

# SOMMAIRE DU N° 4 - 1990



## DOCTRINE

Françoise TULKENS. — <i>La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique</i> .....	677
Jean PRADEL. — <i>La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français</i> .....	692
Guido CASAROLI. — <i>La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien</i> .....	707
Jorge de FIGUEIREDO DIAS et Maria Joào ANTUNES. — <i>La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale</i> .....	733
Thomas WEIGEND. — <i>La notion de tribunal impartial et indépendant en République fédérale d'Allemagne</i> .....	742
Pierre-Henri BOLLE. — <i>La notion helvétique de tribunal indépendant et impartial</i> .....	753
Renée KOERING-JOULIN. — <i>La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme</i> .....	765

## CHRONIQUES

### A. — Chronique de jurisprudence :

I. — <i>Droit pénal général</i> , par André VITU .....	775
II. — <i>Infractions contre la chose publique</i> , par Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE .....	782
III. — <i>Infractions contre les personnes</i> , par Georges LEVASSEUR .....	783
IV. — <i>Infractions contre les biens</i> , par Pierre BOUZAT .....	792
V. — <i>Infractions contre l'ordre financier</i> , par Jean COSSON .....	796
VI. — <i>Infractions contre l'ordre économique</i> , par Jean-Claude FOURGOUX .....	797
VII. — <i>Infractions contre la qualité de la vie. Environnement</i> , par Jacques-Henri ROBERT .....	800
VIII. — <i>Infractions relevant du droit social</i> , par Antoine LYON-CAEN .....	803
IX. — <i>Procédure pénale</i> , par André BRAUNSCHWEIG .....	804

B. — <i>Chronique législative</i> , par Bernard BOULOC .....	809
--	-----

C. — <i>Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines. Les prisons face au Sida : vers des normes européennes</i> , par Pierre DARBÉDA .....	821
---	-----

D. — <i>Chronique internationale</i> :	
I. — <i>Droits de l'homme</i> , par Louis-Edmond PETTITI .....	829
II. — <i>Droit pénal international</i> , par Michel MASSÉ .....	835

E. — <i>Chronique de criminologie. Mais qui sont donc les hooligans ?</i> , par Reynald OTTENHOF .....	836
--	-----

F. — <i>Chronique de police. A propos de l'Inspection générale de la Police nationale : IGPN</i> , par Jean SUSINI .....	840
--	-----

G. — <i>Chronique de défense sociale. La Pop Justice, permanences d'orientation pénale et rationalité judiciaire</i> , par Jacques FAGET .....	844
--	-----

## INFORMATIONS

- I. — *Nécrologie* : Robert Schmelck, p. 851 — Mahmoud Mostafa, p. 852. — II. — *Congrès, Colloques, Séminaires* : Société internationale pour la recherche sur l'agression (Jérusalem, 23-28 juin 1991), p. 854. — I<sup>er</sup> Cours international de justice constitutionnelle (Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 6-12 juillet 1990), p. 854. — III. — *Enseignement, Recherches* : La grève de la faim en milieu carcéral, p. 858. — IV. — *Droits étrangers* : La réforme pénitentiaire en Grèce ou idées sans aboutissements, p. 860.

## BIBLIOGRAPHIE

A. — Notes bibliographiques .....	867
B. — Bibliographie des périodiques de langue française : Périodiques professionnels et assimilés, par Michel GENDREL .....	897
C. — Ouvrages reçus .....	897
<b>TABLES DE L'ANNÉE 1990</b> .....	903

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication (ou le présent ouvrage), faite sans l'autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, et, d'autre part, les analyses et courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées (loi du 11 mars 1957, art. 40 et 41, et code pénal, art. 425).

Toutefois, des photocopies peuvent être réalisées avec l'autorisation de l'éditeur. Celle-ci pourra être obtenue auprès du Centre français du Copyright, 6 *bis* rue Gabriel Laumain — 75010 Paris, auquel les Editions Sirey ont donné mandat pour les représenter auprès des utilisateurs.

## La notion européenne de tribunal indépendant et impartial

### La situation en Belgique

Françoise TULKENS et Henri D. BOSLY

*Professeurs à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*

Si la protection des droits de l'homme implique la reconnaissance de droits *matériels*, elle implique aussi la reconnaissance de droits *formels*. L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui traduit cette préoccupation, est considéré à ce titre en Belgique comme un « texte capital »<sup>1</sup>.

Le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue par un « tribunal indépendant et impartial, établi par la loi » constitue une garantie du droit à un procès équitable lequel, à son tour, exprime le principe de la prééminence du droit dans l'administration de la justice<sup>2</sup>. Par l'effet de différents recours introduits devant la Cour européenne des droits de l'homme, la Belgique a souvent été mêlée à la construction de la doctrine européenne relative au tribunal indépendant et impartial en manière telle que cette question a fait, et fait encore, l'objet de débats importants dans notre pays. Comme l'observe un éminent magistrat, ces deux garanties sont indissociables : « la condition essentielle de l'exercice impartial de la fonction judiciaire réside dans l'indépendance de ceux qui l'exercent »<sup>3</sup>.

L'objet de notre contribution est de voir comment la garantie du tribunal *indépendant et impartial* de la Convention européenne des droits de l'homme s'est inscrite dans notre droit interne, les hésitations dont elle a fait l'objet, les résistances qu'elle a rencontrées ainsi que les limites qui lui sont éventuellement assignées. Nous tenterons ainsi de mesurer le degré d'*effectivité* de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par rapport au droit belge de la procédure pénale<sup>4</sup>. En sociologie

1. *Répertoire pratique du droit belge (R.P.D.B.)* « Droit de la défense », Bruxelles, Bruylant, 1972, complément t. III, n° 11 ; R. Ergéc, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, vol. II, Bruxelles, Presses de l'Université libre de Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., 1990-91, p. 305.

2. Arrêt *Sunday Times* du 26 avr. 1979, série A, n° 80, p. 34, § 55.

3. W. J. Ganshof van der Meersch, « Réflexion sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *Journal des tribunaux, (J.T.)* 1973. 510.

4. Lorsque l'on confronte l'objectif d'une norme à son degré de réalisation on mesure l'*efficacité* de la norme en revanche, lorsque l'on examine la question de savoir si la norme a provoqué le comportement prévu, on mesure l'*effectivité* de celle-ci. « L'étude de l'effectivité... confronte l'intention normative immédiate, soit le modèle de conduite avec la réalité » (J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, p. 91). Sur cette question de l'effectivité, V. aussi J. Carbonnier,

du droit, la valeur explicative du concept d'effectivité permet, selon P. Lascoumes et E. Serverin, de mesurer l'état de la séparation droit-société. Dans cette perspective, l'effectivité ne désigne pas un état particulier du système juridique mais elle constitue une « mesure des écarts »<sup>5</sup>. En l'espèce, cette mesure des écarts, réalisée dans les différents droits nationaux, pourrait constituer l'étape indispensable pour penser et organiser l'harmonisation, dans l'ensemble européen, de certaines règles de procédure pénale.

Comme l'effectivité d'une norme juridique est liée à la connaissance du droit et aux conditions de sa mise en oeuvre<sup>6</sup>, nous rappellerons tout d'abord, brièvement, les conditions de la réception de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans l'ordre interne (I). Nous examinerons ensuite, successivement, les exigences du tribunal indépendant (II) et du tribunal impartial (III). Enfin, nous situerons la portée actuelle de cette garantie, en droit interne, par rapport à l'objet que lui assigne la Convention, l'accusation en matière pénale (IV).

## I. — LA RECEPTION DE LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES DANS L'ORDRE INTERNE

En ce qui concerne le volet *prescriptif* de la Convention, nous distinguerons les trois aspects évoqués par J. Velu dans l'analyse des effets du droit international des droits de l'homme sur l'ordre juridique applicable en Belgique : l'introduction des normes, leurs effets, leur rang<sup>7</sup>. Approuvée par la loi belge du 13 mai 1955 (publiée le 19 août 1955) et ratifiée le 14 juin 1955, la Convention européenne des droits de l'homme fait partie intégrante de l'ordre juridique en Belgique et elle y a force obligatoire<sup>8</sup>. A la différence de certains Etats pour lesquels les normes de la Convention n'ont de valeur qu'au plan des rapports interétatiques, celles-ci ont été transformées en Belgique en normes de droit interne<sup>9</sup>. Les droits de l'homme ont, dès lors, un caractère d'ordre public<sup>10</sup>. L'intégration de la Convention dans l'ordre juridique interne permet aux individus d'invoquer les dispositions de la Convention devant le juge national. Par ailleurs, par une interprétation fondée sur l'intention des parties, l'objet et le but du traité, la Cour de cassation et les juridictions belges ont généralement admis, soit expressément, soit implicitement, que la plupart des dispositions du titre I de la Convention, lorsqu'elles sont suffisamment précises et complètes<sup>11</sup>, ont des effets directs dans l'ordre juridique

« Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, p. 3-17 ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A. J. Arnaud, v° *Effectivité*, Paris-Bruxelles, 1988, p. 130 et s.

5. P. Lascoumes et E. Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1985, p. 101-122.

6. *Ibid.* p. 110-118.

7. J. Velu, « La protection transnationale des droits de l'homme », in *Rapports belges au XII<sup>e</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, 1986, p. 339-345.

8. En ce qui concerne les protocoles, seuls ont été approuvés en Belgique le protocole additionnel du 20 mars 1952 (en même temps que la Convention par la loi du 13 mai 1955) et le protocole n° 4 du 16 sept. 1963 reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole additionnel (la loi du 24 janv. 1970).

9. *Ibid.* p. 340.

10. W.J. Ganshof Van der Meersch, « L'ordre public et les droits de l'homme », *J.T.* 1968. 658.

11. Cass. 10 mai 1985, *Pas.* 1985. I. 1122 et les concl. du ministère public ; Cass. 6 mars 1986, *Pas.* 1986. I. 852.

interne<sup>12</sup>. Un arrêt du Conseil d'Etat précise, en ce qui concerne l'article 6-1 de la Convention, que cette disposition est *self executing*<sup>13</sup>. Il en résulte que les normes de la Convention peuvent être invoquées comme source de droit et que les juges sont tenus, quand la loi permet à la juridiction saisie de le faire, de soulever d'office les moyens déduits de leur violation<sup>14</sup>. Enfin, en cas de conflit entre une norme de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ayant des effets directs dans l'ordre interne et une norme de droit interne, le juge doit accorder la primauté au traité<sup>15</sup>. Malgré le fait qu'il n'existe pas en Belgique de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, les cours et tribunaux peuvent donc contrôler la conformité de la loi nationale aux normes directement applicables de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>16</sup>. L'application du droit interne est donc subordonnée à sa compatibilité avec les dispositions de la Convention des droits de l'homme et il peut en résulter un effet de neutralisation du droit interne par le droit international.

En ce qui concerne les instances de contrôle c'est-à-dire le volet *répressif* de la Convention, la Belgique a depuis 1955 déclaré reconnaître la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles (art. 25) et elle a accepté la juridiction obligatoire de la Cour pour toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention (art. 46).

Quel est l'effet, en droit interne, des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ? En ce qui concerne l'*autorité* des arrêts de Strasbourg, la majorité de la doctrine en Belgique estime que ceux-ci sont revêtus de l'*autorité relative* de la chose jugée<sup>17</sup> ; elle leur reconnaît cependant l'*autorité* de la chose interprétée<sup>18</sup>. Quant à l'*exécution* des arrêts de la Cour européenne dans l'ordre interne, celle-ci emprunte des voies diverses. Si c'est la loi nationale qui est incompatible avec la Convention, le juge doit refuser de l'appliquer pour autant que la norme internationale ait un effet direct ; à défaut de pouvoir substituer cette dernière à la loi nationale condamnée, l'Etat sera tenu de modifier sa législation. Si la violation trouve son origine dans un acte juridic-

12. J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, Bruxelles, 1981, p. 22, n° 7 ; J. Mertens de Wilmars, « La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg », *J.T.* 1982. 105-106 ; G. Grimonprez et K. Lenaerts, « La jurisprudence de la Cour de cassation belge au sujet de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Rapports belges au XI<sup>e</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, 1982, vol. 2, p. 65-75 et les références citées. Ces auteurs rappellent à juste titre que toute autre est la question de savoir si les arrêts de la Cour européenne concernant les dispositions *self executing* de la Convention sont revêtus du même effet. La doctrine est controversée suite notamment à l'arrêt Marckx du 13 juin 1979 relatif à l'art. 8 de la Convention où la reconnaissance d'un effet direct à l'arrêt de la Cour aurait créé un vide législatif (*ibid.* p. 71 et 72 et les notes 22, 23, 24).

13. Cons. d'Et. 26 sept. 1984, *R.W.* 1984-85, col. 1582 et la note Vandenberghe ; P. Lemmens, « De raad van state en de internationale verdragen over de rechten van de mens », *T.B.P.* 1987, p. 367.

14. J. Velu, *La protection transnationale des droits de l'homme*, *op. cit.* p. 343.

15. Cf. l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 mai 1971, *Pas.* 1971. I. 886 et les concl. du procureur général Ganshof van der Meersch ; Cass. 4 avr. 1984, *Rev. dr. pén. crim.* 1984. 679 et s. et les concl. de l'avocat général Velu.

16. J. Velu, *La protection transnationale des droits de l'homme*, *op. cit.* p. 345.

17. Concl. de l'avocat général Dumon avant Cass. 21 janv. 1982, *J.T.* 1982. 438 et s. ; J. Verhoeven, « A propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leurs observations », note sous Cass. 21 janv. 1982, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1984. 273-296 ; F. Rigaux, « La jurisprudence belge après l'arrêt Marckx », note sous Cass. 3 oct. 1983, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1985. 615-635 ; en sens contraire, R. Ergec, « L'autorité dans l'ordre juridique belge de la Convention européenne », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 65 et s.

18. Cass. 14 avr. 1983, *J.T.* 1983. 617 et les concl. de l'avocat général J. Velu ; W. J. Ganshof van der Meersch, « Quelques aperçus de la méthode d'interprétation de la Convention de Rome par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 225.

tionnel et que celui-ci a définitivement acquis l'autorité de la chose jugée, le moyen retenu suite à l'arrêt *Piersack* fut le pourvoi en cassation conformément à l'article 441 du code d'instruction criminelle qui autorise le ministre de la Justice à dénoncer à la Cour de cassation les actes judiciaires contraires à la loi<sup>19</sup>. Toutefois, dans un arrêt de 1987, suite à l'affaire *De Cubber*, la Cour de cassation adopte une position restrictive en subordonnant la recevabilité du pourvoi dans l'intérêt de la loi à la preuve que l'illégalité invoquée repose sur des circonstances de fait dont la Cour ne pouvait avoir connaissance au moment où elle a rejeté le pourvoi qui a donné lieu au recours devant la Cour européenne<sup>20</sup>. Comme l'observe M. Franchimont, cette jurisprudence réduit sensiblement les possibilités d'exécution des arrêts de Strasbourg<sup>21</sup>.

## II. — LE TRIBUNAL INDEPENDANT

Nous savons que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales confère à la notion de *tribunal* un sens propre qui peut être distinct de celui qu'il revêt en droit interne. Dans un arrêt récent qui concerne la Belgique, la Cour européenne définit le tribunal par sa fonction juridictionnelle : « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »<sup>22</sup>. Cette conception est plus large que celle qui prévaut dans notre Constitution. Selon J. Velu, le tribunal au sens de la Convention correspond à la notion de juridiction en droit public belge<sup>23</sup>. Le tribunal doit aussi être établi *par la loi*. Il s'agit, dans une société démocratique, d'une condition fondamentale d'indépendance<sup>24</sup>. En Belgique, l'article 94 de la Constitution qui dispose que « nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi », interdit aussi la création de commissions ou de tribunaux extraordinaires, « sous quelque dénomination que ce soit ».

Dans l'esprit de la Convention, l'*indépendance* du tribunal doit être assurée par le statut légal et constitutionnel du juge qui doit les prémunir contre les pressions extérieures. Il s'agit d'écarter toute ingérence — et même tout risque ou toute apparence d'ingérence — dans l'exercice des fonctions judiciaires, que celle-ci résulte du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif, des pouvoirs de fait (groupes de pression politiques, économiques, sociaux, culturels, etc.) ou des parties elles-mêmes. A ce titre, l'indépendance est une condition préalable à l'impartialité<sup>25</sup>.

19. Cass. 18 mai 1983, *Pas.* 1983. I. 1046. Bien que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme soient dépourvus de force exécutoire, leur autorité de chose jugée relative oblige les Etats à prendre les mesures d'exécution aptes à effacer les conséquences de la violation constatée (Cass. 31 janv. 1983, *R.W.* 1982-93, col. 2681).

20. Cass. 27 janv. 1987 (aud. plén.) et les concl. de l'avocat général J. Velu (*J.* 1987, p. 440, obs. R. Ergéc) ; G. Craenen, « Het tweede cassatie-arrest-De Cubber : een kleine uitspraak over een klein geval », *R.W.* 1987-88, col. 145-150.

21. M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, Liège, édition du Jeune Barreau, 1989, p. 962.

22. Arrêt *H. c/ Belgique*, 30 nov. 1987, série A, n° 127, § 50. Le Conseil de l'Ordre des avocats qui est appelé à statuer sur la réinscription du requérant radié pour des motifs disciplinaires exerce, en cette qualité, la fonction de tribunal.

23. J. Velu, « La notion de tribunal et les notions avoisinantes dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Liber Amicorum F. Dumon*, Anvers, 1983, p. 1293 et 1295.

24. M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, op. cit. p. 828.

25. Dans l'arrêt *Piersack*, du 1<sup>er</sup> oct. 1982 (Série A, n° 53, § 27, p. 13) et dans l'arrêt *Delcourt* du 17 janv. 1970 (Série A, n° 11, § 53, p. 19), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que

L'indépendance organique du pouvoir judiciaire est reconnue, en droit belge, par la Constitution qui consacre le principe de la séparation des pouvoirs (art. 25 et 30) et qui assure la mise en oeuvre de cette indépendance (art. 94, 95, 104). L'indépendance personnelle des magistrats est également garantie par la Constitution dont les dispositions dépassent les exigences de la Convention des droits de l'homme. L'article 100 reconnaît le principe de l'irrévocabilité (al. 1 : « Les juges sont nommés à vie ») et de l'inamovibilité des juges (al. 3 : « Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement »). L'article 102 assure la fixation des traitements des membres de l'ordre judiciaire par la loi tandis que l'article 103 prévoit certaines incompatibilités.

La question de la *composition* de certaines juridictions a été soulevée par la jurisprudence. En ce qui concerne le conseil de discipline de l'Ordre des médecins, la Cour de cassation refuse de déduire « de la seule circonstance qu'une juridiction est composée entièrement ou partiellement de membres qui exercent la même profession ou une profession similaire ou encore qui possèdent la même qualification professionnelle que les personnes qui comparaissent devant eux, que cette juridiction n'est pas indépendante et impartiale »<sup>26</sup>. En ce qui concerne les juridictions militaires dans lesquelles siègent des militaires, la Cour de cassation estime « qu'en droit, les officiers qui exercent conformément à la Constitution et à la loi une fonction juridictionnelle en qualité de membre d'une juridiction militaire, sont non seulement soustraits à l'autorité hiérarchique ou de tutelle des autorités politiques, administratives et militaires mais sont également tenus à l'indépendance tant à l'égard des autorités qu'à l'égard des parties au procès et de tout pouvoir de fait »<sup>27</sup>.

