiciaire. Résumé de la situation allemande, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 419-427.
104. - SEVERY (J.), Propos de psychiatre, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 224-228.

XII. - POLICE SCIENTIFIQUE ET POLICE TECHNIQUE

A. - Police scientifique

105. - MASSONNE (G.), Identification de traces de couteau en criminalistique. Cas particulier de coupure dans les pneumatiques, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 489-498.
106. - ROUX (C.) et MARGOT (P.), L'estimation de la valeur indiciale des fibres textiles découvertes en relation avec une affaire criminelle - Utopie ou réalité ?, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 229-241.
107. - La police scientifique, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, oct.-déc., p. 9-46 (La preuve scientifique au service de la justice. La science au service des enquêteurs).

B. - Police technique

108. - CASONI (D.), L'évaluation des allégations d'agressions sexuelles chez les enfants : défis et enjeux, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 437-447.

XIII. – VARIA

A. – Études

109. – CARRER (F.), La formation des policiers en Espagne, en France et en Italie, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 355-364.
110. – CARTER (R.), La photographie : une preuve à l'épreuve, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, oct.-déc., p. 47-50.
111. – DIEU (F.), Le civisme du gendarme, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, oct.-déc., p. 6-8.
112. – DUCOULOUX-FAVARD (C.), Géographie européenne et la qualité d'initié, *Petites affiches*, 1994, 15 juin, p. 49-52 (V. *supra*, n^{os} 70, 72, 77, 78, 79, 81).
113. – GAIN (P.), Une tragique bavure : les 20 victimes de la rue Trasnonain, *Vie jud.*, 1994, 3-9 oct., p. 5.
114. – GALOBA (C.), La mystérieuse disparition de M^e Schneip, *Vie jud.*, 1994, 11-17 juill., p. 7 ; 18-24 juill., p. 7 ; 25-31 juill., p. 7 ; 1-7 août, p. 7 ; 8-14 août, p. 7 ; 15-21 août, p. 7 ; 22-28 août, p. 7 ; 29 août-4 sept., p. 7.
115. – JEAN-PIERRE (T.), Les raisons de se battre, *Lettre de l'APM* (Association professionnelle des magistrats), 1994, nov., p. 2 et 3 (autour de la grande délinquance économique et financière).
116. – NORMAND (R.), Flora Tristan, *Vie jud.*, 1994, 21-27 nov., p. 5.
117. – VAN GOETHEM-DEVOLUET (S.), Les pièges du télépaiement, *Petites affiches*, 1994, 15 août, p. 416.
118. – L'œuvre d'art, *RI pol. crim.*, 1994, mai-août, 88 p. (soit l'intégralité de ce numéro spécial (L'état des lieux. La sauvegarde du patrimoine. Le point de vue policier. Les institutions internationales).
119. – Le maintien de l'ordre, *Revue Gendarmerie nationale*, 1994, juill.-sept., p. 15-50.

B. – Affaires criminelles

120. – ATCHOUEL (G.), Landru ou le Barbe-Bleue de Gambais, *Vie jud.*, 1994, 10-16 oct., p. 5.
 121. – BREDIN (J.-D.), L'affaire Dreyfus cent ans après, *Vie jud.*, 1994, 17-23 oct., p. 1 et 7.
 122. – DELOL (B.), In memoriam Oscar Wilde ou le procès de l'homosexualité, *Cahiers du droit*, 1994, nov., p. 42 et 43.
 123. – FERRARI (M.), La mort du conseiller Prince, *Vie jud.*, 1994, 17-23 oct., p. 5.
 124. – GAIN (P.), Pierre Bonaparte assassine Victor Noir, *Vie jud.*, 1994, 5-11 déc., p. 5.
 125. – IANNUCCI (U.), Les cas de conscience de l'avocat d'un régicide, *Vie jud.*, 1994, 22-28 août, p. 5 (Le procès Casério).
 126. – NIDAS (D.), Une symphonie inachevée ; le procès de Riom, *Vie jud.*, 1994, 8-14 août, p. 5.
- V. aussi, *supra*, n^o 116.