Notons, enfin, que des situations particulières ont également fait l'objet d'arrêts de la Cour de cassation que nous évoquons brièvement. Ainsi, les juges qui siègent dans une chambre temporaire du tribunal correctionnel qui a été constituée par ordonnance du président du tribunal conformément à l'article 80 du code judiciaire conservent l'indépendance requise par l'article 6 § 1 de la Convention qui n'interdit pas que le tribunal soit composé de juges désignés par un autre juge indépendant et impartial à condition que ce mode de désignation soit prévu par la loi<sup>28</sup>. Par ailleurs, dans une espèce où le prévenu avait été condamné du chef d'injures proférées à l'endroit du procureur général et du juge d'instruction, la Cour de cassation a décidé que le droit du demandeur à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant n'a pas été violé par le fait que l'instruction avait été menée par un autre juge d'instruction lequel, en sa qualité d'officier de police judiciaire, se trouvait sous l'autorité hiérarchique du procureur général et était un collègue du juge d'instruction offensé<sup>29</sup>.

On ne pouvait sérieusement contester l'indépendance des magistrats et des jurés siégeant en cour d'assises ni l'indépendance de la Cour de cassation de Belgique.

26. Cass. 17 déc. 1982, *Pas.* 1983. I. 481 ; Cass. 3 nov. 1983, *Pas.* 1984. I. 234 ; Cass. 13 sept. 1984, *Pas.* 1985. I. 65.

27. Cass. 22 févr. 1983, *Pas.* 1983. I. 712. En l'espèce, le prévenu traduit devant la juridiction militaire contestait l'aptitude de celle-ci à juger en toute indépendance et impartialité un citoyen qui refuse l'institution à laquelle les membres de ces juridictions ont prêté serment de fidélité. V. aussi Cass. 23 avr. 1985, *Pas.* 1985. I. 1027 ; Cass. 24 juill. 1986, *Pas.* 1986. I. 1365.

28. Cass. 15 avr. 1980, *Pas.* 1980. I. 999.

29. Cass. 11 sept. 1979, *Pas.* 1980. I. 452.

### III. — LE TRIBUNAL IMPARTIAL

Nous reprendrons la distinction devenue traditionnelle entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective, entre l'impartialité personnelle et l'impartialité fonctionnelle ou organique. Dans le premier cas, il s'agit de « déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance »<sup>30</sup>. Dans le second cas, il s'agit de s'assurer que, par son statut ou ses fonctions, le juge ne peut susciter aucun doute quant à son impartialité : « En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance... »<sup>31</sup>. Ces deux aspects sont évidemment étroitement liés. Depuis l'arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970, il est clairement admis que l'impartialité du tribunal doit s'appliquer aux procédures d'appel et de cassation<sup>32</sup>.

Le droit belge rencontre le problème de l'impartialité par le mécanisme de la *récusation* qui permet aux parties de faire écarter du siège le juge qui se trouve dans un des cas énumérés à l'article 828 du code judiciaire<sup>33</sup>. En outre, « tout juge qui sait cause de récusation en sa personne est tenu de s'abstenir » (art. 831 du code judiciaire), sans devoir soumettre ses raisons à la chambre dont il fait partie<sup>34</sup>. Dans ce cas, le juge se « déporte ». Notons aussi la procédure, très rarement utilisée au demeurant, du *renvoi pour cause de suspicion légitime* (art. 648 du code judiciaire) par laquelle c'est le tribunal dans son ensemble qui est récusé.

#### A. — L'impartialité fonctionnelle

L'exigence de l'impartialité fonctionnelle ou objective s'est principalement posée, en Belgique, à propos du *cumul* des fonctions judiciaires. Cette matière trouve sa base légale dans l'article 292, alinéa 2, du code judiciaire qui dispose que « le cumul des fonctions judiciaires est interdit, sauf les cas prévus par la loi. Est nulle la décision rendue par un juge qui a précédemment connu de la cause dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire »<sup>35</sup>. Si en droit le cumul des fonctions judiciaires est donc exceptionnel, en fait une pratique s'est largement développée (justifiée notamment par les problèmes d'organisation judiciaire et de manque d'effectifs) dont l'effet est « d'inverser la perspective » : « à une interdiction de principe sous la réserve d'une autorisation par la loi est en quelque sorte substituée une autorisation de principe, sous la réserve des interdictions prévues par la loi »<sup>36</sup>.

Nous distinguerons les deux cas de figure principaux qui concernent, d'une part, le cumul des fonctions de poursuite et de jugement, et, d'autre part, le cumul des fonctions d'instruction et de jugement.

30. Arrêt *Piersack* du 1<sup>er</sup> oct. 1982, Série A, n° 53, § 30, p. 14 ; arrêt *De Cubber* du 26 oct. 1984, Série A, n° 86, § 24, p. 13 et s.

31. Arrêt *De Cubber*, *ibid.* § 26, p. 14.

32. Arrêt *Delcourt* du 17 janv. 1971, Série A, n° 11.

33. L'énumération des cas de récusation est limitative et de stricte interprétation (Cass. 20 août 1975, *Pas.* 1975. I. 1075). La procédure de récusation est réglée par les articles 833 à 849 du code judiciaire. La récusation est facultative en ce sens qu'une partie peut renoncer à son droit de récusation.

34. R. Delange, « De l'intervention de la Cour de cassation dans le dessaisissement du juge et le renvoi d'un tribunal à un autre », *J.T.* 1974. 491 et s.

35. Pour être complet, nous ajouterons l'article 127 du code judiciaire qui concerne la composition de la cour d'assises et qui consacre également le même type d'incompatibilité. Mais la portée de cette disposition est réduite dans la pratique puisque les cours d'assises ne sont saisies que relativement rarement (ainsi, en 1982, 74 affaires seulement ont été jugées par les cours d'assises pour l'ensemble du pays).

36. J. Verhoeven, « L'impartialité du juge disciplinaire et les droits de l'homme », note sous Cass. 23 mai 1985, *R.C.J.B.* 1987, p. 338.

## 1. Incompatibilité entre les fonctions de poursuite et de jugement

Différentes hypothèses ont été rencontrées.

a) Un magistrat ne peut connaître successivement d'une même cause en qualité de partie poursuivante et en qualité de membre de la juridiction de jugement.

La règle était déjà acquise dans la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1858 qui avait à statuer sur la base de l'article 237 du code d'instruction criminelle et de la loi du 15 mai 1849<sup>37</sup>. En l'espèce, le juge avait signé, en sa qualité de ministre public, le réquisitoire destiné à la chambre du conseil et tendant au renvoi de l'inculpé devant la chambre des mises en accusation. Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour, l'avocat général avait notamment déclaré que la règle, selon laquelle le magistrat qui a rempli les fonctions du ministère public dans la cause ne peut siéger ensuite comme juge dans cette même cause, consacre un « principe de droit universel que l'on ne peut être à la fois juge et partie dans la même cause »<sup>38</sup>. La Cour de cassation reconnut cette « règle d'équité naturelle »<sup>39</sup> qui fait depuis lors l'objet d'une jurisprudence constante<sup>40</sup>. Elle découle, à l'évidence, de la séparation des fonctions de la justice répressive, fonctions de poursuite et fonctions de jugement et constitue à ce titre un principe général de droit<sup>41</sup>.

La portée de cette incompatibilité a cependant été précisée par l'arrêt *Piersack* rendu le 1<sup>er</sup> octobre 1982 par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>. Dans cette affaire qui concerne la Belgique, la cour d'assises du Brabant était présidée par un conseiller à la cour d'appel qui, auparavant alors qu'il exerçait les fonctions de premier substitut du procureur du Roi (donc de magistrat du ministère public), dirigeait la section du parquet chargée des poursuites contre *Piersack*. Il ne s'était pas occupé personnellement des poursuites mais il avait accompli des tâches administratives en paraphant et en transmettant des apostilles qui prescrivaient certains devoirs. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le condamné au motif que « du seul fait de l'existence d'une apostille adressée nommément par le juge d'instruction à un magistrat du ministère public, mais dont rien n'établit qu'elle lui soit parvenue, ni qu'elle l'ait amené à s'intéresser même indirectement à l'affaire, on ne saurait présumer que ce magistrat est intervenu dans la cause dans l'exercice ... de ses fonctions de magistrat du ministère public »<sup>43</sup>. Ce qu'il faut noter c'est que la Cour confirme en fait sa jurisprudence antérieure qui s'inspire d'une tendance que l'on peut qualifier de subjectiviste et selon laquelle l'impartialité du juge requiert l'allégation de faits concrets, particuliers au cas d'espèce : le simple cumul des fonctions, en dehors des cas de récusation expressément prévus par la loi, ne suffit pas à établir l'impartialité. Sans mettre en cause, en l'espèce, l'impartialité personnelle du président de

37. *Pas.* 1858. I. 334 et les concl. de l'avocat général Cloquette.

38. *Ibid.* p. 336.

39. *Ibid.* p. 340.

40. V. notamment Cass. 22 oct. 1971, *Pas.* 1972. I. 179 et la note 2 de la page 180.

41. Cass. 18 mai 1971, *Pas.* 1971. I. 864.

42. Arrêt *Piersack* du 1<sup>er</sup> oct. 1982, Série A, n° 53 ; V. A. Winants, « De onpertijdige rechter invloed op de Belgische rechtspraak van de arresten *Piersack* en *De Cubber* » in *Actuele problemen van strafrecht*, Anvers, Kluwer, 1988, p. 282-283.

43. Cass. 21 févr. 1979, *Pas.* 1979. I. 750 et les conclusions contraires de l'avocat général Velu qui avait conclu à la cassation en considérant qu'on pouvait légitimement redouter que le président de la cour d'assises ne présentât pas les garanties d'impartialité.

la cour d'assises, la Cour européenne estime que l'impartialité de la cour d'assises, ainsi composée, « pouvait paraître sujette à caution ». La Cour pose clairement l'exigence de l'apparence d'impartialité du juge et, partant, du tribunal auquel il appartient<sup>44</sup>. Il suffit qu'il soit possible que ce magistrat ait joué un certain rôle dans la poursuite contre l'accusé en raison de sa position hiérarchique au sein du parquet de Bruxelles qui lui permettait de contrôler l'activité des substituts chargés du dossier et, éventuellement, de les influencer ; peu importe s'il s'avère, en fait, qu'il n'a pas exercé cette influence.

Nous verrons plus loin, à propos de l'incompatibilité des fonctions d'instruction et de jugement et de l'arrêt *De Cubber* rendu en 1984, les résistances de la jurisprudence belge à la jurisprudence de la Cour européenne.

b) Un magistrat ne peut connaître successivement d'une même cause, en qualité de partie poursuivante et de juge de l'instruction préparatoire.

La question a été posée à propos de l'application de cette règle à l'auditeur militaire, magistrat professionnel qui exerce les fonctions du ministère public devant les juridictions militaires et qui, en même temps, préside la commission judiciaire chargée de l'instruction préparatoire<sup>45</sup>. Dans l'affaire *Pauwels*, la commission judiciaire avait placé l'inculpé sous mandat d'arrêt et le magistrat qui la présidait avait ensuite occupé le siège du ministère public devant le conseil de guerre qui avait condamné l'inculpé. L'arrêt de la Cour européenne du 26 mai 1988 qui condamne la Belgique ne conteste pas que l'auditeur militaire s'acquitte des tâches qui lui incombent, en tant que président de la commission judiciaire, en pleine indépendance à l'égard de l'auditeur général qui est son supérieur hiérarchique, il décide, en l'espèce, que le même magistrat ayant exercé deux fonctions judiciaires distinctes, « son impartialité pouvait paraître sujette à caution »<sup>46</sup>. La Cour prend cependant acte de l'évolution intervenue, à savoir deux circulaires du 29 mars 1983 et 11 mars 1985 de l'auditeur général près la cour militaire<sup>47</sup> qui interdisent le cumul — et, dès lors, la confusion — des pouvoirs juridictionnels d'instruction et des fonctions de poursuite devant la juridiction de jugement<sup>48</sup>.

Les juridictions militaires ont suivi la jurisprudence de l'arrêt *Pauwels*. Un arrêt de la cour militaire du 18 décembre 1985 annule l'expertise ordonnée par la commission judiciaire au motif que le droit au procès équitable, qui comporte la séparation de la poursuite et l'instruction, avait été méconnu<sup>49</sup>. En l'espèce, le magistrat qui avait présidé la commission judiciaire, laquelle avait décidé l'expertise et désigné l'expert, avait également occupé le siège du ministère public à l'audience de la juridiction de jugement. Dans un arrêt du 8 novembre 1988, la cour militaire dessaisit le magistrat de l'auditorat général exerçant les fonctions de magistrat instructeur dont l'impartialité pouvait être légitimement contestée à la suite d'une plainte déposée contre lui<sup>50</sup>.

44. Arrêt *Piersack* du 1<sup>er</sup> oct. 1982, *op. cit.* § 30 et 31, p. 15 et s. ; P. Lemmens, « De zaak Piersack en de onpartijdigheid van de rechter », *R.W.* 1982-1983, col. 2296 ; A. Winants, *op. cit.* p. 283 et s.

45. La commission judiciaire est composée, outre de l'auditeur militaire, de deux officiers mais ces derniers ne disposent que d'une voix consultative (art. 35 du code de procédure militaire). V. Cass. 20 févr. 1922, *Pas.* 1922. I. 167.

46. Arrêt *Pauwels*, Série A, n° 135, § 37, p. 18-19.

47. Il s'agit du magistrat de profession qui dirige les officiers du ministère public près les juridictions militaires (art. 76 et 121 du code de procédure militaire).

48. Arrêt *Pauwels*, *op. cit.* p. 15-16.

49. Cour militaire, 18 déc. 1985, *J.T.* 1986. 370 et les concl. de l'avocat général Gorlé.

50. Cour militaire, 8 nov. 1988 et réquisitoire du premier avocat général Andries, *J.T.* 1989. 355 avec la note de G. Kirshen. L'arrêt décide qu'il n'appartenait pas à l'auditeur général de décharger

c) Un même magistrat ne peut connaître successivement d'une même cause en qualité de partie poursuivante et de juge de la juridiction d'instruction.

En droit belge de la procédure pénale, la juridiction d'instruction est appelée à statuer sur les mérites de l'instruction préparatoire et à décider le renvoi éventuel de l'inculpé devant la juridiction de jugement. La règle que nous venons d'énoncer a été appliquée à l'égard de l'ordonnance de la chambre du conseil renvoyant l'inculpé devant le tribunal correctionnel qui a été rendue par un magistrat qui, antérieurement, avait exercé dans cette cause les fonctions du ministère public<sup>51</sup>.

## 2. Incompatibilité entre les fonctions d'instruction et de jugement

La question la plus controversée a porté sur la participation à la juridiction de jugement des magistrats qui ont exercé, dans la même cause, la fonction soit de juge d'instruction, soit de membre de la juridiction d'instruction.

Une jurisprudence constante de la Cour de cassation décidait qu'il n'y avait nulle incompatibilité entre les fonctions d'instruction et de jugement puisque le juge d'instruction n'est pas une partie poursuivante et qu'il instruit, en toute indépendance, tant à charge qu'à décharge<sup>52</sup>. L'exercice successif des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond, par un même magistrat et dans une même cause, n'est interdit par aucune disposition légale<sup>53</sup> et ne porte donc pas atteinte à l'impartialité du tribunal<sup>54</sup>.

En dépit de l'arrêt *Piersack* de la Cour européenne des droits de l'homme du 1<sup>er</sup> octobre 1982 qui introduisit le concept nouveau d'apparence d'impartialité, la Cour de cassation maintient sa position. Dans un arrêt du 4 avril 1984, la Cour décide encore que le juge qui préside la chambre du conseil a pour mission de régler, de manière impartiale, l'instruction préparatoire, ce qui ne l'appelle pas à se prononcer sur la culpabilité de l'inculpé mais seulement à rechercher s'il existe des charges suffisantes contre lui pour le renvoyer devant la juridiction du jugement ; en outre, la Cour estime que l'instance d'appel permet de sauvegarder les droits des prévenus<sup>55</sup>. Certains auteurs ne partageaient toutefois pas cette analyse. Observant que la procédure pénale connaît deux phases distinctes, celle de l'instruction préparatoire et celle du jugement, ils plaidaient en faveur de la reconnaissance du critère de l'impartialité objective<sup>56</sup>. Au même moment, un arrêt de la cour d'appel de Gand du 8 septembre 1983 tendait également à se dissocier de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>57</sup>.

son substitut de ce dossier et le confier à un autre magistrat de son office ; que seule une juridiction pouvait en décider.

51. Cass. 18 mai 1971, *Pas.* 1971. I. 864.

52. V. note Cass. 1<sup>er</sup> déc. 1970, *Pas.* 1971. I. 301 et Cass. 15 avr. 1980, *Pas.* 1980. I. 1006. Toutefois, la Cour de cassation admet que le juge qui a instruit la cause comme juge d'instruction ne peut ensuite participer à l'examen de celle-ci en appel car sinon comme l'observait dans ses conclusions l'avocat général Velu « il serait appelé à devoir apprécier en degré d'appel les actes d'instruction qu'il a accomplis ou fait accomplir en première instance » (Cass. 18 mars 1981, *Rev. dr. pén. crim.* 1981.703 et les concl. de l'avocat général J. Velu). V. B. Maes, « De onverenigbaarheid van het ambt van onderzoeksrechter met dat van rechter in eerste aanleg of appelrechter en het recht van de beklagde op een onpartijdige rechtbank », *Rechtskundig Weekblad (R.W.)* 1981-1982, col. 1857 à 1870.

53. Cass. 8 févr. 1977, *Pas.* 1977. I. 622.

54. Cass. 19 janv. 1982, *Pas.* 1982. I. 613 ; Cass. 4 mai 1982, *Pas.* 1982. I. 1006.

55. Cass. 4 avr. 1984, *Rev. dr. pén. crim.* 1984. 679 et les concl. de l'avocat général J. Velu ; *J.T.* 1984. 444 et la note de Pierre Lambert.

56. B. Maes, « De onpartijdige rechter », *R.W.* 1983-1984, col. 1857 à 1892.

57. Gand, 8 sept. 1983, *R.W.* 1983-1984, col. 1983 et note de P. Lemmens. En l'espèce, le président de la chambre du conseil était devenu juge unique au tribunal correctionnel et appelé à statuer sur la culpabilité du prévenu.

L'arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984 de la Cour européenne des droits de l'homme condamne la Belgique du chef de violation de l'article 6, § 1 de la Convention. En l'espèce, la chambre correctionnelle du tribunal d'Audenaerde qui avait condamné le prévenu était composée de trois juges dont l'un d'eux avait précédemment exercé, dans cette cause, la fonction de juge d'instruction. Ecartant radicalement la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour européenne décide que ne peut être considéré comme impartial le juge qui a précédemment connu la cause en tant que juge d'instruction<sup>58</sup>. Poursuivant le raisonnement développé dans l'affaire *Piersack*, la Cour relève un ensemble d'éléments pouvant susciter un doute légitime quant à l'impartialité du juge : l'importance des pouvoirs d'investigation du juge d'instruction, sa qualité d'officier de police judiciaire, le caractère unilatéral et secret de l'instruction préparatoire, la connaissance approfondie du dossier acquis au cours de l'instruction préparatoire par le juge, le rôle dès lors prépondérant de celui-ci lors du jugement, la possibilité également de le voir amené à se prononcer sur la légalité d'actes accomplis au cours de la phase préparatoire du procès<sup>59</sup>.

A la suite de cet arrêt, la Cour de cassation s'est définitivement alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'impartialité objective et de cumul des fonctions d'instruction et de jugement<sup>60</sup>. Elle n'y était pas tenue en raison de l'autorité de chose jugée relative de l'arrêt *De Cubber* : « C'est l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme qui a convaincu la Cour de cassation ; ce n'est pas la force de son arrêt qui lui a imposé l'obéissance »<sup>61</sup>. Par identité des motifs, il a également été jugé que sont incompatibles les fonctions de président de la chambre du conseil et de membre de la chambre des mises en accusation<sup>62</sup>. La même incompatibilité existe lorsqu'il n'y a pas, comme devant les juridictions militaires, de distinction entre les fonctions d'instruction et de jugement : les membres de la juridiction militaire appelés à connaître du contentieux de légalité en matière de détention préventive ne peuvent se prononcer ensuite sur le fond<sup>63</sup>. En revanche, lorsque la juridiction de jugement, déjà saisie de la cause, statue d'abord sur une requête de mise en liberté, elle ne se met pas dans une situation d'incompatibilité puisqu'elle connaît de la cause dans l'exercice de la même fonction judiciaire et qu'elle ne préjuge pas du fond de l'affaire<sup>64</sup>. Il en va de même lorsque la

58. Arrêt *De Cubber* du 26 oct. 1984, Série A, n° 86 ; P. Lemmens, « De onderzoeksrechter als vonnisrechter in de correctionele rechtbank », *R.W.* 1984-1985, col. 2418 à 2423 ; A. De Nauw, « L'application et l'interprétation de l'article 6, § 1<sup>er</sup> et 3, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale », in *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, éd. du Jeune Barreau, 1985, p. 309 à 311, G. Verhegge, « Verslag over het rechtspreken tijdens het kalenderjaar 1984 », *R.W.* 1985-1986, col. 705 à 720.

59. Arrêt *De Cubber*, *ibid.* § 29, p. 15 et s. ; V. A. Winants, « De onpartijdige rechter : invloed op de Belgische rechtspraak van de arresten *Piersack* en *De Cubber* », *op. cit.* p. 287.

60. Cass. 19 déc. 1984, *Pas.* 1985. I. 247 ; Cass. 23 janv. 1985, *Jurisprudence de Liège*, 1985, p. 157 et note de J. H., *R.W.* 1984-1985, col. 2943 et note B. Maes ; Cass. 4 juin 1985, *Pas.* 1985. I. 599 ; Cass. 25 sept. 1985, *Pas.* 1986. I. 47 ; Cass. 23 oct. 1985, *Pas.* 1986. I. 58 ; Cass. 10 déc. 1985, *Pas.* 1986. I. 244 ; Cass. 28 janv. 1986, *Pas.* 1986. I. 333 ; Cass. 27 mai 1986, *Pas.* 1986. I. 591 ; Cass. 12 déc. 1986, *Pas.* 1987. I. 224 ; Cass. 21 oct. 1987, *J.L.M.B.* 1987. 682. L'extension de cette jurisprudence aux juridictions disciplinaires n'est pas certaine (J. Verhoeven, « L'impartialité du juge disciplinaire et les droits de l'homme », note sous Cass. 23 mai 1985, *R.C.J.B.* 1987. 343 et s.).

61. J. Verhoeven, *ibid.* p. 342.

62. Cass. 29 mai 1985, *Rev. dr. pén. crim.* 1985. 795 et les concl. de l'avocat général Piret (deux arrêts) ; Cass. 5 mars 1986, *Rev. dr. pén. crim.* 1986. 622.

63. Cass. 16 avr. 1986, *Rev. dr. pén. crim.* 1986. 717 et les concl. de l'avocat général R. Declercq. Rappelons que le contentieux de la détention préventive est régi par l'article 5-4 de la Convention européenne des droits de l'homme.

64. Cass. 14 mai 1986, *Rev. dr. pén. crim.* 1986. 813 ; Cass. 21 janv. 1987, *Rev. dr. pén. crim.* 1987. 337 et la note de J. Sace.

décision d'internement est prononcée par une juridiction d'instruction qui a déjà statué sur la détention préventive de l'inculpé<sup>65</sup>. Dans les différentes hypothèses, l'idée centrale est l'absence dans le chef du juge, au moment où il doit statuer au fond, de tout « préjugé » lié à des interventions antérieures. Sous cette forme, l'impartialité organique du juge est la garantie de son indépendance.

Des lacunes, ou à tout le moins des questions, subsistent. Ainsi, en ce qui concerne la justice des mineurs, nous nous interrogeons, dans la perspective de la notion européenne de juge impartial, sur la légalité de la pratique judiciaire constante selon laquelle le juge de la jeunesse qui prend des mesures provisoires à l'égard d'un mineur d'âge inculpé d'un fait qualifié d'infraction est le même qui ensuite sera saisi de la même cause pour statuer au fond. N'est-on pas en droit de considérer, par identité de motifs avec la procédure suivie à l'égard des inculpés adultes, que ce juge a déjà connu de la cause dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire ? De même, soutenir que l'exigence d'impartialité n'est pas méconnue lorsque le jugement rendu sur opposition du prévenu est prononcé par des juges qui avaient rendu le jugement frappé d'opposition nous paraît discutable<sup>66</sup>. Par ailleurs, peut-on se fonder sur le seul fait que le ministère public ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme pour soutenir qu'il n'y a pas de risque d'impartialité dans le fait que l'avis soit donné en premier ressort et en degré d'appel par le même magistrat ?<sup>67</sup>. Enfin, en toute rigueur, on pourrait également interroger la jurisprudence qui limite l'application de la règle de l'impartialité au juge qui siège dans la même cause<sup>68</sup>. Poursuivi pour des faits différents mais devant le même juge, le prévenu ne comparait pas vierge.

## B. — L'impartialité personnelle

L'affaire *Boeckmans* dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme déclara la requête contre la Belgique recevable<sup>69</sup> est significative de la notion d'impartialité subjective. Le magistrat qui présidait l'audience de la cour d'appel avait qualifié le système de défense du prévenu d'in vraisemblable, de scandaleux, mensonger, ignoble et répugnant. Il avait également ajouté que la cour devait examiner si la peine prononcée en première instance « était suffisante eu égard au système de défense adopté ».

En cette matière, la jurisprudence des cours et tribunaux s'inspire, tout d'abord, de la nécessité d'éviter que, tout au long du procès pénal, des propos, des attitudes ou des comportements ne puissent susciter, dans l'esprit du prévenu, un doute légitime quant à l'aptitude de la juridiction devant laquelle il comparait à juger la cause de manière impartiale<sup>70</sup>. Mais il est bien certain que l'appréciation de l'impartialité subjective est elle-même subjective et que le seuil de l'impartialité doit s'examiner cas par cas.

65. Cass. 10 janv. 1987, *Rev. dr. pén. crim.* 1987. 666 et note de J. Sace.

66. Cass. 3 févr. 1987, *R.W.* 1986-87, col. 2713.

67. Cass. 3 avr. 1987, *J.T.* 1988. 157. Lorsqu'il rend son avis en matière civile, le ministère public n'exerce pas la fonction d'une partie au procès comme en matière pénale. Il peut d'ailleurs être récusé (art. 832 du code judiciaire).

68. Cass. 16 oct. 1985, *Pas.* 1986. 1. 97.

69. Commission européenne des droits de l'homme, décis. du 29 oct. 1963, *Recueil* n° 12, p. 29. L'affaire se termina cependant par un règlement amiable (*J.T.* 1966. 46).

70. Cass. 30 avr. 1986, *J.L.M.B.* 1987. 1245.

Il a été ainsi jugé que manque d'impartialité le juge qui refuse de satisfaire à la demande du prévenu tendant à l'audition des agents verbalisants en déclarant que ceux-ci ont déjà été entendus et qu'il n'est pas nécessaire de les faire revenir une nouvelle fois pour un « ivrogne » ou un « monsieur fortement intoxiqué par l'alcool »<sup>71</sup>. De même, le juge qui, dans une décision avant dire droit, laisse entendre que la culpabilité de l'accusé est établie, viole l'article 6, § 1 de la Convention<sup>72</sup>. La Cour de cassation a également reproché le manque d'impartialité au juge qui avait déclaré, au cours de l'audience, que l'attitude du prévenu « apparaissait peu compatible avec la dignité d'un officier »<sup>73</sup>. Différentes décisions sanctionnent le comportement du magistrat du siège qui, pendant l'audience, fait prévaloir son opinion personnelle et pré-juge ainsi de l'issue des débats. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 1984 cassa un arrêt de la cour d'assises pour violation de la règle de l'impartialité : le président de la Cour avait refusé d'accueillir une requête tendant à écarter un jury qui avait remis à l'un des accusés une carte de visite mentionnant : « merci de vos clins d'oeil. *Good luck !* »<sup>74</sup>.

D'autres décisions, en revanche, concluent à l'absence de violation de la règle d'impartialité. Ainsi, n'est pas incompatible avec l'article 6, § 1 de la Convention, l'énonciation de l'arrêt suivant laquelle « si la prétention peu courante du prévenu à ne faire aucune déclaration avant d'avoir pu s'entretenir avec son conseil n'établit certes pas la culpabilité de celui qui l'émet, elle ne prouve pas non plus la tranquillité de sa conscience »<sup>75</sup>. De même, le juge, qui rejette l'action de la partie civile en invoquant le ton déplaisant de ses conclusions et en reprochant à son conseil d'avoir perdu tout sens de la mesure et de s'être livré à des calculs fantaisistes, ne méconnaît pas la règle de l'impartialité<sup>76</sup>. La Cour de cassation a également décidé qu'un président de cour d'assises qui qualifie l'accusé de « menteur » à propos de faits étrangers à l'accusation ne manifeste pas sa partialité<sup>77</sup>. Ou encore ne manque pas à l'impartialité, le juge qui motive une peine sévère en raison du fait que le prévenu est un récidiviste incorrigible<sup>78</sup>.

Si cette jurisprudence est relative à l'attitude des juges ou des jurés, d'autres décisions concernent la situation de la personne elle-même. Ainsi, de la seule circonstance qu'un juré exerce la profession de surveillant de prison dans la maison d'arrêt située au chef-lieu de la province où l'accusé comparait devant la cour d'assises, la Cour de cassation estime que l'on ne saurait en déduire que le jury ainsi composé ne constituerait pas un tribunal indépendant et impartial<sup>79</sup>. De même, le respect du principe de l'impartialité n'est pas mis en question par le fait que les personnes chargées de fonctions juridictionnelles les exercent de manière permanente et n'aient pas bénéficié d'une formation juridique<sup>80</sup>. Enfin, la Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas manque d'impartialité dans le fait que le juge d'instruction avait, anté-

71. Cass. 31 mai 1976, *Pas.* 1976. I. 1042.

72. Cass. 21 janv. 1986, *R.W.* 1986-87, col. 952, note A. Vandeplass.

73. Cass. 30 avr. 1986, *J.L.M.B.* 1987. 1245.

74. Cass. 16 oct. 1984, *Pas.* 1985. I. 243.

75. Cass. 23 avr. 1986, *Pas.* 1986. I. 519.

76. Cass. 10 févr. 1980, *Pas.* 1980. I. 662.

77. Cass. 4 juin 1986, *Pas.* 1986. I. 620.

78. Cass. 29 nov. 1978, *Pas.* 1979. I. 367.

79. Cass. 18 févr. 1987, *Rev. dr. pén. crim.* 1987. 690.

80. Cass. 23 avr. 1985, *Pas.* 1985. I. 1027.

rieurement, été le conseil de la soeur du prévenu dans un litige qui opposait les deux parties<sup>81</sup>.

#### IV. — LA PORTEE ET LES LIMITATIONS DE LA GARANTIE DU TRIBUNAL INDEPENDANT ET IMPARTIAL

En ce qui concerne la *portée* de l'article 6, § 1 de la Convention, nous nous limiterons à certaines observations. Notons, tout d'abord, que cette disposition étend en principe sa protection à toute personne, qu'il s'agisse des nationaux ou des étrangers, des majeurs ou des mineurs. Par ailleurs, si les articles 8 à 11 de la Convention contiennent des clauses de restriction aux droits qui sont reconnus<sup>82</sup>, les garanties de l'article 6 sont énoncées en termes absolus. Sous réserve de l'article 15 de la Convention<sup>83</sup>, aucune restriction ne peut donc en limiter le contenu. Ainsi, si l'article 6 de la Convention n'exige pas un double degré de juridiction, les Etats qui ont institué des juridictions d'appel et de cassation « ont l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales prévues par cet article »<sup>84</sup>. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 1984 que nous avons évoqué à propos de l'impartialité organique soutenait que le jugement de première instance ne violait pas l'article 6 de la Convention si la juridiction d'appel satisfaisait aux exigences du tribunal indépendant et impartial<sup>85</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *De Cubber* rejeta catégoriquement cette thèse : si la juridiction qui a statué en première instance est un tribunal au sens où l'entend la Convention<sup>86</sup>, elle est tenue par les garanties de l'article 6 qui s'appliquent à tous les degrés de la procédure<sup>87</sup>. En Belgique, l'indépendance et l'impartialité constituent un principe général de droit qui peut être invoqué et est applicable devant toutes les juridictions, même devant celles qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention<sup>88</sup>. Toutefois, lorsque les conditions d'application de la norme internationale sont réunies, il n'y a pas lieu de se référer à ce principe général de droit et il convient plutôt d'invoquer la Convention<sup>89</sup>. Enfin, l'illégalité résultant de ce que la cause n'a pas été entendue par un tribunal indépendant et impartial n'entache pas seulement la décision rendue par ce tribunal ; elle s'étend, en règle, à l'ensemble des actes d'instruction accomplis devant ce tribunal<sup>90</sup>.

81. Cass. 24 sept. 1986, *J.T.* 1986. 667.

82. Cf. M. Delmas-Marty (éd.), *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989.

83. V. R. Ergeç, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987.

84. Arrêt *Delcourt*, du 17 janv. 1970, *op. cit.* § 25, p. 13.

85. Cf. *supra* note 55.

86. Cf. *supra* note 22.

87. Arrêt *De Cubber* du 26 oct. 1984, *op. cit.* § 31 et 32, p. 16-18.

88. A. De Nauw, « L'application et l'interprétation de l'article 6, § 1<sup>er</sup> et 3, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale », *op. cit.* p. 332-334 ; Cass. 19 sept. 1986, *Pas.* 1987. I. 36 ; Cass. 23 mai 1965, *J.T.* 1986. 705 ; Cass. 13 janv. 1986, *R.W.* 1985-86, col. 25-54 et les concl. de l'avocat général Leynaerts.

89. Concl. de l'avocat général Piret, avant Cass. 29 mai 1985, *Pas.* 1985. I. 1224. Il faut éviter que le recours au principe général de droit n'entraîne pour effet de réduire le champ d'application de l'article 6 de la Convention (J. Verhoeven, « L'impartialité du juge disciplinaire et les droits de l'homme », note sous Cass. 23 mai 1985, *op. cit.* p. 354).

90. Cass. 11 juin 1986, *Jurisprudence de Liège*, 1986. 443, note J. H. ; Bruxelles, 11 sept. 1987, *J.L.M.B.* 1987. 1439.

Les *limitations* quant à elles résultent du champ d'application de l'article 6 qui concerne les décisions portant sur le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale ». Comme le texte ne distingue entre le bien-fondé de l'accusation en fait et en droit (*determination of any criminal charge*), la Cour de cassation qui en Belgique ne connaît pas du fond mais statue en droit n'est pas écartée de l'application de l'article 6. En revanche, tout en relevant de la « matière pénale », certaines procédures « échappent » ainsi, aux yeux de la jurisprudence européenne, aux garanties de l'article 6 : les procédures en révision, les procédures concernant les demandes de libération conditionnelle, les procédures en matière d'extradition, celles qui portent sur l'*exequatur* des décisions répressives étrangères et même les procédures de renvoi ou d'expulsion du territoire. Ces questions devraient être examinées cas par cas. En Belgique, les limitations qui sont fondées sur le critère du « bien-fondé d'une accusation en matière pénale » concernent les procédures en matière d'arrestation et de détention préventive<sup>91</sup>, les procédures devant les juridictions d'instruction lorsqu'elles statuent sur le règlement de la procédure ou renvoient l'inculpé devant la juridiction de jugement<sup>92</sup>, les procédures en matière d'*exequatur* d'un mandat d'arrêt décerné par une autorité judiciaire étrangère<sup>93</sup>, les procédures devant les juridictions de la jeunesse tendant à la protection judiciaire des mineurs ainsi que devant les commissions de défense sociale même lorsque celles-ci statuent sur une demande de mise en liberté d'un interné<sup>94</sup>. Cette limitation, en matière pénale, de l'application de l'article 6 aux juridictions de jugement restreint singulièrement l'espace des garanties prévues par la Convention ; elle nous semble à juste titre critiquée par la doctrine<sup>95</sup>. Les ouvertures que la jurisprudence européenne manifeste elle-même dans ces matières, et notamment en ce qui concerne l'instruction préparatoire<sup>96</sup>, devront tôt ou tard inspirer, sinon infléchir, les cours et tribunaux en Belgique.

## CONCLUSION

La notion européenne de tribunal indépendant et impartial, telle qu'elle est dégagée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a délibérément opté pour une interprétation extensive de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde a introduit en Belgique, non sans quelque résistance, deux idées qui nous semblent fondamentales en matière de justice pénale. D'une part, l'indépendance et l'impartialité sont des garanties qui doivent se réaliser concrètement. Plutôt que de poursuivre la distinction abstraite — et qui dans certains cas nous engage dans une casuistique inutile —

91. A. De Nauw, « L'application et l'interprétation de l'article 6, § 1<sup>er</sup> et 3, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale », *op. cit.* p. 300 et les réf. citées ; Cass. 24 juill. 1986, *Pas.* 1986. I. 690 ; Cass. 21 janv. 1987, *Rev. dr. pén. crim.* 1987. 384.