C. – Biographies

127. – SZABO (D.), Fernand Boulan... Eloge, *RI crim. et pol. techn.*, 1994, p. 244-246.

D. – *Curiosités*

128. – VIALA (A.), Vie et destin d'un cultivateur catalan à partir d'un livret militaire et d'un registre de correspondance, 1817-1883, *Petites affiches*, 1994, 26 août, p. 11-13.

C. – OUVRAGES REÇUS *

Monique ROBICHON

Ingénieur au CNRS

Politique criminelle et théorie générale du droit

La force du droit. Panorama des débats contemporains, sous la direction de Pierre BOURETZ, Paris, Editions Esprit, 1991, 274 pages.

COMMAILLE (Jacques), *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*. Paris, Presses universitaires de France, 1994, 277 pages.

HIPPEL (Eike von), *Rechtspolitik. Ziele. Akteure. Schwerpunkte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 427 pages.

Ulrich Klug, *Rechtsphilosophie. Menschenrechte. Strafrecht. Aufsätze und Vorträge aus den Jahren 1981 bis 1993*, publié par Günter KOHLMANN, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, 279 pages.

L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du Colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'épistémologie juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, Paris, La Documentation française, 1994, 251 pages.

Droit des Etats-Unis, 2^e éd., sous la direction d'Alain A. LEVASSEUR, avec le concours du Louisiana State University Law Center, Paris, Editions Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 1994, 388 pages.

Legal Reform in Post-Communist Europe. The View from Within, publié par Stanislaw FRANKOWSKI et Paul B. STEPHAN III, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 483 pages.

SCHONSHECK (Jonathan), *On Criminalization. An Essay in the Philosophy of the Criminal Law*, Dordrecht, Boston, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1994, 314 pages.

GRAHAM (John), BENNETT (Trevor), *Crime Prevention Strategies in Europe and North America*, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), affiliated with the United Nations, Publication Series n° 28, 1995, 138 pages.

Crime and Criminal Justice in Europe and North America 1986-1990, publié par Kristiina KANGASPUNTA, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), affiliated with the United Nations, Publication Series n° 25, 1995, 112 pages.

* Ces ouvrages pourront faire ultérieurement l'objet d'un compte rendu bibliographique.

- Profiles of Criminal Justice Systems in Europe and North America*, publié par Kristiina KANGASPUNTA, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), affiliated with the United Nations, Publication Series n° 26, 1995, 332 pages.
- GIBSON (Bryan), CAVADINO (Paul), RUTHERFORD (Andrew), ASHWORTH (Andrew), HARDING (John), *Criminal Justice In Transition*, Winchester, Waterside Press, 1994, 304 pages.
- Criminal Justice Systems in Europe : The Criminal Justice System of Finland. A General Introduction*, par Matti JOUTSEN, Helsinki, Ministry of Justice Finland, HEUNI, 1995, 37 pages.
- Criminal Justice Systems in Europe : Sweden*, par Bo SVENSSON, Helsinki, HEUNI, Stockholm, Brattsföredragande rådet, BRÅ-Report, 1995:1, 68 pages.
3. *Alternativer Juristinnen- und Juristentag. Dokumentation. Hannover, 27.11.-29.11.1992*, publié par Bertram BORNER et Margarete FABRICIUS-BRAND, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, 126 pages.

Droits de l'homme

- Austrian-Soviet Round-Table on the Protection of Human Rights, held by the Austrian Human Rights Institute in co-operation with the Institute of International and Foreign Public Law (Salzburg) and the Institute of State and Law of the Academy of Sciences of the USSR (Moscow) in Salzburg, from 8th to 10th May 1990*, publié par Franz MATSCHER et Wolfram KARL, Kehl, Strasbourg, Arlington, Va, N.P. Engel, Publisher, 1992, 242 pages.
- Human Rights in Times of Occupation : The Case of Kuwait*, publié par Walter KALIN, Berne, Verlag Stämpfli + Cie AG for Law Books in Europe, 1994, 156 pages.
- ARNOUX (Irma), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1994, 575 pages.
- Women's Rights : Human Rights*, publié par Alice YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Athènes, Marangopoulos Foundation for Human Rights, 1994, 359 pages.
- La corruption. L'envers des droits de l'homme. Actes du IX^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 3-5 février 1994*, publié par Marco BORGHI et Patrice MEYER-BISCH, Fribourg, Suisse, Editions universitaires, 1995, 400 pages.