92. Cass. 13 nov. 1985, *Pas.* 1986. I. 167 ; Cass. 27 nov. 1985, *Pas.* 1986. I. 211.

93. Cass. 6 nov. 1985, *Pas.* 1986. I. 152.

94. Cass. 7 mars 1984, *Rev. dr. pén. crim.* 1984. 799 ; Cass. 17 sept. 1986, *J.T.* 1987. 69 ; Cass. 15 sept. 1982, *Rev. dr. pén. crim.* 1983. 135.

95. L. Vermeiren, « Het recht op informatie tijdens het strafrechtelijk vooronderzoek en de rechten van de mens », *R.W.* 1986-87, col. 2465-2472 ; F. Roggen, note sous Bruxelles, 7 nov. 1985, *J.T.* 1987. 27. Sur l'ensemble de ces limitations, V. A. De Nauw, « L'application et l'interprétation de l'article 6, § 1<sup>er</sup> et 3, de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale », *op. cit.* p. 302 à 305.

96. Commission européenne des droits de l'homme du 12 juill. 1984, affaire *Can*, § 48 ; arrêt *Lamy* du 29 mars 1990.

entre l'intention et la réalité, entre la vérité et la représentation, la notion d'apparence renvoie directement à la perception de ces garanties d'indépendance et d'impartialité par le justiciable qui est, en définitive, le principal acteur concerné. Reconnaître la légitimité de cette perception est précisément reconnaître à l'inculpé ou au prévenu sa qualité d'acteur et instituer les conditions idéales pour que son point de vue propre puisse être pris en compte. A ce titre, cette reconnaissance rentre dans le caractère juste de la décision prise<sup>97</sup>. D'autre part, la notion d'impartialité reçoit une signification propre, distincte sans doute du langage courant<sup>98</sup>, mais appropriée à la matière pénale : il s'agit de l'absence de préjugé ou de parti pris.

L'effet de cette doctrine pénètre progressivement en droit interne, même si elle crée incontestablement de nouvelles contraintes pour le pouvoir judiciaire. Ainsi, le respect absolu de l'incompatibilité des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement pose des problèmes pratiques dans des petits pays où le personnel judiciaire est limité et où les contraintes économiques pèsent lourdement sur l'Etat. Certes, il faut éviter comme le souligne l'avocat général Velu « de verser, au nom d'une conception objective de l'impartialité du juge, dans des thèses rigides et formalistes qui n'aboutiraient en fin de compte qu'à bouleverser le système judiciaire de l'Etat sans pour autant de manière concrète améliorer sensiblement la bonne administration de la justice »<sup>99</sup> ; mais il faut de la même manière éviter de se protéger des remises en question portant sur son système et ses pratiques confrontés au regard extérieur de celui qui les vit et, de ce fait, les juge. La justice pénale a tout à gagner et rien à perdre à s'ouvrir aux garanties les plus larges en faveur des justiciables et toute résistance à cet égard peut, pour reprendre les termes utilisés en matière d'impartialité, créer une « suspicion légitime ». Dans cette perspective, nous pensons que les limitations du champ d'application de l'article 6 en droit belge doivent être revues et repensées.

La question de l'instruction est significative à cet égard. Elle permet de pointer le danger d'un discours formel, discours qui peut aisément être transposé à d'autres matières. Au niveau de l'instruction préparatoire, et particulièrement de l'inculpation, il y a sans aucun doute un pré-jugement qui s'opère. A cet égard, il est peu réaliste de soutenir que la phase préalable n'est pas décisive quant au fond. La loi peut prétendre que l'inculpé est présumé innocent mais la justice fait de lui un coupable présumé. Les conclusions de l'instruction influençant de manière certaine la juridiction de fond. C'est par rapport à la réalité du processus pénal et non par rapport à une construction juridique formelle qu'il importe d'apprécier et de reconnaître les garanties du procès équitable.

97. Sur cette problématique, V. *Acteur social et délinquance*, en hommage à Christian Debuyst, Bruxelles, Mardaga, 1989. « Pour nous, écrit Christian Debuyst, le terme d'acteur social signifie que le sujet est à la fois à même de faire valoir son point de vue et de voir l'éventuelle légitimité du point de vue de l'autre. Nous ne nous trouvons jamais devant une situation qui s'applique automatiquement ni devant une opération conditionnante. Une telle attitude repose sur le fait que l'expérience morale ou éthique fondamentale est le passage d'une position dans laquelle un sujet ou un groupe se trouve enfermé dans son point de vue ou dans sa représentation propre des valeurs à une position où il devient capable de tenir compte du point de vue de l'autre et de ce que son attachement à des valeurs propres est dans une certaine mesure problématique ».

98. E. Krings, « Considérations critiques pour un anniversaire », *J.T.* 1987. 547.

99. Concl. avant Cass. 4 avr. 1984, *Rev. dr. pén. crim.* 1984. 712.

# La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français

Jean PRADEL

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers  
Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers*

1. L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose notamment que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... par un tribunal indépendant et impartial »... Cette règle est classique et essentielle. Classique puisqu'elle aura été affirmée à la fois avant la Convention de 1950<sup>1</sup> et après<sup>2</sup>. Essentielle pour le droit français puisque, faut-il le rappeler, encore, la Constitution est incorporée et constitue l'une de ses sources principales, supérieure à la loi elle-même en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958 selon lequel les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont une autorité supérieure aux lois<sup>3</sup>.

2. Il apparaît donc absolument nécessaire de savoir exactement ce que l'on doit entendre par « tribunal indépendant et impartial ».

Le terme « tribunal » ne soulève guère d'hésitations : il évoque la juridiction de jugement appelée à statuer sur la poursuite, qu'elle prononce l'acquiescement ou la condamnation, qu'elle statue immédiatement ou, après une première décision, ultérieurement. La décision peut encore porter sur l'interprétation d'un premier jugement ou sur un incident d'exécution comme la révocation d'un sursis préalablement accordé, voire sur la confusion entre deux peines. La tradition historique confirme d'ailleurs cette interprétation du mot « tribunal » puisque les Déclarations américaines des droits, écrites à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, visent le jury qui, à l'évidence, est un organe de jugement. De la sorte, les autorités judiciaires qui interviennent en amont de la juridiction de jugement ne sont pas des tribunaux<sup>4</sup>. Il en résulte que l'exigence d'impartialité inscrite à l'article 6-1 de la Convention européenne ne concerne pas les juridictions d'instruction<sup>5</sup>.

1. Notamment par diverses Déclarations américaines des droits : ainsi celle de Virginie (juin 1776) affirme que tout homme a le droit d'exiger une procédure « par un juré impartial de son voisinage » (art. X), V. S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 496.

2. Charte canadienne des droits et libertés de 1982, dont l'article 11 *d*) rappelle que « tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable ... par un tribunal indépendant et impartial »...

3. Sur la position des divers droits européens à l'égard de la Convention, V. M. Delmas-Marty et autres, *Raisonner la raison d'Etat, Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989, p. 506 et s.

4. Même si l'on parle parfois, pour désigner la juridiction qui statue sur la liberté de l'inculpé de « tribunal de la liberté », expression que n'a d'ailleurs jamais encore consacré le droit français.

5. Crim. 14 juin 1984, *Bull. crim.* n° 219, le magistrat ayant présidé une chambre d'accusation à l'occasion d'arrêts sur la détention provisoire d'un inculpé est habilité à en assurer la présidence lors de l'arrêt de renvoi de cet inculpé devant la juridiction de jugement ; 14 mars 1988, *Bull. crim.* n° 122, rien n'interdit à un même magistrat du premier ou de second degré de participer à l'ensemble des actes d'instruction intéressant la même procédure.

Plus délicate est la condition d'indépendance et d'impartialité que doit remplir la juridiction de jugement. Si les rédacteurs de l'article 6-1 ont utilisé deux mots, on peut penser qu'ils ont voulu introduire deux idées différentes, même si elles sont proches. Précisons les choses. L'indépendance, peut-on dire, est la qualité d'une personne ou d'une institution qui ne reçoit d'ordres, ou même de suggestions, d'aucune sorte, qui est donc seule à prendre les décisions qu'elle prend (premier élément) et qui en outre n'a pas à rendre compte puisque rendre compte évoque la critique (second élément). Le vocabulaire juridique note que le mot indépendance vient de deux mots latins — *in* et *dependere* — qui, à eux deux, signifient absence de subordination<sup>6</sup>. L'impartialité, de son côté, est la qualité de celui qui statue selon sa conscience, en tenant la balance égale entre accusation et défense, en n'avantageant aucune des deux au détriment de l'autre ou, s'agissant de la défense, en ne faisant pas une meilleure part à l'un des prévenu ou accusé au préjudice des autres : l'impartialité est égalité, équité, justice. En somme, l'indépendance suppose l'absence de lien de subordination, donc de lien avec un tiers, alors que l'impartialité s'analyse uniquement à partir de celui qui agit, donc sans référence à un lien avec un tiers. Il n'en reste pas moins que les deux termes d'indépendance et d'impartialité sont très proches puisqu'une juridiction de jugement indépendante, n'étant pas sujette à des influences extérieures, aura toutes chances de se montrer impartiale. Ainsi, la qualité requise du « tribunal » par l'article 6-1 de la Convention européenne est sa totale liberté de décision et, par voie de conséquence, sa production d'une justice équitable. Et il apparaît alors que le mot d'indépendance est le plus important des deux, l'impartialité n'en constituant que la conséquence.

3. Si les trois mots « tribunal », « indépendant » et « impartial » sont ainsi définis, on voit encore mal ce qui peut porter atteinte à l'indépendance ou à l'impartialité du tribunal. Pour le savoir, il faut raisonner de façon concrète.

Pour qu'une juridiction soit libre et indépendante, il importe d'abord qu'elle ne se trouve pas sous la coupe des justiciables. En pratique, cette juridiction doit n'être pas tenue de déférer aux demandes des parties, n'a pas à être responsable devant ces parties de ses décisions, auraient-elles été mal fondées, n'a pas à rendre compte devant l'opinion de ses décisions<sup>7</sup>. Ce qui peut aussi atteindre l'indépendance et l'impartialité, ce sont des liens particuliers, psychologiques, sociaux ou économiques, unissant (ou opposant) le juge à une partie. De là une procédure spéciale, la récusation, qui permet à une partie de demander l'exclusion de tel juge « parce qu'elle a des raisons de suspecter sa personnalité à son égard »<sup>8</sup>, ces raisons devant correspondre à une liste de cas prévus par le code de procédure pénale : garantie ou alliance entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint, communauté ou contradiction d'intérêts entre juge ou conjoint et partie ou conjoint, dépendance du juge ou de son conjoint vis-à-vis d'une partie ... et plus généralement manifestation entre juge et partie assez grave pour faire suspecter l'impartialité du premier (art. 668 c. pr. pén.)<sup>9</sup>. Enfin l'indépendance et l'impartialité du juge peuvent être entamées par un climat local malsain. Mais il s'agit alors de l'indépendance non plus de tel juge précis, comme dans le

6. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1987, v° *Indépendance*, p. 410.

7. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, II. Procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd. 1989, n° 203 où les règles concernent le juge d'instruction, mais peuvent être transposées aux juridictions de jugement.

8. *Lexique de termes juridiques*, 8<sup>e</sup> éd. 1990, v° *Récusation*, p. 412-413.

9. Sur la récusation, V. R. Merle et A. Vitu, préc. n° 564 ; A. Chavanon, *Rép. pén. v° Récusation*.

cas précédent, mais de la juridiction de jugement toute entière. A ces situations, il est remédié par la mise en oeuvre de la procédure de renvoi qui permet de renvoyer le jugement de l'affaire à une juridiction autre<sup>10</sup>. Toutes ces institutions sont parfaitement connues, sont en fait peu appliquées et génèrent donc un contentieux réduit au cours duquel d'ailleurs l'article 6-1 de la Convention n'est pas invoqué. Il n'en sera donc plus question dans cette étude.

L'indépendance d'une juridiction de jugement peut en second lieu être atteinte par des liens qu'elle entretient avec le gouvernement. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faut consacrer l'inamovibilité des juges, un avancement de ceux-ci qui ne soit pas guidé par des considérations de politique gouvernementale, enfin l'exclusion de toute pression. C'est pourquoi l'article 130 du code pénal frappe de la dégradation civique les préfets, sous-préfets, maires et autres administrateurs qui « se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif ... ou qui se seront ingérés de prendre des arrêtés généraux tendant à intimor des ordres ou des défenses quelconques à des cours et tribunaux ». Là encore, il n'y a pas lieu d'insister. Tout ce qui touche au statut des juges dépasse largement le cadre de l'article 6-1 de la Convention, s'agissant d'une question politiquement sensible<sup>11</sup>. Quant à l'article 130 du code pénal il n'a pas donné lieu à une seule application depuis 1810, n'ayant que peu d'intérêt aujourd'hui et apparaissant simplement comme la survivance du principe révolutionnaire de séparation des pouvoirs et de garantie du fonctionnement des institutions, ce qui à l'époque était « la préoccupation dominante »<sup>12</sup> au point que le code de 1791 comportait 43 incriminations de ce type, près du quart des infractions pénales ayant pour auteur un agent public<sup>13</sup>.

4. Enfin, l'indépendance et donc l'impartialité d'une juridiction de jugement peuvent être amoindries par le fait que ses membres ont déjà connu de l'affaire à un autre titre. Un procès pénal est une longue suite d'actes divers — de poursuite, d'instruction, de mise en détention, de jugement et d'exécution de celui-ci — de sorte que se pose un problème capital : ces diverses fonctions procédurales peuvent-elles être accomplies par le même magistrat (principe de confusion) ou doivent-elles l'être par des magistrats différents (principe de séparation)<sup>14</sup>. Il saute de suite aux yeux que le principe de confusion défend mal l'indépendance puisque le magistrat appelé à juger aura déjà une idée de la culpabilité, une idée qu'il s'est forgée lors de la phase préparatoire du procès<sup>15</sup> ou au cours de la phase de jugement dans le cadre d'un acte préalable à la décision au fond. On peut donc, dans l'abstrait, penser qu'un juge qui aurait déjà connu de l'affaire avant de statuer au fond ne serait ni indépendant ni impartial au sens de l'article 6-1 de la Convention. Et le dire

10. Du renvoi, il existe deux modalités principales, la suspicion légitime qui existe notamment lorsque des passions locales peuvent influencer *in favorem* ou *in defavorem* la juridiction, et la sûreté publique qui risque d'être atteinte par des troubles ou manifestations motivées par le procès (art. 662 et s. c. pr. pén.). Sur le renvoi, V. R. Merle et A. Vitu, *préc.* n° 565.

11. Sur les relations du juge et du pouvoir politique, V. les travaux du Centre de science politique de Nice, 7<sup>e</sup> session, 1960, publiés dans un ouvrage intitulé *La Justice*, (interventions Eisenmann, Fabre, Lavau et Waline).

12. P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Hachette, 1989, p. 77.

13. *Ibid.* p. 161.

14. Nous ne parlons ici que du procès pénal car on peut imaginer que le juge pénal ait déjà statué « au civil ».

15. C'est pourquoi le législateur français a toujours adopté le principe de la séparation des fonctions. C'était déjà vrai en 1808, même si lors des travaux préparatoires il y eut des hésitations, V. A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, p. 529 et s. ; R. Vouin, « Le projet de réforme du code d'instruction criminelle », D. 1950. 37, 2<sup>e</sup> colonne. C'est encore vrai avec le code de procédure pénale de 1959.

présente un intérêt pratique certain puisque les hypothèses dans lesquelles le même magistrat risque d'apparaître plusieurs fois dans le cours d'une même affaire sont nombreuses. Elles le sont à cause de plusieurs facteurs : multiplicité des fonctions, les rédacteurs du code de procédure pénale ayant ajouté l'application des peines ; existence d'assez nombreuses cours d'appel modestes géographiquement et donc par leurs effectifs de sorte que la tentation est grande (sinon la nécessité) de faire appel plusieurs fois au même magistrat<sup>16</sup> ; avancement des magistrats plus rapide que le temps mis pour régler une affaire de sorte qu'un magistrat ayant connu d'une affaire à son début peut la retrouver ultérieurement lorsqu'il aura eu de l'avancement, accomplissant alors d'autres fonctions. Et ces facteurs débouchent sur un contentieux fréquent tenu de la tendance actuelle de nombreux plaideurs à soulever une nullité fondée sur une violation du principe d'indépendance et d'impartialité formulé à l'article 6-1 de la Convention<sup>17</sup>.

5. La question à résoudre est donc celle-ci : y a-t-il violation de l'article 6-1 de la Convention — sur la nécessaire indépendance et impartialité de la juridiction de jugement — lorsque les magistrats composant celle-ci ont, au moment où ils statuent au fond, déjà rempli une fonction au cours de la procédure préparatoire à la phase de jugement ou au cours de cette phase ? Ainsi convient-il de considérer tour à tour la fonction de jugement et les fonctions antérieures à la phase de jugement (I), puis la fonction de jugement et les fonctions contemporaines de la phase de jugement (II).

## I. — FONCTION DE JUGEMENT ET FONCTIONS ANTERIEURES A LA PHASE DE JUGEMENT

6. Deux séries de cas de figure, d'inégal intérêt, peuvent se présenter : le juge faisant partie d'une juridiction pénale de jugement a déjà connu de l'affaire soit comme juge civil, soit comme magistrat pénal.

*Premier cas : le juge pénal a déjà connu de l'affaire comme juge civil.* Les juridictions judiciaires statuant à la fois en matière civile et en matière pénale, et les magistrats étant normalement non spécialisés<sup>18</sup>, il advient qu'après avoir participé à une décision de nature civile un juge compose le tribunal correctionnel par exemple. La décision pénale à laquelle il a participé est-elle nulle comme prise en violation de l'article 6-1 de la Convention ? Par deux fois récemment, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu par la négative. Dans la première, un magistrat avait statué en référé dans un litige civil opposant un syndicat de chirurgiens dentistes à une personne qui sera ultérieurement poursuivie pour exercice illégal de la profession de chirurgien dentiste. A l'occasion de cette poursuite, le magistrat ayant rendu une ordonnance sur référé fait partie de la juridiction correctionnelle. Condamné, le prévenu forme un pourvoi en invoquant une violation de l'article 6-1. Mais la Chambre criminelle le déboute en affirmant que « la circonstance que l'un des magistrats composant la juridiction correc-

16. Par exemple les cours d'appel d'Agen, Bastia, Chambéry, Fort-de-France, Nouméa et La Réunion.

17. Depuis quelques années le nombre de pourvoi fondés sur une violation de la Convention européenne devient de plus en plus important.