Droit constitutionnel

- Constitution et droit pénal, collectif sous la direction de Mohieddine AMZAZI. Actes du Colloque organisé à la Faculté de droit de Rabat par les Instituts Goethe de Rabat et de Casablanca et la Fondation Hanns Seidel, Rabat, 4-5 octobre 1993*, Rabat, Imprimerie Omnia, 1995, 204 pages.
- Code constitutionnel commenté et annoté* par Thierry S. RENOUX et Michel de VILLIERS. Texte à jour au 1^{er} décembre 1994, Avant-propos de Jean RIVERO, Préface de L. FAVOREU, Paris, Editions Litec, 1994, 1 512 pages.

Histoire du droit pénal

- Criminal Justice History. An International Annual, Volume 14, 1993*, Westport (Conn.), Londres, Greenwood Press, 1994, 231 pages.
- JACOB (Robert), *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, Préface de Pierre TRUCHE et Myriam EZRATTY, Paris, Editions Le Léopard d'Or, 1994, 256 pages.

- KUHN (Philip A.), *Soulstealers. The Chinese Sorcery Scare of 1768*, Cambridge (Mass.), Londres, Harvard University Press, 1990, 299 pages.
- Escaping Prison Myths. Selected Topics in the History of Federal Corrections*, publié par John W. ROBERTS, Washington, The American University Press, 1994, 212 pages.
- LIANG (Hsi-Huey), *The rise of modern police and the European state system from Metternich to the Second World War*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 345 pages.
- Histoire de la criminologie française*, sous la direction de Laurent MUCCHIELLI, Paris, Editions L'Harmattan, 1994, 535 pages.
- ROGGERO (Marina), *Il sapere e la virtù. Stato, università e professioni nel Piemonte tra settecento ed ottocento*, Turin, Deputazione subalpina di storia patria, Palazzo Carignano, 1987, 245 pages.
- KARIBI-WHYTE (A.G.), *History and Sources of Nigerian Criminal Law*, Ibadan, Owerri, Kaduna, Lagos, Spectrum Law Publishing, 1993, 281 pages.
- KLEIN (Alexander), *Armenfürsorge und Bettelbekämpfung in Vorderösterreich 1753-1806, unter besonderer Berücksichtigung der Städte Freiburg und Konstanz*, Fribourg, Munich, Verlag Karl Alber, 1994, 350 pages.
- LAKE CRANE (Jonathan), *Terror and Everyday Life. Singular Moments in the History of the Horror Film*, Thousand Oaks, Londres, New Delhi, Sage Publications, 1994, 183 pages.

Droit pénal général

- Das Österreichische Strafrecht. Erster Teil : Strafgesetzbuch*, 4^e éd., Stand : Gesetzestext 1. Februar 1994, Entscheidungsteil 18. Juni 1993, publié par Ch. MAYERHOFER et S. RIEDER, Vienne, Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1994, 1 340 pages.
- Blackstone's Criminal Practice 1995*, 5^e éd., Peter MURPHY, Editor-in-Chief, Eric STOCKDDALE, Consultant Editor, Londres, Blackstone Press Limited, 1995, 2 342 pages.
- CARD, CROSS and JONES, *Criminal Law*, 12^e éd. par Richard CARD, Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworths, 1992, 570 pages.
- CLARKSON (C.M.V.) et KEATING (H.M.), *Criminal Law : Text and Materials*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1994, 828 pages.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, feuillets mobiles.