18. Il est courant que dans les tribunaux de grande instance d'importance moyenne un juge d'instruction ou un juge de l'application des peines siège au tribunal civil. Pourtant, certains auteurs rêvent d'une spécialisation complète. V. J. Vérin, « Pour une réforme d'ensemble de la justice pénale », cette *Revue*, 1971.167 et s.

tionnelle ait précédemment statué en qualité de juge des référés ... n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité énoncée par l'article 6-1 »...<sup>19</sup>. Cette jurisprudence se justifie par deux raisons de droit<sup>20</sup> : 1) la décision du juge des référés n'a qu'un caractère provisoire, ne préjugant pas au fond, de sorte que le juge statuant au pénal n'est pas prisonnier de sa précédente décision ; 2° la décision de référé et la décision pénale ne font pas partie de la même affaire<sup>21</sup>. L'année suivante, la Chambre criminelle a raisonné identiquement dans une espèce où les trois juges du tribunal correctionnel saisi d'une poursuite pour enlèvement de mineur contre X avaient auparavant statué sur une instance civile en transfert d'autorité parentale diligentée par celui-ci : elle a repris le même attendu de principe<sup>22</sup> et l'on peut dire que là encore, il y avait deux affaires distinctes. Il est essentiel de le rappeler car il apparaît que le défaut d'indépendance et d'impartialité existe quand la dernière décision porte sur la même affaire que la première. Il est raisonnable de penser qu'on va retrouver cette idée lorsque l'affaire est toute entière pénale.

*Second cas : le juge pénal a déjà connu de l'affaire comme magistrat chargé de l'une des fonctions qui s'exerce au cours de la phase préparatoire du procès pénal.* Concrètement il a participé à la poursuite ou à l'instruction. Peut-il juger ? Notre droit y est hostile dans l'ensemble, mais plus ou moins selon les cas. Si les magistrats du parquet sont totalement exclus de la fonction de jugement, ceux de l'instruction ne le sont que partiellement.

#### A. — Exclusion totale des magistrats chargés de la poursuite

Absolu est le principe de l'exclusion des parquets de la juridiction de jugement. Mais ce principe doit être bien délimité.

7. 1) Le principe séparatiste est traditionnel dans notre droit, remontant à une période de beaucoup antérieure à l'irruption de la Convention dans notre droit. Déjà sous l'empire du code d'instruction criminelle, la Cour de cassation décidait « qu'il est de principe que les fonctions d'officier du ministère public et celles de juge sont essentiellement distinctes l'une de l'autre et qu'il existe entre elles dans la même affaire une incompatibilité absolue »<sup>23</sup>.

Un peu plus précis que leurs devanciers, les rédacteurs du code de procédure pénale ont décidé que « ne peuvent faire partie de la cour (d'assises), en qualité de président ou d'assesseur, les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour, ont soit fait un acte de poursuite ... » (art. 253 c. pr. pén.). Sans doute le législateur n'a-t-il statué que dans un cas particulier. Mais la jurisprudence n'a pas hésité à généraliser la règle d'incompatibilité en rappelant que l'article 253 contient « une règle générale »<sup>24</sup>. Belle application du principe de l'interprétation analogique qui joue couramment en procédure pé-

19. Crim. 16 juin 1988, D. 1988. somm. 361 et obs.

20. Outre une raison de fait : il faut éviter de paralyser l'exercice de la justice correctionnelle dans les tribunaux peu importants.

21. Le premier procès clos, le second aurait très bien pu ne pas s'ouvrir.

22. Crim. 6 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 46. V. aussi Crim. 19 avr. 1983, *Bull. crim.* n° 110, rien n'interdit à un juge ayant rendu une décision civile sur la garde d'un mineur de faire ensuite partie de la juridiction correctionnelle qui sanctionne l'infraction constituée par l'observation des dispositions prévues par ladite décision.

23. Crim. 20 nov. 1925, *Bull. crim.* n° 313, où un parquetier avait cité une personne devant le juge de paix, puis avait présidé l'audience ; 11 juill. 1928, *Bull. crim.* n° 209, où un parquetier lançant la poursuite avait ensuite composé la chambre des appels correctionnels. Le premier arrêt affirmant la règle (mais pas la formule) est Crim. 13 sept. 1827, *Bull. crim.* n° 237.

24. Crim. 15 mars 1960, *Bull. crim.* n° 148.

nale<sup>25</sup>. On peut citer trois arrêts qui étendent ainsi le principe séparatiste à des hypothèses non prévues par l'article 253. C'est d'abord une décision de 1960 : un magistrat avait, en qualité de substitut du procureur général, pris des réquisitions, puis, à la faveur d'un avancement, avait été nommé président de chambre d'accusation et amené ainsi à juger une affaire dont il avait déjà connu. Un tel cumul est impossible pour la Cour de cassation « alors qu'il est de maxime constante en France que les fonctions de ministère public sont incompatibles avec celles de juge, cette incompatibilité résultant de la nature de ces fonctions et du principe qui ne permet pas qu'un magistrat puisse être, dans la même affaire, juge et partie poursuivante »<sup>26</sup>. C'est ensuite un arrêt de 1979 où un parquetier, après avoir signé un réquisitoire définitif, avait fait partie de la juridiction de jugement<sup>27</sup>. Un dernier arrêt, de 1986, est identique à ceci près que le magistrat du parquet avait signé le réquisitoire définitif<sup>28</sup>.

Cette jurisprudence se comprend parfaitement. La Cour européenne des droits de l'homme a pareillement statué dans une affaire belge où un magistrat du parquet avait continué à connaître de la même affaire comme président de la cour d'assises<sup>29</sup>. Elle avait très bien posé le problème en définissant l'impartialité comme « l'absence de préjugé ou de parti pris ».

8. 2) Parfaitement fondé, le principe séparatiste doit être cependant bien délimité. Puisque ce principe se fonde sur le risque de partialité des juges, il n'y a plus de raison de l'appliquer lorsque ce risque ne peut absolument pas exister. De là on peut déduire que, si le juge n'a pas personnellement traité une affaire lorsqu'il était magistrat du parquet, il ne sera pas écarté. Imaginons qu'un substitut du procureur ouvre une information. Rien n'interdira qu'ultérieurement ce procureur juge cette affaire<sup>30</sup>. On ne saurait invoquer à l'encontre de cette possibilité la règle de l'indivisibilité du parquet, cette règle signifiant uniquement que tous les membres d'un même parquet forment un ensemble en sorte que l'acte accompli par l'un d'eux l'est au nom du parquet tout entier<sup>31</sup>. Cette règle est donc étrangère à la question du cumul.

La situation est plus nuancée dans le cas des magistrats chargés de l'instruction.

## B. — Exclusion partielle des magistrats chargés de l'instruction

Le principe de l'exclusion prévaut encore. Mais il n'est plus absolu, il est parfois entamé par de véritables exceptions.

9. 1) Les articles 49 alinéa 2 et 253 du code de procédure pénale affirment avec force l'impossibilité pour un magistrat instructeur de juger au fond. Selon le premier texte, le juge d'instruction « ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction ». Et selon le second, « ne peuvent faire partie de la cour (d'assises), en qualité de président ou d'assesseur, les magistrats qui, dans

25. Et dont on peut donner bien des exemples, V. par ex. Crim. 12 nov. 1981, *Bull. crim.* n° 302 affirmant que l'art. 302 c. pr. pén. énumérant les cas de connexité n'est pas limitatif.

26. Crim. 15 mars 1960, préc.

27. Crim. 29 oct. 1979, *Bull. crim.* n° 296.

28. Crim. 7 janv. 1986, D. 1987. 237 et la note.

29. Cour européenne, 1<sup>er</sup> oct. 1982, affaire *Piersack*.

30. Crim. 17 déc. 1964, *Bull. crim.* n° 342, J.C.P. 1965. II. 14042, note Combaldieu.

31. R. Merle et A. Vitu, préc. n° 188.

l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte ... d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé ». Ce sont donc tous les magistrats de l'instruction — juges d'instruction et membres de la chambre d'accusation — qui se voient exclus du jugement. Il importe cependant d'examiner la jurisprudence car des hésitations apparaissent à la lecture de ces deux articles<sup>32</sup>.

10. a) Le cas du juge d'instruction est réglé principalement par l'article 49 alinéa 2 du code de procédure pénale<sup>33</sup>. Ce texte a suscité une jurisprudence abondante que l'on peut résumer ainsi : l'exclusion du juge d'instruction suppose à la fois, selon elle, que ce magistrat ait fait au cours de l'instruction un acte lui permettant de se faire une opinion sur la culpabilité (première condition) et que sa participation au jugement porte sur le fond de la poursuite (deuxième condition). Les applications sont multiples. Au titre de la première condition, le cumul est interdit quand le juge a délivré un mandat de justice, a notifié une inculpation<sup>34</sup>, a procédé à un interrogatoire ou à un transport sur les lieux, a signé une commission rogatoire ; au contraire, le cumul est possible si le juge n'a fait au cours de l'instruction qu'un acte d'administration judiciaire comme la réception du serment d'un expert, la demande du casier judiciaire de l'inculpé ou la notice de renseignements le concernant. Au titre de la seconde condition, le juge ne peut participer à la décision de condamnation ni siéger à la chambre d'accusation saisie d'une demande de confusion de peines parmi lesquelles figure une peine prononcée par une condamnation consécutive à une procédure qu'il a instruite<sup>35</sup> ; en revanche, le cumul est permis si le juge d'instruction s'est ultérieurement borné à participer à un jugement avant dire droit ou lorsqu'il a seulement procédé à l'interrogatoire de l'article 272 du code de procédure pénale auquel, rappelons-le, l'accusé est soumis entre l'arrêt le renvoyant aux assises et sa comparution devant ces dernières ; de même un juge d'instruction peut participer, après jugement de condamnation, au jugement de la requête de dispense de révocation du sursis présentée par le condamné en application de l'article 735 du code de procédure pénale<sup>36</sup>.

Le cas du juge d'instruction est régi subsidiairement par l'article 253 du code de procédure pénale. La remarque étonne parfois car la lecture de cet article fait penser avant tout aux magistrats de la chambre d'accusation. Pourtant, l'emploi des termes « magistrats » et « instruction » démontre que l'article 253 intéresse aussi le juge d'instruction, à la condition évidente que la juridiction de jugement soit la cour d'assises. Justement la Chambre criminelle veille à ce que le juge d'instruction soit exclu de la cour d'assises dès qu'il a fait un acte d'instruction<sup>37</sup> ou un acte de juridiction<sup>38</sup>.

Interdire au juge d'instruction de faire partie de la juridiction de jugement est raisonnable. Le risque de partialité, évoqué à propos des magistrats du parquet, se retrouve ici. Même si le magistrat instructeur n'est pas l'adversaire-

32. Par exemple rien n'est dit sur le point de savoir si un magistrat de la chambre d'accusation peut ensuite faire partie de la chambre des appels correctionnels.

33. Qui reprend l'article 1 de la loi du 8 déc. 1897, laquelle a réglé une question qui était discutée en jurisprudence, V. note au D. 1987. 239, 2<sup>e</sup> col. *Ad. J. Pradel, L'instruction préparatoire*, 1990, n<sup>os</sup> 66 et s.

34. Crim. 18 mai 1976, *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 168.

35. Crim. 21 sept. 1989, *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 325.

36. Crim. 19 janv. 1983, *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 23, D. 1983. I.R. 195, cette *Revue*, 1983.686, obs. J. Robert.

37. Crim. 26 mai 1981, *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 170.

38. Crim. 18 mars 1982, *Bull. crim.* n<sup>o</sup> 79, où le juge d'instruction avait statué sur la liberté de l'inculpé.

re de la personne poursuivie — puisqu'il instruit à décharge autant qu'à charge — il a forcément une idée sur la culpabilité. Il n'est pas sérieux de dire que le juge d'instruction ne statue que sur des charges alors que la juridiction de jugement ne condamne que sur des preuves. Les deux notions en effet sont proches et, en application de la règle de l'intime conviction, rien n'empêche les juges du fond de considérer comme des preuves convaincantes des éléments que le juge d'instruction avait qualifiés de charges (et qu'il ne pouvait pas qualifier autrement). Comme l'avait indiqué le sénateur poitevin Léopold Thézard lors des travaux préparatoires de la loi du 8 décembre 1897, ancêtre de notre article 49 du code de procédure pénale, « le juge d'instruction, par le seul fait qu'il a préparé l'affaire et décidé le renvoi du prévenu devant le tribunal, a nécessairement sa conviction faite à l'avance ; il apporte donc au jugement une idée préconçue »<sup>39</sup>. Il n'y a donc pas le moindre doute qu'en application de l'article 6-1 de la Convention européenne, le juge d'instruction doit être exclu, même si les arrêts qui l'excluent ne visent que les articles 49 et 253 du code de procédure pénale le plus souvent<sup>40</sup>. On peut donc s'étonner qu'en doctrine se maintienne un courant — minoritaire il est vrai — en faveur du cumul de la fonction d'instruction et de la fonction de jugement. Il est vrai que cette doctrine est assez ancienne et qu'elle s'est développée avant le surgissement du droit européen<sup>41</sup>, lequel du reste consacre pleinement le principe séparatiste lui aussi, et directement sur la base de l'article 6-1 de la Convention<sup>42</sup>.

11. b) De même, les magistrats de la chambre d'accusation ne peuvent siéger en jugement, que ce soit en cour d'assises (art. 253 c. pr. pén.) ou au sein de la chambre des appels correctionnels lorsqu'ils ont statué sur les charges. Dans le cas de la chambre des appels correctionnels, la règle du non-cumul résulte de la jurisprudence qui du reste affirme sans justifier<sup>43</sup>. Pourtant naguère la Chambre criminelle avait autorisé le cumul : c'était sous l'empire de l'article 257 du code d'instruction criminelle qui évoquait notre article 253 du code de procédure pénale<sup>44</sup>. Et même plus récemment, la Chambre criminelle n'avait point cassé un arrêt d'une chambre des appels correctionnels dont l'un des membres avait auparavant siégé comme membre d'une chambre d'accusation ayant rendu un arrêt ordonnant une expertise<sup>45</sup>. Elle est même allée jusqu'à admettre la désignation par le premier président du président de la chambre d'accusation comme président de la chambre des appels correctionnels<sup>46</sup> : il y a là un préjugé en faveur du cumul puisque, en raison de la pénurie de magistrats, les magistrats de la Chambre criminelle ne pouvaient ignorer que ce magistrat pourrait connaître à deux reprises de la même affaire.

Heureusement que la Chambre criminelle décide maintenant avec netteté que le cumul est impossible<sup>47</sup>. Malgré le silence de l'article 253 il est indé-

39. Rapport au Sénat, 25 nov. 1895, *J.O. Doc. parl. session extraordinaire*, n° 22, p. 8.

40. Il est une autre façon de justifier l'interdiction du cumul : en disant qu'intégrer le juge d'instruction à la formation de jugement revient à méconnaître l'équilibre voulu par le législateur entre phase préparatoire et phase décisive, en donnant une part excessive à la première. Au vrai, l'analyse n'est guère différente puisque les juges de jugement autres que le juge d'instruction perdraient de leur liberté et de leur indépendance à cause de la présence du magistrat instructeur tout puissant puisqu'au courant du dossier contrairement à ses collègues.

41. J. Vérin, préc. ; F. Clerc, obs. *Rev. pén. suisse*, 1983, 431.

42. Cour européenne, 26 oct. 1984, affaire *De Cubber*.

43. Crim. 11 mars 1986, *Bull. crim.* n° 100, D. 1986. I.R. 302 et obs. ; 6 nov. 1986, D. 1987. 237 et la note.

44. Crim. 29 mai 1956, *Bull. crim.* n° 407 ; 20 juin 1957, *Bull. crim.* n° 518.

45. Crim. 6 mars 1969, *Bull. crim.* n° 112.

46. Crim. 27 sept. 1984, D. 1985. 371, note J.-M. Robert.

47. Crim. 21 mars 1986 et 6 nov. 1986, préc.

niable que le membre d'une chambre d'accusation, en participant à un arrêt de renvoi, a procédé à un examen du fond.

Des difficultés particulières apparaissent dans le cas d'un mineur inculpé d'un crime. On sait que le conseiller délégué à la protection de l'enfance siège comme membre de la chambre d'accusation en application de l'article 23 de l'ordonnance du 2 février 1945 sur les mineurs. Dès lors, il ne peut participer à la décision de la cour d'assises (en application de l'art. 253 c. pr. pén.) alors pourtant que, s'agissant d'un mineur, le principe séparatiste cesse d'être justifié. Aussi les praticiens ont-ils utilisé un subterfuge pour permettre à ce conseiller de faire partie de la cour d'assises des mineurs, en fait de la présider. Voici en quoi il consiste : ce conseiller spécialisé est « remplacé » par ordonnance du premier président par un autre conseiller qui siège alors à la chambre d'accusation<sup>48</sup> de sorte que le conseiller délégué, non encore « utilisé » peut présider les assises<sup>49</sup>. Voilà à quoi conduit le principe séparatiste dans un cas où son application n'est pas opportune. Le meilleur serait de renverser ici le principe en admettant que le conseiller spécialisé puisse à la fois siéger à la chambre d'accusation et présider la cour d'assises des mineurs.

12. 2) Précisément, le principe de séparation de l'instruction et du jugement comporte des exceptions, dont toutes ne sont d'ailleurs pas justifiées, loin s'en faut.

13. a) Une exception très justifiée intéresse le droit des mineurs. Selon l'article 8 alinéa 8 de l'ordonnance du 2 février 1945, le juge des enfants, son instruction close, peut soit renvoyer le mineur devant le tribunal pour enfants (dont il est le président), soit le juger lui-même en chambre du conseil. En somme, le juge des enfants statue au fond dans les deux cas.

Cette exception au principe séparatiste n'est contestée par personne. Elle s'explique par la considération que le mineur est jugé, suivant une expression classique, « pour ce qu'il est et non ce qu'il a fait ». Façon d'exprimer l'idée que la justice des mineurs met l'accent sur la personnalité du prévenu plus que sur ses agissements (qui ne sont que la manifestation de cette personnalité). L'idée d'une prévention, d'un parti pris du juge des enfants à l'égard du mineur ne se conçoit donc pas, au moins en principe<sup>50</sup>. On peut présenter une justification du cumul autrement en disant que le juge des enfants est le magistrat qui connaît le mieux le mineur et qu'il ne faut pas, lors du jugement, se priver de ses lumières, d'autant que la sentence est dictée davantage par la psychologie du mineur que par son infraction.

14. b) Il est en revanche d'autres cas où notre droit est plus contestable quand il retient le système du cumul. On en citera deux.

Le premier est relatif à la liberté de l'inculpé : un magistrat de la chambre d'accusation qui a participé à un arrêt sur la liberté de l'inculpé peut ultérieurement faire partie de la chambre des appels correctionnels. Là-dessus, la jurisprudence est considérable<sup>51</sup>. Et sa motivation est toujours la même : le

48. En application de l'art. 6 de l'ord. n° 58-1274 du 22 déc. 1958.

49. Tallinaud, *Le conseiller délégué à la protection de l'enfance*, Rapport annuel de l'Education surveillée, 1965, p. 260. L'auteur signale une pratique poitevine. Nous ignorons si d'autres cours d'appel utilisent ce même subterfuge.