Droit pénal spécial

- La loi anti-tabac. Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991. Décret n° 92-478 du 29 mai 1992.* Textes présentés par J.-H. STAHL, Paris, Editions Dalloz, Coll. Dalloz Service, 1993, 93 pages.
- TIMBART (Odile), *Les condamnations pour infractions à la législation sur les stupéfiants*, Paris, ministère de la Justice, Direction de l'Administration générale et de l'Équipement, Sous-Direction de la statistique, des études et de la documentation, Etudes et statistiques Justice n° 4, 1995, 112 pages.
- SMITH (A.T.H.), *Property Offences. The Protection of Property Through the Criminal Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, 1 037 pages.

- CARACCIOLI (Ivo), GIARDA (Angelo), LANZI (Alessio), *Diritto e procedura penale tributaria. Commentario alla Legge 7 agosto 1982 n. 516 modificata dalla Legge 15 maggio 1991 n. 154*, vol. 2, sous la direction de Ivo CARACCIOLI, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 255 pages.
- CERASELLA (Emanuela), *La disciplina giuridica della tossicodipendenza dal regolamento del 1929 al DPR 171 del 1993*, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 171 pages.
- PALAZZO (Francesco C.), *Consumo e traffico degli stupefacenti (profili penali)*, 2^e éd. revue et augmentée, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 254 pages.
- GOMM (Peter), STEIN (Peter), ZEHNTNER (Dominik), *Kommentar zum Opferhilfegesetz*, Berne, Verlag Stämpfli + Cie AG, 1995, 438 pages.
- Drogen und Straffjustiz*, publié par Richard REINDL et Werner NICKOLAI, Fribourg-en-Brisgau, Lambertus-Verlag, 1994, 163 pages.
- Drogen und Strafrecht in der Schweiz. Verzeigungen, Strafurteile und Strafvollzug im Zeitvergleich. Drogues et droit pénal en Suisse. Dénonciations, jugements pénaux et exécution des peines : comparaison dans le temps*, Berne, Office fédéral de la statistique, Statistiques de la Suisse, Droit et justice, n° 19, 1994, 87 pages.
- Die Kosten der Drogenrepression. Schätzungen für die Schweiz 1991. Consommation et trafic de drogues : les coûts de la répression. Estimations pour la Suisse 1991*, Berne, Office fédéral de la statistique, Statistiques de la Suisse, Droit et justice, n° 19, 1995, 12 pages.
- MAIER (Philipp), *Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht. Die Tatbestände sexuelle Nötigung (art. 189) und Vergewaltigung (art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, 420 pages.

Droit pénal des affaires

- SNIDER (Laureen), *Bad Business. Corporate Crime in Canada*, Scarborough (Ont.), Nelson Canada, 1993, 230 pages.
- BOSWORTH-DAVIES (Rowan) et SALTMARSH (Graham), *Money Laundering. A practical guide to the new legislation*, Londres, Glasgow, Weinheim, New York, Tokyo, Melbourne, Madras, Chapman & Hall, 1994, 304 pages.
- FORTUNA (Ennio), *Manuale di diritto penale dell'economia*, 2^e éd. entièrement refondue et augmentée, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 324 pages.
- Diritto penale e attività bancaria. (D.L.G. VO 14 dicembre 1992, N. 481 ETU approvato con D.L.G.VO 1 settembre 1993, N. 385)*, sous la direction de Giuliano MARINI, Padoue, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, 438 pages.
- AUBERT (Maurice), BEGUIN (Pierre-André), BERNASCONI (Paolo), GRAZIANO-VON BURG (Johanna), SCHWOB (Renate), TREUILLAUD (Raphaël), *Le secret bancaire suisse. Droit privé, pénal, administratif, fiscal, procédure, entraide et conventions internationales*, 3^e éd. mise à jour et complétée, Berne, Editions Stämpfli + Cie SA, 1995, 711 pages.
- WENIGER (Olivier), *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how). Etude comparative des droits allemand, français et suisse*, Genève, Librairie Droz, 1994, 326 pages.

Procédure pénale

McCORMICK (Peter), *Canada's Courts. A Social Scientist's Ground-Breaking Account of the Canadian Judicial System*, Toronto, James Lorimer & Company, Publishers, 1994, 222 pages.

L'expertise, sous la direction de Jean GILLARDIN et Pierre JADOUL, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Travaux et Recherches n° 31, 1994, 245 pages.

ACKERMANN (Werner) et BASTARD (Benoît), *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Droit et Société n° 6, 1993, 117 pages.

GUILLAUME-HOFNUNG (Michèle), *La médiation*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que Sais-Je ?, 1995, 128 pages.

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Premier rapport d'activité 1991-1992, Paris, La Documentation française, 1993, 239 pages.

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. 3^e rapport d'activité 1994, Paris, La Documentation française, 1995, 123 pages.

ASHWORTH (Andrew), *The Criminal Process. An Evaluative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 315 pages.

HERDEGEN (Gerhard), *Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision. Abhandlungen und Vorträge*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, 223 pages.

Development and Policy Use of Criminal Justice Information. Proceedings of the Beijing Seminar. 12-16 September 1994, publié par Ugljesa ZVEKIC, Wang LIXIAN, Richard SCHERPENZEEL, Rome, UNICRI, La Haye, Ministère de la Justice, Ministry of Justice People's Republic of China, février 1995, 301 pages en anglais, 206 pages en chinois.

Droit pénal comparé

PRADEL (Jean), *Droit pénal comparé*, Paris, Editions Dalloz, Coll. Précis/Droit privé, 1995, 733 pages.

Droit pénal international et droit communautaire

ACHERMANN (Alberto), BIEBER (Roland), EPINEY (Astrid), WEHNER (Ruth), *Schengen und die Folgen. Der Abbau der Grenzkontrollen in Europa*, Berne, Verlag Stämpfli + Cie AG, Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Vienne, Manzschel Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1995, 263 pages.

RENAULT (Gaëlle), *Schengen, un modèle pour l'Europe pénale ?*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 6, Bruxelles, Maison Larcier sa, 1995, 141 pages.

Strafrechtsentwicklung in Europa, publié par Albin ESER et Barbara HUBER, 4.3, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, par Gerhard DANNECKER, Fribourg-en-Brisgau, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995, 189 pages.

Vers un droit pénal communautaire. Le Titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale. Actes de la Journée d'étude organisée par l'Association de recherches pénales européennes, avec le concours de la Direction générale du contrôle financier de la Commission européenne (Paris, 28 novembre 1994, Cour de cassation), Paris, Editions Dalloz, 1995, 91 pages.

Droits des personnes privées de leur liberté. Egalité et non-discrimination. Actes du 7^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme organisé par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe en collaboration avec les Instituts danois, finlandais, norvégien et suédois des droits de l'homme, Copenhague, Oslo, Lund (30 mai-2 juin 1990), Strasbourg, Conseil de l'Europe, Kehl-am-Rhein, Strasbourg, Arlington, Va, Editions N.P. Engel, 1994, 369 pages.

Corte interamericana de derechos humanos. La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos. Edición conmemorativa de los quince años de la instalación de la Corte interamericana de derechos humanos, de los veinticinco de la firma del Pacto de San José de Costa Rica y de los treinta y cinco de la creación de la Comisión interamericana de derechos humanos, publié et présenté par Rafael NIETO NAVIA, San José, C.R., Corte interamericana de derechos humanos, novembre 1994, 593 pages.

Ugolovnaja justitsija : problemy mezhdunarodnogo sotrudnichestva. Mezhdunarodnyi nauchno issledovatel'skij proekt, Moscou, Académie des sciences de Russie, Institut de l'Etat et du droit, Editions Bek, 1995, 000 pages.

Enfance et adolescence

La violence à l'école, Paris, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, Les Cahiers de la sécurité intérieure, n° 15, 1^{er} trimestre 1994, p. 7-133.

OSTENDORF (Heribert), *Jugendgerichtsgesetz. Kommentar*, 3^e éd. entièrement renouvelée et augmentée, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, 1 291 pages.