50. Beaucoup d'auteurs invoquent le caractère « paternel » de l'institution du juge des enfants.

51. Crim. 12 déc. 1974, *Bull. crim.* n° 368 ; 9 oct. 1979, *Bull. crim.* n° 275 ; 20 déc. 1984, D. 1985. 541 et la note ; 11 juin 1985, *Bull. crim.* n° 226 ; 17 déc. 1985, D. 1986. I.R. 301 et obs. ; 6 nov. 1986, D. 1987. 237 et la note.

cumul n'est interdit par aucun texte, l'article 253 du code de procédure pénale n'intéressant que la cour d'assises, ne visant d'ailleurs pas expressément les arrêts sur la liberté et devant être interprété de façon stricte ; en outre ce cumul n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité énoncée par l'article 6-1 de la Convention européenne<sup>52</sup>. Cette position encourt la plus extrême critique. D'une part, la chambre criminelle interdit le cumul lorsque le membre de la chambre d'accusation devait se retrouver à la cour d'assises<sup>53</sup>. En somme la question du cumul, qui est une question de principe, est résolue de façon différente selon la nature de la juridiction de jugement. Même si la gravité des faits n'est pas la même<sup>54</sup>, la question dans son essence reste identique et il ne fallait donc pas distinguer. D'autre part, il est raisonnable d'admettre que le cumul peut entraîner une certaine partialité. Il faut bien rappeler en effet que les magistrats de la chambre d'accusation, en statuant sur la liberté, abordent nécessairement le fond. C'est d'ailleurs ce que reconnaît le droit positif : non seulement notre jurisprudence<sup>55</sup>, mais aussi l'article 5-1 de la Convention qui subordonne l'arrestation et la détention préalable à la condition « qu'il y ait des raisons plausibles de soupçonner que l'intéressé a commis une infraction »<sup>56</sup>.

On peut considérer comme un autre exemple de cumul la jurisprudence sur le non-lieu partiel. Voici un non-lieu rendu par un juge d'instruction. Appel de la partie civile. La chambre d'accusation décide non-lieu pour certains faits et renvoie pour d'autres. Un membre de la chambre d'accusation ayant participé à cet arrêt peut-il faire partie ultérieurement de la chambre des appels correctionnels ? Oui dit la Chambre criminelle<sup>57</sup>. A ses yeux un tel cumul n'est contraire ni à l'article 49 alinéa 2 du code de procédure pénale, qui est d'interprétation stricte, ni à l'exigence d'impartialité énoncée à l'article 6 de la Convention européenne, ni au droit français. A raisonner strictement, cette jurisprudence se comprend : le même magistrat, connaissant successivement de faits différents, le problème de cumul ne se pose pas. Cette défense de la jurisprudence nous paraît pourtant spécieuse car un dossier constitue souvent un tout et si le principe séparatiste peut être méconnu, c'est à la condition que les faits non poursuivis devant la juridiction de jugement soient totalement distincts de ceux qui sont poursuivis devant elle. Il aurait été opportun que la Chambre criminelle le rappelât.

Malgré ces quelques exceptions, notre droit — légal et jurisprudentiel — est résolument séparatiste dans la première phase du procès, les magistrats qui ont fait oeuvre de poursuivant ou d'instructeur étant exclus de la scène où se

52. Les lois du 10 déc. 1985 (créant la chambre d'instruction) et 30 déc. 1987 (créant la chambre des demandes de mise en détention) avaient exclu toute incompatibilité entre la participation à ces chambres et la participation ultérieure au jugement de l'affaire au fond. Le législateur avait sans doute craint que les chambres qu'il créait ne pourraient pas fonctionner sans le cumul, notamment dans les petites juridictions. Mais on sait que la première loi fut abrogée par la seconde et la seconde par une troisième du 9 juill. 1989.

53. Crim. 12 oct. 1983, *Bull. crim.* n° 243, mais *contra* plus anciennement Crim. 28 mai 1968, *Bull. crim.* n° 175, D. 1968. 545, note Chapar, où le cumul avait été admis au motif que l'article 253 doit être interprété strictement.

54. Et encore, il ne faut pas oublier que la correctionnalisation s'appliquant différemment selon les ressorts, le même fait peut être renvoyé en cour d'assises ici et au tribunal correctionnel là.

55. Crim. 12 oct. 1983, *préc.*

56. Article que la Chambre criminelle considère comme devant s'appliquer à la phase préparatoire du procès : Crim. 6 mars 1986, D. 1986. 315, note Mayer. *Adde* W. Jeandidier, « Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et code de procédure pénale ou valse-hésitation de la Chambre criminelle », cette *Revue*, 1986.711, n° 12.

57. Crim. 20 déc. 1984, *Bull. crim.* n° 412, D. 1985. 541 et la note.

jouera le second acte. A ce deuxième acte il faut des hommes nouveaux. Notre droit respecte donc dans l'ensemble le message de la Convention européenne.

Toutefois, ce deuxième acte du drame judiciaire est lui-même très compliqué, fait de scènes multiples où apparaissent des acteurs n'ayant pas tous la même fonction de juger au fond. La question se pose alors de savoir si le même magistrat peut remplir la fonction de jugement et les fonctions accessoires à cette fonction mais quasiment contemporaine de celle-ci.

## II. — FONCTION DE JUGEMENT ET FONCTIONS CONTEMPORAINES DE LA PHASE DE JUGEMENT

15. La procédure suivie au cours de la phase décisive est complexe pour deux raisons : des incidents doivent être réglés avant que le juge puisse statuer au fond ; une fois la sentence rendue, son exécution est assurée par le juge de l'application des peines dont on doit se demander, dans notre optique, s'il peut être intégré à la juridiction de jugement<sup>58</sup>. Or ces incidents et ces suites sont considérés comme formant un tout avec le jugement sur le fond, un peu comme les diverses pierres d'un même mur. Le même magistrat peut donc participer à ces incidents au jugement sur le fond et à la gestion des suites de celui-ci. Même si la justification n'est pas toujours la même, la règle est presque constante. Voyons donc comment le juge statuant au fond est apte à participer à tous les incidents antérieurs à la décision, puis à gérer les suites de cette décision. En examinant ces deux aspects on se demandera s'il y a atteinte au principe d'indépendance formulé à l'article 6-1 de la Convention européenne.

### A. — *Aptitude d'un juge à participer aux incidents antérieurs à la décision*

16. Quels sont les incidents *lato sensu* qui peuvent se produire avant qu'il puisse être statué au fond ? On pourrait à première vue penser qu'il n'en existe pas puisque par hypothèse l'affaire est en état d'être jugée. Ce serait une erreur de le croire. Trois sortes de décisions peuvent être rendues avant le jugement au fond.

17. 1) Ce sont d'abord ce que la doctrine appelle les décisions sur incidents de procédure : jonction ou disjonction de dossiers, demande de mise en liberté d'un prévenu ou accusé, exceptions préjudicielles, incompétence, demande de nouvelles mesures d'instruction, nullités...<sup>59</sup>.

Ces incidents sont réglés par la juridiction saisie du problème de fond. Les magistrats qui la composent sont compétents à la fois pour trancher l'incident et pour statuer sur la prévention ensuite. Ce cumul a été formellement admis en jurisprudence pour les suppléments d'information que la juridiction de jugement peut toujours ordonner. La jurisprudence pose même deux règles complémentaires sur le cumul : d'abord celle que le magistrat du tribunal ou de la cour chargé d'un supplément d'information demeure capable de concourir à la décision au fond<sup>60</sup> ; ensuite celle que ce supplément doit

58. Il faut s'élever contre la thèse, assez classique, qui veut que la phase préparatoire du procès soit infiniment plus complexe que la phase décisive.

59. R. Merle et A. Vitu, préc. n° 652.

60. Crim. 27 janv. 1899, D. 1899. I. 240 ; 26 avr. 1900, *Bull. crim.* n° 158.

être fait par un des membres de la juridiction de jugement ayant concouru au jugement ou arrêt sur le fond<sup>61</sup> au point que la procédure serait nulle si les investigations complémentaires avaient été conduites par un organe autre, extérieur à la juridiction de jugement comme un juge d'instruction<sup>62</sup>. En somme, le cumul est non seulement possible, mais obligatoire. L'article 463 du code de procédure pénale le confirme du reste en décidant que « s'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement l'un de ses membres... ».

Le solution est la même pour les autres sortes d'incidents et elle n'a jamais soulevé la moindre difficulté en jurisprudence<sup>63</sup>.

Cette règle générale sur la consécration du cumul est utilisée par les auteurs favorables à l'idée que le juge d'instruction devrait pouvoir siéger au fond. Comment peut-on admettre, disent-ils, que le juge d'instruction soit exclu alors que le juge chargé d'un supplément d'information ne le soit pas alors que les deux procédures sont identiques et le sont même tellement que l'article 463 du code de procédure pénale sur le supplément d'information renvoie à de nombreux articles sur l'instruction préparatoire ? A vrai dire, les deux procédures diffèrent sur un point essentiel. Le supplément d'information, procédure assez rare en pratique, porte en fait sur un ou des points de détails oubliés lors de la phase préparatoire ou apparus après sa clôture, non sur une enquête d'ensemble<sup>64</sup>. Il serait donc inutile et compliqué de faire appel à un juge extérieur au tribunal dans ces conditions. La preuve en est que, si les investigations supplémentaires sont complexes, le tribunal — saisi dans le cadre de la comparution immédiate, procédure exclusive de toute instruction préparatoire — « peut... renvoyer le dossier au procureur de la République » (art. 397-2 al. 2 c. pr. pén.), lequel saisira, s'il l'estime opportun, un juge d'instruction.

Ainsi le fait que ce soit l'un des membres de la juridiction de jugement qui procède aux investigations supplémentaires lorsque celles-ci ne sont pas complexes n'est pas contraire à l'exigence d'indépendance au sens de l'article 6-1 de la Convention.

18. 2) Une seconde sorte d'incident est le jugement de culpabilité et d'ajournement que le tribunal peut prononcer avant de statuer au fond dans l'année de l'ajournement. On sait que le juge correctionnel peut ajourner la décision sur la peine en se ménageant un délai pendant lequel le prévenu sera mis à l'épreuve, avec ou sans obligations particulières. L'esprit du législateur est que ce délai d'épreuve se passe de la meilleure façon et que le second jugement porte une peine symbolique comme la dispense de peine (art. 469-3 et 469-4 c. pr. pén.)<sup>65</sup>. Ainsi quand le juge décide d'ajourner le prononcé de la peine, c'est qu'il escompte que le prévenu, déjà en voie de resocialisation, se conduira bien pendant le délai d'épreuve et qu'il pourra en conséquence le dispenser de peine. La décision de dispense de peine est donc en filigrane dans la décision d'ajournement. Elle est le couronnement, l'issue heureuse d'un pari fait par le juge dans sa première décision. Que déduire de tout cela ? Bien évidemment que ce doit être le même juge qui doit rendre les deux déci-

61. Crim. 2 août 1934, D.H. 1934. 494 ; 11 juill. 1956, D. 1956. somm. 146 ; 22 nov. 1956, D. 1957. 89, note P. A.

62. Crim. 2 août 1934, préc.

63. Le cumul est consacré par l'art. 148-1 c. pr. pén. pour les demandes de mise en liberté formées devant les juridictions correctionnelles et par l'art. 459 al. 3 c. pr. pén. pour les exceptions.

64. Il s'agit le plus souvent de l'audition d'un témoin ou de la commission d'un expert.

65. Etudes J. Robert, J.C.P. 1975. I. 2729 et J. Pradel au D. 1976. chron. 63.

sions et que cette dualité de fonctions remplies par le même magistrat ne porte pas atteinte à son indépendance.

Il y a d'ailleurs un avantage à cette dualité pour le prévenu puisque la seconde décision le concernant sera « normalement » — s'il se conduit bien — une décision très favorable pour lui<sup>66</sup> alors que ce que proscriit l'article 6-1 de la Convention, c'est de donner pouvoir de juger à un magistrat qui, par la poursuite qu'il a lancée ou l'instruction qu'il a menée, pourrait avoir quelque hostilité à l'égard du prévenu. Rien de tel ici.

19. 3) Le troisième type d'incident est celui qui se produit en cas de défaut du prévenu, son opposition entraînant un nouveau jugement qui se substitue au premier. Une espèce récente illustre ce problème. Un prévenu condamné par défaut pour infraction à la législation sur les stupéfiants avait fait opposition, puis frappé de pourvoi l'arrêt l'ayant condamné. Dans son pourvoi, il avait invoqué une violation de l'article 6-1 de la Convention : l'affirmation que le tribunal doit être « indépendant et impartial » signifiait à ses yeux qu'après opposition il devait être jugé par un tribunal autrement composé alors que, faut-il le rappeler, selon les règles actuelles sur l'opposition ce sont les mêmes juges qui opèrent (ou qui le peuvent). En rejetant le pourvoi, la Chambre criminelle invoque deux arguments<sup>67</sup>.

Elle affirme d'abord que l'article 253 du code de procédure pénale sur les incompatibilités est de droit étroit et ne peut être étendu par analogie. Ce n'est pas la première fois qu'elle le dit<sup>68</sup>. Mais l'argument n'est pas totalement convaincant si l'on songe à une jurisprudence nette qui veut que le magistrat ayant participé à un arrêt de chambre d'accusation sur la détention provisoire ne puisse ultérieurement faire partie de la cour d'assises<sup>69</sup> alors pourtant que l'article 253 est étranger à cette question.

De façon plus heureuse, la Chambre criminelle invoque un deuxième argument tiré, celui-ci, de la nature de l'opposition qui est une voie de rétractation. Il en découle que cette voie de recours est nécessairement portée devant la juridiction qui avait statué de sorte que le dossier peut être traité les deux fois par les mêmes juges. Plus exactement, du fait de l'opposition, la décision attaquée est mise à néant — « non avenue dans toutes ses dispositions » rappelle l'article 489 du code de procédure pénale — et, comme dans le jeu de l'oie, le prévenu se retrouve à la case départ. A avoir été jugé deux fois par les mêmes juges, le prévenu ne perd d'ailleurs rien car rien ne lui interdit de faire appel ensuite. On peut même soutenir qu'il n'est pas vraiment jugé deux fois car la première décision rendue par hypothèse en son absence apparaît comme une « fausse décision », rendue par des juges qui souvent n'auront pas hésité à frapper très (ou trop) fort, pour inciter le prévenu à faire opposition<sup>70</sup>.

Le juge n'est donc pas partial quand, sur opposition, il juge une seconde fois. Très différente serait évidemment l'hypothèse dans laquelle un juge au-

66. Selon l'art. 469-2 c. pr. pén. « la dispense de peine exclut l'application des dispositions prévoyant des interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient qui résulteraient d'une condamnation ».

67. Crim. 25 juill. 1989, *Bull. crim.* n° 296, D. 1990. somm. 226 et obs.

68. Texte déjà examiné, V. *supra* n° 9 et s.

69. Crim. 18 mai 1977, *Bull. crim.* n° 180, possibilité pour un juge de statuer même s'il a déjà participé au jugement de l'accusé dans une précédente affaire.

70. En marge de ces deux arguments on peut invoquer aussi en faveur de l'arrêt un argument de fait : s'il fallait des juges « neufs » pour juger les affaires venues sur opposition, il faudrait étoffer considérablement les juridictions (d'autant plus que le pourcentage des oppositions est d'environ 35 %).

rait connu de la même affaire comme juge du tribunal, puis comme conseiller à la cour d'appel : un tel cumul serait évidemment contraire à l'exigence d'impartialité et l'arrêt serait nul<sup>71</sup>.

La décision au fond est maintenant rendue. Il va falloir l'exécuter et de nouveaux problèmes vont se poser, résolus eux aussi dans le sens du cumul : le juge est en effet apte à gérer les suites de sa décision.

## B. — *Aptitude d'un juge à gérer les suites de sa décision*

20. Cet aspect du cumul des fonctions est peut-être le moins connu de tous. Centrée autour du juge de l'application des peines, la question est de savoir si un magistrat ayant fait partie de la juridiction de jugement peut ensuite jouer le rôle de juge de l'application des peines et si ce magistrat peut, par exemple en cas de mauvaise conduite du condamné, faire partie du tribunal appelé à sanctionner cette mauvaise conduite.

21. 1) Peut-on admettre que le magistrat ayant siégé à la juridiction correctionnelle puisse être ensuite juge de l'application de la peine prononcée ?

Dans le principe on doit répondre par l'affirmative. Intégrer le juge de l'application des peines au tribunal correctionnel est excellent, ce magistrat apportant à ses collègues les lumières de son expérience de « thérapeute social »<sup>72</sup>. En pratique il en est souvent ainsi : le tribunal, éventuellement sur la suggestion du juge de l'application des peines prononce par exemple le sursis avec mise à l'épreuve — disons le principe du sursis avec mise à l'épreuve — et ultérieurement ce juge reçoit le condamné auquel il indique les modalités particulières qu'il a arrêtées<sup>73</sup>. Et c'est le même processus qui s'applique en cas de condamnation à une peine de travail d'intérêt général. Ainsi, le juge de l'application des peines, après avoir décidé avec ses collègues du tribunal une peine déterminée, en assure la gestion. A ce titre il va prendre diverses décisions. Or ces décisions, le juge les prend en toute indépendance et impartialité puisque l'accent est mis sur la réadaptation sociale recherchée par lui et non sur la recherche d'une culpabilité.

Il existe cependant une limite au cumul, relative à des décisions très importantes où refaisant l'oeuvre du tribunal, le juge fait preuve de partialité *in favorem* ou *in defavorem*. On sait que lorsque le juge de l'application des peines prend une mesure très importante à l'égard d'un condamné détenu (autorisation de sortie sous escorte, réduction de peine, octroi ou révocation de la libération conditionnelle...), le procureur de la République dispose d'un recours qu'il porte devant le tribunal correctionnel ou devant le tribunal pour enfants selon le cas (art. 733-1 c. pr. pén.). Or l'alinéa 4 de l'article 733-1 décide que le juge de l'application des peines ne peut, à peine de nullité, siéger au sein du tribunal saisi de l'une de ses décisions<sup>74</sup>. L'exclusion du juge de l'application des peines est toute naturelle puisque le cours des choses prend un tour contentieux et qu'on ne peut admettre en conséquence que le même

71. Crim. 26 janv. 1982, *Bull. crim.* n° 31.

72. H. Rossi, « De l'association du juge de l'application des peines à la juridiction de jugement », J.C.P. 1964. I. 1833.

73. V. par exemple, art. 739, al. 3 c. pr. pén. selon lequel « lorsqu'une obligation particulière est ordonnée par le juge de l'application des peines... ».

74. V. chron. « Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », D. 1987. 5, n° 11, p. 10, 1<sup>re</sup> col.

magistrat décide et défend sa décision. Avrai dire, l'article 733-1 du code de procédure pénale rappelle exactement l'article 49 alinéa 2 du même code. Ces deux dispositions sont tout à fait conformes à l'article 6-1 de la Convention.

22. 2) Il peut advenir en second lieu que l'exécution d'une peine donne lieu à des incidents et que le juge de l'application des peines soit dans la nécessité de saisir le tribunal pour en tirer toutes conséquences pénales. Tel est le cas lorsque le condamné refuse d'exécuter un travail d'intérêt général ou lorsqu'il méconnaît les obligations qui lui ont été imposées dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve. La question se pose alors de savoir si le juge de l'application des peines — qui, ne l'oublions pas, a suivi l'exécution de la peine — peut faire partie du tribunal correctionnel.