Pénologie et exécution des peines

Drogues et Prison. Actes de la Journée d'études du 22 avril 1994 organisée par Présence et Action culturelles, publiés sous la direction scientifique de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, 1995, 92 pages.

BONDESON (Ulla V.), *Alternatives to Imprisonment : Intentions and Reality*, Boulder (Col.), San Francisco, Oxford, Westview Press, 1994, 279 pages.

The Prisoners' Handbook 1995, publié par Mark LEECH, Oxford, Oxford University Press, 1995, 407 pages.

Criminologie

NEGRIER-DORMONT (Lygia), TZITZIS (Stamatios), *Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes*, Paris, Editions Litec, 1994, 182 pages.

Crime Prevention Studies, publié par Ronald V. CLARKE, Volume 2, Monsey (NY), Willow Tree Press, Inc., 1994, 236 pages.

SMART (Carol), *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Londres, Thousand Oaks (Cal.), New Delhi, Sage Publications, 1995, 250 pages.

SACCO (Vincent F.), KENNEDY (Leslie W.), *The Criminal Event. An Introduction to Criminology*, Scarborough (Ont.), Nelson Canada, 1994, 380 pages.

RAYNAL (Maryse), *Justice traditionnelle. Justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, Editions L'Harmattan, 1994, 338 pages.

SILVERMAN (Robert) et KENNEDY (Leslie), *Deadly Deeds. Murder in Canada*, Scarborough (Ont.), Nelson Canada, 1993, 270 pages.

Criminological Theory. Context and Consequences, 2^e éd., publié par J. Robert LILLY, Francis T. CULLEN, Richard A. BALL, sous la direction de James A. INCIARDI, Thousand Oaks (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, 1995, 256 pages.

Inequality, Crime, and Social Control, publié par George S. BRIDGES et Martha A. MYERS, Boulder (Col.), San Francisco, Oxford, Westview Press, 1994, 330 pages.

FELSON (Marcus), *Crime and Everyday Life. Insights and Implications for Society*, Thousand Oaks (Cal.), Londres, New Delhi, Pine Forge Press, 1994, 169 pages.

Crime and Crime Prevention in Moscow, publié par Marina ALEXEYEVA, Angela PATRIGNANI, Rome, UNICRI, Moscou, Research Institute, Ministry of the Interior, Russian Federation, Publication n° 52, août 1994, 176 pages.

LEOPOLD (Beate), STEFFAN (Elfriede), PAUL (Nikola), avec la collaboration de Margarete von GALEN et Ulla VORWERK, *Dokumentation zur rechtlichen und sozialen Situation von Prostituierten in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, Berlin, Cologne, Verlag W. Kohlhammer, 1994, 385 pages.

GAYRAUD (Jean-François), *La dénonciation*, Préface de J.-Cl. SOYER, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Politique d'aujourd'hui », 1995, 288 pages.

Le crime contre l'humanité, Paris, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1991, 171 pages.

LORENZI (Pierre-Antoine), *Corruption et imposture*, Paris, Editions Balland, 1995, 262 pages.

CONKLIN (John E.), *Art Crime*, Westport (Conn.), Londres, Praeger Publishers, 1994, 322 pages.

Police

An Introduction to Policing, vol. 1, *Criminal Justice in Australia*, par Keith BRYETT, Emma CRASWELL, Arch HARRISON, John SHAW, vol. 2, *The Role and Functions of the Police in Australia*, par Keith BRYETT, Arch HARRISON et John SHAW, vol. 3, *Policing in the Community*, par Keith BRYETT et Arch HARRISON, vol. 4, *Trends and Procedures in Policing*, par Keith BRYETT et Arch HARRISON, Sydney, Adelaide, Brisbane, Canberra, Hobart, Melbourne, Perth, Butterworths, 1993, 1994, 1993, 1994, 138, 190, 170 et 106 pages.

Droit pénal général

Cet ouvrage est consacré au droit pénal général, c'est-à-dire à l'étude de l'infraction, et de la peine.

Un nouveau code pénal est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Si nombre des principes du droit pénal ont été maintenus, des réformes ont été apportées par ce code au droit pénal général : nouveautés fondamentales (consécration de la responsabilité pénale des personnes morales...), changements notables (admission de l'erreur de droit, élargissement de l'éventail des peines, accroissement des pouvoirs du juge, avec la suppression des circonstances atténuantes...), modification de conceptions, de solutions ou de formulations (notion de trouble neuropsychique, légitime défense des biens...), consécration par le texte de solutions déjà admises par la jurisprudence (état de nécessité...).

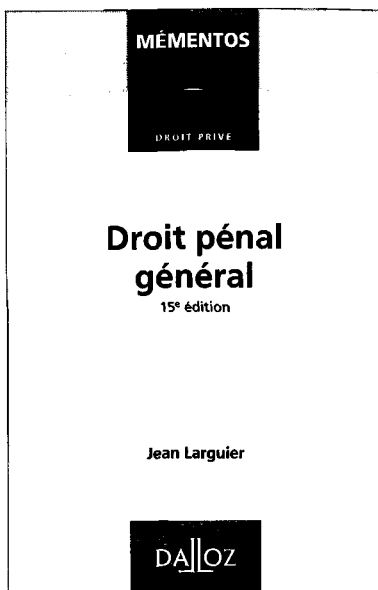
Depuis l'entrée en vigueur de ce code pénal, plusieurs lois ont modifié certaines règles pénales, par exemple la loi du 8 février 1995 : elles sont bien entendu prises en compte par le présent ouvrage.

Sont étudiés dans ce livre les différents éléments de l'infraction, avec les faits justificatifs, les participants à l'infraction, les peines dans les divers aspects de leur régime, et enfin les conflits de lois pénales dans le temps et dans l'espace. Il est fait état, sur toutes ces questions, de la jurisprudence la plus récente.

Destiné à faciliter la tâche du lecteur, l'ouvrage distingue constamment, le plus clairement possible, le principe et les exceptions, la règle et ses applications.

Jean Larguier est professeur agrégé des Facultés de droit.

15^e éd., 1995, 264 p., 80 F. Mémentos.



DALLOZ

PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS

Cl. ARRIGHI, Président de Chambre à la Cour d'appel de Bordeaux. - **J.-M. AUSSEL**, Professeur honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. - **J. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. - **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). - **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). - **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. - **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. - **A. CHAVANNE**, Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon III), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président honoraire de l'Association française de droit pénal. - **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. - **P. DARBÉDA**, Magistrat. - **A. 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 de l'Université Bordeaux Montesquieu, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université Bordeaux Montesquieu. - **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. - **J.-P. DINTILHAC**, Avocat général, délégué à la Cour de cassation. - **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucluse. - **J.-C. FOURGOUX**, Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles. - **J. FRANCILLON**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris XI-Sceaux. - **M. GENDREL**, Ancien Chargé de cours des Facultés de droit, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). - **G. GIUDICELLI-DELAGE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Secrétaire général de l'Association française de criminologie. - **J.-J. GLEIZAL**, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble. - **P. GRAPIN**, Directeur de recherche honoraire au C.N.R.S. - **M. JEOL**, Avocat général à la Cour de cassation. - **L. JOSEPH**, Vice-Président honoraire du Tribunal de grande instance de Paris. - **R. KOERING-JOULIN**, Professeur à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Secrétaire général adjoint de l'Association française de droit pénal. - **J. LAFON**, Médecin-chef au Centre psychiatrique Sainte-Anne, Expert près les tribunaux. - **Ch. LAZERGES**, Professeur à l'Université de Montpellier I, Directeur de l'Equipe de recherche sur la politique criminelle (E.R.P.C.). - **A. LAINGUI**, Professeur à la Faculté des sciences juridiques de Rennes. - **M. LE CLERE**, Professeur à l'Institut de criminologie de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). - **G. LORHO**, Magistrat au Casier judiciaire national. - **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. - **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. - **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. - **M. MARCUS**, Magistrat. - **J.-Cl. MARIN**, Premier substitut, Chef de la Section financière du Parquet de Paris. - **M. MASSÉ**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. - **Yves MAYAUD**, Professeur à l'Université Lyon III. - **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). - **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. - **P. MONZEIN**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. - **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. - **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Vice-Président de l'Association internationale de droit pénal. - **F.-J. PANSIER**, Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny. - **C. PIERRE**, Conseiller à la Cour de cassation. - **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Président de l'Association française de droit pénal. - **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. - **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur de l'Institut de criminologie. - **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carrel de Lyon. - **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. - **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. - **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. - **Ch. SOULARD**, Magistrat, Directeur du Centre européen de la magistrature et des professions juridiques. - **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. - **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire du Centre de recherches de politique criminelle. - **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. - **D. VORMS**, Avocat à la Cour d'appel de Paris.