S'agissant du travail d'intérêt général mal exécuté ou inexécuté, la jurisprudence considère qu'aucune disposition légale n'interdit à un juge de l'application des peines de statuer sur cette violation d'une peine dont il avait précédemment arrêté les modalités<sup>75</sup>. On comprend les motivations de la Cour de cassation : les effectifs de magistrats sont insuffisants et le juge de l'application des peines est celui qui connaît le mieux — et même souvent qui est le seul à connaître — le condamné. Pourtant au regard de l'article 6-1 de la Convention, la solution n'est pas à l'abri de la critique : comme c'est le juge de l'application des peines qui est à l'origine de la saisine du tribunal<sup>76</sup>, il apparaît comme le poursuivant et ne sera pas forcément impartial dans le délibéré.

S'agissant du sursis avec mise à l'épreuve, le cumul est formellement envisagé par le législateur : en effet, « lorsque le juge de l'application des peines ne participe pas à la décision (sur incident d'exécution), le tribunal statue sur son rapport écrit » décide l'article 744 alinéa 4 du code de procédure pénale, ce qui implique *a contrario* que ce magistrat peut faire partie du tribunal.

Bien que la loi soit ainsi favorable au cumul et bien que le cumul soit en pratique fréquent, la question a été très débattue en doctrine. Lors des IX<sup>es</sup> Journées de défense sociale tenues à Toulouse en juin 1961, le principe séparatiste avait été vigoureusement défendu sur la base des arguments suivants<sup>77</sup> : le juge de l'application des peines va apparaître juge et partie, il devient un agent de répression, il n'aura plus la confiance du probationnaire, il risque d'exercer une certaine suprématie sur ses collègues qui eux ne connaissent pas le probationnaire<sup>78</sup> ... à moins que la décision ne soit prise indirectement par des organes non judiciaires dont le poids serait alors excessif<sup>79</sup>. Nous ajouterons dans une perspective plus moderne, inconnue en 1961, que la participation du juge de l'application des peines n'est guère en accord avec l'impératif d'indépendance formulé à l'article 6-1 de la Convention. Le juge de l'application des peines ne demande-t-il pas en effet ici une sanction d'un comportement qu'il considère comme fautif ?

Décidément, l'article 6-1 contient un principe dominant. Et il faut reconnaître qu'à de rares exceptions près notre droit légal et jurisprudentiel lui est conforme.

75. Crim. 6 nov. 1986, D. 1987. 237 et la note.

76. Avec des différences techniques selon que cette peine est prononcée à titre autonome ou dans le cadre d'un sursis, différences qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici.

77. Qui *mutatis mutandis* sont transposables au travail d'intérêt général.

78. Un peu comme le juge d'instruction sur ses collègues de la chambre du conseil avant 1856.

79. V. not. interventions A. Légal et R. Merle, Rapport de synthèse R. Legeais, cette *Revue*, 1961.843 et s. not. p. 850. *Contra* et en faveur du cumul, Rossi, préc.

## La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien

Guido CASAROLI

*Professeur de droit pénal de l'économie à l'Université de Ferrare*

1. L'« indépendance » et l'« impartialité » du juge comme fondement et garantie d'un « procès équitable ». Une série de solennels documents internationaux mis à garantie des droits et des libertés fondamentaux de l'homme se réfère explicitement à un « tribunal indépendant et impartial ». Le texte qui intéresse plus directement est l'article 6 n° 1, première partie de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>1</sup>. Il dispose : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un *tribunal indépendant et impartial*, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Précédemment, dans l'article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclamée par les Nations Unies<sup>2</sup> il avait été affirmé que « toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un *tribunal indépendant et impartial...* ». Avec une formule analogue, dans le *Pacte international sur les droits civils et politiques*<sup>3</sup>, à l'article 14 n° 1, 1<sup>er</sup> alinéa, il a été établi que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un *tribunal compétent, indépendant et impartial*, établi par la loi... ». Enfin, dans la très récente *Déclaration des droits et des libertés fondamentaux*, adoptée par le Parlement européen avec la Résolution du 12 avril 1989, l'article 19, n° 2 reproduit la même formule que l'article 6 CEDH.

Toutes ces dispositions énoncent une série de droits que toute institution juridique et tout système judiciaire devraient garantir dans l'administration de la justice. Dans celles-ci on affirme le droit à un « procès équitable », dont on ne fournit pas, cependant, la notion, en se limitant à en poser les conditions.

Avec une référence particulière à la Convention européenne et aux organes de justice appelés pour y donner une concrète application, la notion de « procès équitable » ne peut être élaborée en abstrait, mais elle doit être définie sur la base des circonstances particulières de chaque cas, en faisant référence à l'entier déroulement du procès et au caractère civil ou pénal de la

1. Rome, 4 nov. 1950. Dorénavant, pour simplifier, nous désignerons la Convention avec le sigle CEDH.

2. New York, 10 déc. 1948.

3. Approuvé par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 déc. 1966.

procédure<sup>4</sup>. Les garanties de l'article 6 CEDH sont établies en relation autant avec le procès civil que le procès pénal, mais il est évident que les conditions qui devront être respectées, afin que ces garanties puissent être assurées, seront différentes selon que l'on se réfère à la « matière civile » ou bien à la « matière pénale » : d'où la nécessité de définir avec le plus grand degré possible de précision la nature et le domaine de la « matière pénale »<sup>5</sup>.

Les paramètres sur la base desquels il faut évaluer l'« équité » du procès sont déterminés par l'article 6 même, nos 1-2-3, CEDH et ils consistent, avant tout, dans le droit d'accès au tribunal ; donc, dans la publicité du jugement, dans un délai raisonnable et avec une référence spécifique au procès pénal, dans le respect de la présomption d'innocence et dans la complète mise en oeuvre du droit de défense. De fondamentale importance pour la détermination d'un « procès équitable » est, de toute façon, la garantie qu'il soit célébré par un « tribunal indépendant et impartial ».

La présence d'un « juge »<sup>6</sup> reconnu comme tel par le système est la prémisses fondamentale de toute garantie sur le plan processif. Cependant, la vérification de la qualification de « juge » de l'organe appelé à décider la cause n'est pas suffisante : il est nécessaire que le juge ait certaines qualités, sans lesquelles sa seule présence processive finirait par être un simple écran formel<sup>7</sup>. Parmi ces qualités se trouvent, *in primis*, justement celles de l'« indépendance » et de l'« impartialité » qui, même si elles sont distinguées du point de vue conceptuel, ne peuvent pas en réalité faire abstraction l'une de l'autre. Également, dans l'article 6, n° 1 de la Convention européenne (ainsi que dans l'art. 10 de la Déclaration universelle, dans l'art. 14 du Pacte international et dans l'art. 19 de la Déclaration du Parlement européen) ces qualités sont présentées en étroite symbiose. D'où, la nécessité d'une juridiction impartiale et indépendante notamment pour les affaires pénales représente un principe fondamental et un élément nécessaire pour un procès équitable.

## 2. La notion de « tribunal indépendant et impartial » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Autant la Commission que la Cour européenne ont eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois en ce qui concerne de supposées violations de la garantie fondamentale d'« indépendance » et d'« impartialité » du juge.

4. Commission européenne pour les droits de l'homme, 1013/61, in *Ann. V*, p. 159 et 1082/63, in *Ann. VI*, p. 463. Pour connaissance, V. Andrioli, « La CEDU e il processo giusto », in *Temî romana*, 1964, p. 443.

5. Ainsi, par exemple, la Convention européenne (art. 6, n° 3, lettre *d*) reconnaît seulement aux personnes accusées d'un délit le droit à « obtenir la convocation et l'interrogation des témoins ». Il en est de même en ce qui concerne le droit de « pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office » de la part de qui « n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur » (art. 6, n° 3, lettre *c*) et le droit de « se faire assister gratuitement d'un interprète » pour qui « ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience » (art. 6, n° 3, lettre *e*).

Des dispositions analogues sont prévues dans l'art. 14, n° 3 du Pacte international.

6. L'expression italienne « juge » semble plus générique et moins significative que « tribunal », employée dans le texte officiel de la Convention européenne (et du Pacte international) (Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd. Milan, 1982, p. 36). En réalité, dans le contexte des documents internationaux, la locution « tribunal » n'a pas une signification aussi spécifique que le terme italien correspondant ; il exprime, plutôt, le concept que « la décision du procès doit revenir à un sujet auquel la collectivité reconnaisse en permanence la fonction de *jus dicere* : dans ce sens le mot juge semble celui qui exprime le mieux le concept dans son ample latitude » (Chiavario, *op. cit.* p. 37).

7. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, 3<sup>e</sup> éd. Milan, 1984. p. 43.

La Commission a souligné, surtout, l'existence d'un « droit d'accès » au tribunal et a précisé que le terme de « tribunal » comprend également une autorité non judiciaire au sens strict, pourvu qu'elle soit indépendante du pouvoir exécutif et des parties, et que l'on ait les garanties d'une procédure judiciaire<sup>8</sup>.

Ces affirmations ont été confirmées et renforcées avec autorité par la Cour européenne lors de différentes décisions. Ainsi, dans l'arrêt *Goldier*<sup>9</sup>, la Cour a observé que l'on ne comprendrait même pas pourquoi l'article 6 de la Convention décrit en détail les garanties accordées aux parties d'un procès en cours, s'il « ne protégeait pas, avant tout ce qui seulement en réalité permet d'en bénéficier : l'accès au juge ». L'effectivité de l'accès implique que non seulement des obstacles formels, mais non plus des obstacles substantiels doivent empêcher l'exercice des droits que cite l'article 6 CEDH. Le choix des moyens à employer pour atteindre ce but est laissé aux Etats (par exemple, l'institution de l'assistance judiciaire ou le droit à l'autodéfense) : ce qui compte est que l'individu jouisse d'un droit d'accès effectif à la justice, qui doit de toute façon être garanti<sup>10</sup>.

La Cour a également examiné la question de la compatibilité avec le droit d'accès de l'institution de la conciliation/oblation<sup>11</sup>. La Cour observe comment cette institution est prévue par la législation pénale de plusieurs Etats et comment, par elle-même, elle n'est en contraste avec aucune norme de la Convention. Il faut, cependant, vérifier si, dans l'application concrète, les règles nécessaires pour garantir à la personne l'effective possibilité d'exercer en pleine liberté le droit d'accès au tribunal sont respectées. Ce droit, en effet, revêt une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice uniquement parce qu'elle a accepté un arrangement parajudiciaire, en particulier le versement d'une somme. Par le contrôle, particulièrement attentif, lui incombant en ce domaine, la Cour doit s'assurer notamment que l'intéressé n'ait pas agi sous la contrainte.

La Cour observe, ensuite, que les caractéristiques de l'« impartialité » et de l'« indépendance » évoquent l'idée du tribunal en tant qu'« organisation » plutôt que de « fonctionnement » et d'« institution » plutôt que de « procédure ». Cette conception est exprimée en termes très clairs dans l'arrêt *Ringelsen*<sup>12</sup>, où la qualification de « tribunal » d'après l'article 6 CEDH a été attribuée à la « Commission régionale des transactions immobilières ». La Cour a précisé que la supposée « partialité » de quelques-uns des membres de la Commission n'est pas *sic et simpliciter* suffisante pour affirmer que le jugement ne s'est pas déroulé devant un « tribunal indépendant et impartial ». Les attributions d'impartialité et d'indépendance sont, en effet, à évaluer non pas en abstrait mais en concret et en relation au rôle institutionnel plus qu'au mécanisme de procédure de l'organe jugeant.

8. Commission européenne, 4115/69 et 4451/70, in *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, par la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Rome, 1979, p. 155-156.

9. Cour européenne des droits de l'homme, 21 févr. 1975, *Goldier c/ Royaume-Uni*, in *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, par V. Berger, Paris, 1984, p. 53.

10. Cour européenne, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, in *Jurisprudence de la Cour européenne*, préc. p. 108.

11. Cour européenne, 27 févr. 1980, *Deweer c/ Belgique*, in *Jurisprudence de la Cour européenne*, préc. p. 119.

12. Cour européenne, 16 juill. 1971, *Ringelsen c/ Autriche*, in *Jurisprudence de la Cour européenne*, préc. p. 47.

D'analogues considérations sont développées par la Cour dans la décision relative à l'affaire *Le Compte*<sup>13</sup>, où les intéressés (des médecins) regrettaient le fait que les procédures déroulées devant le Conseil provincial et le Conseil d'appel de l'Ordre national des médecins (et avec lesquelles avaient été infligées des sanctions disciplinaires) ne présentaient pas les qualités d'impartialité et d'indépendance de l'article 6 CEDH.

La Cour a retenu que la notion de « tribunal » doit être interprétée de façon élastique, afin de consentir une tutelle la plus ample possible des droits que cite l'article 6 : elle peut donc bien comprendre également les organes administratifs ou « corporatifs » (comme les Conseils de l'Ordre des médecins) et les organes juridictionnels auxquels manquent une ou plusieurs conditions formelles typiques des systèmes des Etats européens. Ce qu'il importe c'est qu'ils présentent toutes les conditions requises indiquées à l'article 6 CEDH.

Dans un cas semblable<sup>14</sup>, la Cour a précisé que, afin qu'il n'y ait pas de violations de l'article 6, il est nécessaire ou bien que les susdits organes soient en mesure de satisfaire par eux-mêmes à toutes les conditions prévues par ledit article, ou bien qu'ils soient de toute façon soumis au contrôle des organes juridictionnels qui sont à leur tour en mesure de garantir le respect de l'article 6. Par conséquent, puisqu'il est possible d'avoir recours au Conseil d'appel et à la Cour de cassation contre les décisions du Conseil provincial, les doutes d'impartialité et d'indépendance soulevés par les appelants doivent être déferés et examinés devant le Conseil d'appel et la Cour de cassation.

La Cour a en outre précisé que l'article 6 CEDH, avec l'expression « tribunal ... établi par la loi », n'entend pas se référer uniquement à la juridiction dans le sens classique et traditionnel, mais se réfère aux fonctions effectivement exercées par l'organe de jugement. Dans l'affaire soumise à l'examen de la Cour<sup>15</sup> l'organe dont il fallait établir la nature de « tribunal » était le « Comité des visiteurs » qui, dans le système judiciaire anglais, a le devoir d'infliger des sanctions aux détenus qui ont violé le règlement pénitentiaire. Cette compétence est attribuée par la loi et, comme il a été plusieurs fois affirmé par la jurisprudence anglaise, le Comité possède une fonction typiquement judiciaire car les sanctions qu'il applique peuvent compromettre directement la liberté personnelle. La Cour a donc conclu que cet organe peut sans aucun doute être considéré comme un « tribunal » d'après l'article 6 CEDH.

La Cour a ensuite dû décider si le Comité des visiteurs possède les conditions requises d'« indépendance » et d'« impartialité ». Pour établir, en particulier, si un organe judiciaire a ou non la condition requise d'« indépendance », il faut prendre en considération la manière dont il a été désigné, la durée du mandat de ses composants et l'existence de réelles garanties contre d'éventuelles pressions externes. La manière « subjective » avec laquelle l'organe apparaît à la personne soumise au jugement revêt également une importance, puisqu'il faut de toute façon que celle-ci ait confiance et ait la conviction d'être jugée par un organe au-dessus des parties. Un élément ultérieur

13. Cour européenne, 23 juin 1981, *Le Compte et autres c/ Belgique*, in *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Institut international d'études des droits de l'homme), par R. Facchin, Padoue, 1988, p. 105.

14. Cour européenne, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, in *L'interpretazione giudiziaria*, préc. p. 118.

15. Cour européenne, 24 mai 1984, *Campbell et Fells c/ Royaume-Uni*, in *L'interpretazione giudiziaria* préc. p. 138.

d'évaluation est donné par l'inamovibilité de l'organe, même si le seul fait que son affirmation législative manque n'implique pas par soi-même une présomption de manque d'indépendance.

Lors d'une autre circonstance la Cour a eu l'occasion de définir les notions d'« indépendance » et d'« impartialité » en relation avec un jugement en cour d'assises, où le président avait revêtu, auparavant, les fonctions de substitut du procureur du Roi auprès du parquet qui avait développé la phase d'instruction<sup>16</sup>. Avec une particulière référence à l'« impartialité », la Cour a observé que, si d'ordinaire celle-ci se définit par l'absence de préjugés ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6, n° 1 de la Convention, être appréciée de manière différente. On peut distinguer entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime. La Cour estime que doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Ecarter du siège les magistrats du parquet dans chaque affaire examinée d'abord par ce dernier, quand bien même ils n'auraient jamais eu à en connaître, serait une solution si radicale qu'elle dresserait une cloison quasi étanche entre le siège et le parquet, et bouleverserait tout le système judiciaire de plusieurs Etats contractants.

Cependant, du point de vue *subjectif* de la personne soumise à un jugement, les apparences mêmes peuvent assumer un certain relief. Ainsi, lorsqu'un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier, se trouve saisi par la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre que le juge n'offre pas assez de garanties d'impartialité. Aux yeux de la Cour, il importe peu de mesurer l'ampleur exacte du rôle joué par ledit juge en son ancienne qualité. Il suffit de constater que l'impartialité du tribunal auquel il incombait de décider du bien-fondé de l'accusation pouvait apparaître sujette à caution. La Cour conclut donc à la violation de l'article 6 CEDH.

Les mêmes notions de fond sont confirmées par la Cour dans l'arrêt *De Cubber*<sup>17</sup>, où sont mises en discussion l'impartialité et l'indépendance du tribunal, car un même magistrat était amené à exercer les fonctions de juge d'instruction et de juge du fond dans la même affaire. La Cour, se référant à sa jurisprudence, rappelle que la vérification de l'impartialité d'un collègue (ou du membre d'un collège) jugeant doit être effectuée par une double analyse, *objective* et *subjective*. D'après cela, la Cour retient que peuvent apparaître légitimes les doutes de l'accusé en ce qui concerne l'impartialité du tribunal qui l'a jugé et, donc, l'on peut affirmer que le principe d'indépendance et d'impartialité du juge est violé chaque fois qu'un magistrat, après avoir accompli les fonctions de juge d'instruction, fait part également du collège jugeant lors du même procès<sup>18</sup>.

16. Cour européenne, 1<sup>er</sup> oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, in *Jurisprudence de la Cour européenne*, préc. p. 170.

17. Cour européenne, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, in *L'interpretazione giudiziaria*, préc. p. 146.

18. Le principe est réaffirmé dans la décision de la Cour européenne, 27 nov. 1987, *Yaacoub c/ Belgique*, in cette *Revue*, 1988.359.

Sur le problème de l'impartialité du juge instructeur, V. Amodio, « Eguaglianza delle armi nel processo, presunzione di innocenza e ruolo del giudice istruttore », in *Indice pen.* 1981, p. 237 ; Ruggieri, « La Corte EDU e l'imparzialità del giudice istruttore », in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1985, p. 929.