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. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de l'Association internationale de droit pénal. – **V. BAYER**, Professeur (E.R.), à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. – **Ramsés BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. – **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général honoraire de la Cour de cassation (Italie), Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. – **A. BERISTAIN**, Professeur émérite de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. – **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. – **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel. – **M. CHIAVARIO**, Professeur à l'Université de Turin.
- F. CLERC**, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. – **J. CORDOBA RODA**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, Directeur de l'Institut de criminologie. – **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.
- C. DEBUYST**, Professeur émérite à l'Université de Louvain. – **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. – **M. DRISSI ALAMI**, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. – **J. DUPREEL**, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.
- Chr. J. ENSCHEDE**, Professeur honoraire à l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).
- J. de FIGUEIREDO DIAS**, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coimbra. Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire.
- K.-H. GOSSEL**, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.
- J.-M. HAÜSSLING**, ancien Recteur de l'Université de Wuppertal. – **L.H.C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. – **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.
- H.-H. JESCHECK**, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. – **H. JUNG**, Professeur à l'Université de Sarrebruck.
- G. KELLENS**, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. – **H.-J. KERNER**, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Tübingen.
- Francisco P. LAPLAZA**, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. – **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. – **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science.
- K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau. – **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. – **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice.
- A.-H. NADJAFI A.**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université SHAHID BEHESHTI (Téhéran).
- A. NELSON**, Professeur honoraire à l'Université d'Uppsala. – **André NORMANDEAU**, Professeur titulaire à l'Université de Montréal. – **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili.
- A. Edmundo OLIVEIRA**, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazone.
- F. C. PALAZZO**, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. – **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. – **G. D. PISAPIA**, Professeur émérite à l'Université de Milan. – **K. POKLEWSKI-KOZIELL**, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.
- C. RACZ**, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. – **Sir Leon RADZINOWICZ**, LL.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. – **L. RIBEIRO**, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. – **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.
- H. SCHULER-SPRINGORUM**, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. – **H. SCHULTZ**, Professeur émérite de l'Université de Berne. – **Louis B. SCHWARTZ**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **R. SCREVEENS**, Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK**, Président de la 4^e chambre criminelle de la Cour de cassation de Turquie. – **A. SOROUR**, Président du Parlement égyptien, Professeur à l'Université du Caire. – **D. SPINELLIS**, Professeur à l'Université d'Athènes. – **Dr. G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). – **D. SZABO**, Professeur honoraire à l'Université de Montréal, Président honoraire de la Société internationale de criminologie.
- K. TIEDEMANN**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Fribourg-en-Brigau. – **Luis Fernando TOCORA**, Professeur à l'Université de San Buenaventura, Président du Tribunal superior de Buga. – **F. TULKENS**, Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, Président du Département de criminologie et de droit pénal.
- G. VASSALLI**, Professeur émérite à l'Université de Rome, ancien Ministre de la Justice d'Italie, Juge à la Cour constitutionnelle. – **J. VERHAEGEN**, Professeur émérite à l'Université de Louvain. – **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université aristotélique de Thessalonique.
- K. WAABEN**, Professeur à l'Université de Copenhague.
- E. ZIEUNSKA**, Professeur à l'Université de Varsovie, Directeur de l'Institut de droit pénal.