L'impartialité et l'indépendance de la Cour de cassation ont été également l'objet de contestation et de relatif jugement de la part de la Cour européenne. A propos d'un cas, il s'agissait de savoir si la participation du ministère public au délibéré des magistrats du siège avec voix consultative dans une affaire soumise à la Cour de cassation était de nature à entraîner une violation de l'article 6<sup>19</sup>. La Cour européenne a répondu négativement dans la mesure où le ministère public était indépendant à l'égard du ministère de la Justice et où il jouait un rôle d'auxiliaire et de conseiller de la juridiction. On ne peut donc pas douter que, à cause de cette présence, la Cour de cassation manque à ses devoirs d'indépendance et d'impartialité. Dans un autre cas<sup>20</sup>, la Cour européenne a affirmé que les garanties d'impartialité et d'indépendance de la Cour sont hors discussion : il suffit de penser aux mêmes fonctions qu'elle est appelée à exercer par la loi.

Lors de récentes décisions, la Cour s'est encore prononcée sur la notion de « tribunal », en référence à certains organismes où la nature juridictionnelle était douteuse. Le problème s'est posé, par exemple, en référence au Conseil de l'Ordre des avocats belges<sup>21</sup> en relation avec la sanction disciplinaire de radiation du tableau. La Cour a retenu que le Conseil de l'Ordre étant compétent pour infliger et révoquer une mesure disciplinaire-afflictive, exerce une fonction juridictionnelle et que, donc, sa nature de « tribunal » ne peut être contestée. Par conséquent, le Conseil doit offrir les garanties d'impartialité et d'indépendance qui sont requises par la Convention.

Dans un autre cas<sup>22</sup>, la Cour s'est prononcée sur le problème d'une autorité administrative ayant un rôle juridictionnel : la commission de police. La Cour a établi que, si la commission comporte une personne nommée par la municipalité, siégeant à titre individuel et prêtant un serment particulier, il n'y a pas de violation de l'article 6 n° 1 CEDH. Mais si, comme dans le cas d'espèce, le membre de direction de la police est susceptible d'accomplir à nouveau d'autres tâches, la Cour estime que le justiciable peut éprouver des doutes quant à l'indépendance et l'impartialité de cette commission, de sorte que cette « juridiction » ne répond pas aux exigences de l'article 6 de la Convention.

### 3. La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme

D'après l'examen des précédentes décisions, apparaît avec évidence la tendance de la Cour à dilater la notion de « tribunal » bien outre la signification traditionnelle d'organe auquel sont attribués institutionnellement les devoirs de juridiction contentieuse pour la répression des faits criminels. L'activité de juridiction (pénale), donc, n'est plus seulement l'exercice des fonctions de l'autorité judiciaire au sens strict, mais aussi celle qui implique tous les sujets qui sont de toute façon appelés à adopter des mesures en quelque sorte restrictives de la liberté personnelle ou qui limitent autrement

19. Cour européenne, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, in *L'interpretazione giudiziaria*, préc. p. 82.

20. Affaire *Le Compte et autres*, préc.

21. Cour européenne, 30 nov. 1987, *H. c/ Belgique*, in cette *Revue*, 1988, 362.

22. Affaire *Belilos*, rapportée par B. Bouloc, « Remarques sur les décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme », in *RPS*, 1990, 20 et 27.

les droits fondamentaux de l'individu. Nous pourrions dire qu'une notion « statique » de juridiction (pénale) est remplacée par une « dynamique »<sup>23</sup>.

Ce « dynamisme » conceptuel est la conséquence de l'interprétation originale que la Cour européenne donne à l'article 6 de la Convention, dans la partie où il fait référence à « toute accusation en matière pénale ».

Il n'y a pas de doute qu'en se référant aux seules « accusations en matière pénale », la Convention européenne (ainsi que la Déclaration universelle et le Pacte international) a voulu, avant tout, faire une distinction entre les faits illicites qui comportent des sanctions simplement « d'indemnisation » du dommage causé et les faits illicites qui comportent au contraire des sanctions ayant un contenu autonome « afflictif ». Dans tous les systèmes (y compris celui italien) quelques-unes des sanctions à caractère afflictif sont qualifiées explicitement comme « peines » par le législateur même et les faits illicites dont la commission est la condition pour l'application de ces sanctions sont à leur tour qualifiés de « délits » (« crimes » ou « contraventions »). La vérification de ces faits et l'application des peines relatives passe nécessairement (pour le droit interne des Etats comme au sens de la Convention) par la voie obligée de la juridiction.

Outre de tels faits et les sanctions susdites il y a d'autres faits et d'autres mesures ayant le caractère de sanctions que le législateur ne qualifie pas respectivement comme délits et comme peines. Il s'agit des faits illicites administratifs, des infractions disciplinaires, des violations de police et des sanctions et mesures respectives. En présence de cette très vaste, hétérogène et indéterminée matière, se pose l'interrogation si par rapport à celle-ci l'article 6 de la Convention trouve application ou si celle-ci rentre dans le cadre du pouvoir discrétionnaire des législateurs des Etats.

En raisonnant en termes abstraits et en obéissant à une logique purement formelle (uniquement ce qui est expressément qualifié et sanctionné comme tel par le législateur des Etats est pénal et, donc, juridictionnel), on court le risque de favoriser de commodes escamotages pour éluder le but essentiel de l'article 6 CEDH : celui de garantir le droit fondamental à un « procès équitable ». Ce droit risquerait, en effet, d'être rendu inefficace justement en référence aux situations « de frontière » plus délicates, dans le cas où l'on devrait retenir totalement remise à chaque législateur la fixation de la ligne de démarcation entre les différentes catégories de faits illicites et de sanctions et, donc, la délimitation de l'aire « pénale » que la Convention européenne et les autres chartes internationales veulent rigoureusement rapporter au principe de la tutelle juridictionnelle nécessaire<sup>24</sup>.

Ce sont justement ces considérations de fond qui ont inspiré, à partir des années 70, la jurisprudence de la Cour européenne dans l'interprétation de l'article 6 n° 1 CEDH et qui ont amené à l'élaboration d'une notion originale de « matière pénale », fondée sur des critères substantiels et par rapport au contenu.

Dans l'arrêt *Engel*<sup>25</sup>, la Cour affirme explicitement que le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial s'applique sans aucun doute même

23. D'un « profil statique » et d'un « profil dynamique » de la juridiction pénale parle, dans un autre sens, Pisani, *Problemi della giurisdizione penale*, Padoue, 1987, p. 7.

24. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, préc. p. 24.

25. Cour européenne, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, in *L'interpretazione giudiziaria*, préc. p. 89.

en cas d'*infractions disciplinaires* qui soient punies avec des peines qui mènent à la privation de la liberté personnelle. En effet, lorsque les conséquences des sanctions retombent sur la liberté de l'individu, on ne tient pas compte du fait qu'un Etat qualifie la sanction qu'il a adoptée comme disciplinaire plutôt que pénale, puisque, autrement, on pourrait se soustraire à l'obligation de garantir un procès équitable en ayant recours à des sanctions disciplinaires « de façade ». La notion de « matière pénale » ex-article 6 de la Convention constitue donc une notion *autonome*, qui fait abstraction de la définition et de l'ampleur qui lui est attribuée par chaque Etat. Non pas des critères formels, donc, mais uniquement des *critères substantiels* permettent de définir une accusation comme pénale : ce sont le *caractère de l'infraction*, la *nature*, la *durée* et les *modalités d'exécution de la peine* prévue.

Toujours en matière de rapports et de distinctions entre fait illicite pénal et infraction disciplinaire, dans l'arrêt *Campbell*, la Cour a affirmé à nouveau les mêmes principes et critères<sup>26</sup>. Les Etats peuvent, en leur sein, faire une distinction entre le droit pénal et le droit disciplinaire, en en fixant les limites respectives mais cette ligne de démarcation n'a aucune importance décisive en ce qui concerne l'application de la Convention. Ainsi, par exemple, ils peuvent disposer un règlement pénitentiaire qui prévoit des procédures et des sanctions différentes de celles du droit commun, afin de garantir l'ordre et la sûreté des institutions pénitentiaires. Mais les garanties du procès équitable ne s'arrêtent pas devant les portes du pénitencier : le détenu y a droit comme tout autre citoyen. Dans le cas d'espèce, les sanctions prévues pour l'infraction commise sont l'exclusion du travail commun, la suspension de la rétribution, le régime cellulaire et la perte du bénéfice de la rémission de peine. Cette dernière, en particulier, a comme effet la prolongation de la détention, retombant ainsi sur la liberté personnelle : elle assume, en définitive, sans aucun doute, le caractère de sanction pénale d'après l'article 6 CEDH et son application doit avoir lieu en plein respect des garanties prévues pour un « procès équitable ».

Les notions et les critères formulés dans les cas précédents sont rappelés et ultérieurement précisés dans la décision sur l'affaire *Öztürk*<sup>27</sup> qui est l'un des plus significatifs en ce qui concerne la détermination de la notion européenne de « matière pénale ». A cette occasion, les incertitudes concernent la distinction entre l'infraction pénale et la *contravention administrative*. La Cour observe que, pour établir si une violation définie comme « contravention administrative » par un système national (dans le cas d'espèce, celui de l'Allemagne fédérale) entre dans la notion véritable et autonome de « matière pénale » ex-article 6 CEDH, il faut vérifier une série d'éléments : l'objet et le but de la norme transgressée, la signification des termes utilisés, la nature de l'infraction et de la sanction et enfin la procédure de certification de la responsabilité. Tout ceci, abstraction faite de la qualification juridique donnée en particulier par le droit interne : il est en outre évident que, si un comportement est discipliné en termes pénaux par le système interne, il conserve son caractère pénal également d'après la Convention.

La Cour, donc, met en évidence l'existence de différents « sous-critères », chacun d'eux opérant de façon autonome. Il est ainsi affirmé que, pour vérifier si une infraction entre dans la notion de « matière pénale », il n'est pas

26. Cour européenne, 24 mai 1984, préc.

27. Cour européenne, 21 févr. 1984, *Öztürk c/ R.F.A.* in *L'interpretazione giudiziaria*, préc. p. 131.

indispensable que la sanction prévue soit particulièrement sévère ou qu'elle soit qualifiée comme pénale ou bien comporte l'inscription sur le casier judiciaire. Ce sont la nature de l'infraction commise et de la sanction encourue qui deviennent, au contraire, déterminantes, tandis que la gravité de la sanction (retenue comme élément décisif lors d'autres occasions) a un rôle secondaire, car son importance particulièrement légère est considérée comme un facteur inhérent à son aspect formel.

A nouveau sur le dilemme fait illicite pénal-infraction administrative est centrée une autre importante décision où la Cour éclaircit ultérieurement les critères pour la détermination de la notion de « matière pénale »<sup>28</sup>. Critères qui sont déterminés par l'objet et par le but de la norme, par le sens normal des termes utilisés, par la nature de l'infraction et de la sanction, par les caractéristiques de la procédure de vérification et des modalités d'exécution. On affirme à nouveau, en outre, que rien ne relève que la « peine » prévue ne soit pas particulièrement sévère, son caractère dissuasif et répressif étant plutôt décisif. La Cour, donc, dans cette circonstance, consciente peut-être de la contradiction dans laquelle elle risquait de tomber, éclaircit la portée des critères sus-énoncés et leurs rapports réciproques. Les deux critères, c'est-à-dire celui de la *nature de la sanction* et celui de *sa sévérité*, sont *alternatifs* et *non cumulatifs* : il est donc, de façon alternative, suffisant que la sanction soit pour sa nature pénale ou qu'elle soit d'une telle gravité pour les conséquences sur le condamné que, abstraction faite du type d'infraction commise, elle revête les caractères d'afflictivité d'une vraie *peine*.

Dans le contexte des lignes actuelles de développement du droit pénal et de la politique criminelle, les tendances réformistes qui se manifestent à l'intérieur des systèmes de chaque Etat et celles propres de l'orientation « conventionnelle » apparaissent, donc, nettement distinguées et presque opposées. Tandis que l'on assiste, en effet, à un phénomène massif de déflation pénale par suite d'un procès toujours plus diffusé de dépénalisation, l'orientation de garantie des organes de Strasbourg a la tendance contraire à reconduire à la « matière pénale » tous les faits illicites (quelle que soit leur dénomination) caractérisés par une significative « valeur négative » et par des sanctions adéquates. C'est ainsi que sont remis en discussion des principes qui semblaient désormais acquis dans les stratégies de politique criminelle, comme le principe du caractère « fragmentaire » et « subsidiaire » du droit pénal<sup>29</sup>.

Bien que pouvant partager la juste préoccupation de garantie qui anime les interventions de la Cour européenne, il ne faut cependant pas taire le risque d'une confusion irrationnelle entre le domaine de la matière pénale et celui administratif-disciplinaire, et les absurdes conséquences d'un système de garanties fondamentalement unitaire et identique pour l'entier (et indifférencié) système punitif. Il faut en outre considérer que, si le vice logique et la tautologie d'un critère de choix formel et nominaliste sont évidents, un cri-

28. Cour européenne, 25 août 1987, *Lutz c/ R.F.A.*, in *L'interpretazione giudiziaria*, préc. p. 193.

29. Pour l'influence de la Convention et de son interprétation de la part des organes de Strasbourg sur le système pénal italien, V. Mantovani, « Sugli effetti della CEDU nell'ordinamento penale italiano » in *Temî romana*, 1968, p. 462 ; Palazzo, « L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano » in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, par Cappelletti-Pizzorosso, Milan, 1982, p. 609 ; Palazzo-Bernardi, « La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana » in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, III, p. 33 ; V. aussi Bernardi, « Principi di diritto e diritto penale europeo » in *Ann. Univ. Ferrara*, Sez. V, 1988, p. 75. En général, sur l'influence de la Convention sur le système italien, V. récemment, AA. VV., *L'Italia e la CEDU*, par V. Gremientieri, Milan, 1989.

tère « substantiel » comme celui de la « nature de la sanction » proposé par la Cour européenne risque de tomber également dans le même vice. Lorsque la Cour affirme que même une sanction de faible importance (comme une somme d'argent de peu de compte) peut avoir une nature pénale, en relation à son caractère dissuasif et répressif, elle ne dit rien de plus que si elle énonçait : « une sanction est pénale lorsqu'elle est de nature pénale »<sup>30</sup>. Il faut enfin rappeler que le caractère non pénal d'un fait illicite et de la relative sanction comporte, d'habitude, des avantages substantiels pour l'individu : par exemple, la non-mention de la condamnation sur le casier judiciaire et, surtout, l'élimination du « stigmate » du procès et de la sanction pénale. C'est donc dans un cadre équilibré des *pro* et des *contra* qu'on doit faire les comparaisons entre la matière pénale, celle administrative-disciplinaire et les disciplines relatives : dans une perspective de dépénalisation effective et non « masquée », le sacrifice des garanties juridictionnelles serait compensé par le traitement global plus favorable, sous le profil substantiel, réservé à l'auteur du fait illicite<sup>31</sup>.

De toute façon, en résumant, la Cour européenne détermine la nature et le domaine de la « matière pénale » en utilisant les critères suivants : a) qualification de l'infraction d'après les règles et les techniques juridiques du droit interne ; b) nature intrinsèque de l'infraction ; c) sévérité de la sanction encourue. Chacun de ces critères de base s'articule, en outre, en une série de « sous-critères » qui interagissent entre eux et à chacun desquels la Cour assigne, à chaque fois, un rôle prédominant. Ce sont : pour le *critère a*), les textes juridiques, les pratiques judiciaires, la doctrine ; pour le *critère b*), le caractère de la norme transgressée (qui se spécifie en ultérieurs sous-critères : l'ordre protégé, le destinataire, les conditions de l'infraction), la gravité de la transgression (sous-spécifiée en : dommage et réprobation) ; pour le *critère c*), la sanction encourue (évaluée par les sous-critères du but, de la nature, de la mesure, des modalités d'exécution), la sanction prononcée (évaluée par les sous-critères de la nature, de la mesure et des modalités d'exécution), la sanction exécutée (sous-spécifiée selon la mesure)<sup>32</sup>.

La fluidité de toute la matière qui se situe « quelque part » dans l'intervalle entre « pénal (-criminel) » et « non pénal (-disciplinaire) » a fait parler d'une « logique floue », en relation aussi à la relativité des critères et sous-critères élaborés pour définir la « matière pénale »<sup>33</sup>. Justement en considération de cela, il a été observé que la Cour, faisant preuve d'un grand réalisme, n'a pas cherché à débusquer ce qui est afflictif et/ou sanctionnateur, peu important qu'il ne s'agisse pas véritablement d'une peine prononcée selon les critères traditionnels en conséquence d'une infraction pénale<sup>34</sup>. « Parce que la Convention s'efforce de préciser les droits fondamentaux des êtres humains, son application ne saurait être bridée par des concepts ou des notions juri-

30. D'ailleurs, toute sanction est, ontologiquement, dissuasive et « répressive ».

31. V. Chiavario, *Processo e garanzia*, I, préc. p. 25.

32. Pour une analyse approfondie des critères-guides adoptés par la Cour et par la Commission de Strasbourg dans l'élaboration de la notion de « matière pénale », V. « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », par le Groupe de recherche des droits de l'homme et logiques juridiques, dirigé par M. Delmas-Marty, in cette *Revue*, 1987.819.

Sur le concept de « matière pénale » en référence au système italien, V. Vassalli, « Le droit italien, principes généraux applicables à la "matière pénale" », in cette *Revue*, 1987.73 ; Paliero, « *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte EDU : una questione classica ad una svolta radicale* », in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1985. 894.

33. La « matière pénale » au sens de la CEDH, préc. p. 836. Sur le concept de « flou du droit », V. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986.

34. B. Bouloc, *Décisions récentes de la CEDH*, préc. p. 22.

diques interprétés trop strictement... Liberté et matière pénale doivent être entendues largement, peu important que la sanction soit pénale, civile ou administrative... Quoi qu'il en soit, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que des sanctions disciplinaires ou des contraventions administratives relevaient du domaine de l'article 6 de la Convention »<sup>35</sup>.

C'est, donc, un fait établi que lors de certaines décisions (V. les arrêts *Engel, Öztürk, Lutz*), la Cour, au-delà des efforts conceptuels de les reconduire à la « matière pénale », a fait rentrer de façon concrète dans le cadre de l'article 6 CEDH de vraies et propres sanctions disciplinaires et administratives.

#### 4. La notion de « tribunal impartial et indépendant » dans le système italien : a) les dispositions de la Constitution.

Ayant reconstruit la notion européenne de « tribunal impartial et indépendant » en relation à celle de « matière pénale », il s'agit maintenant d'en déterminer la signification dans le système italien et d'en vérifier l'éventuelle correspondance avec l'esprit et la *ratio* de la Convention. La recherche commencera par les nombreuses normes constitutionnelles relevantes sous ce profil.

Disons tout de suite que, tandis que l'orientation de la Convention européenne (et des autres documents internationaux) est celle de « tutelle des droits fondamentaux de la personne », il existe aussi d'autres perspectives dans lesquelles l'indépendance et l'impartialité peuvent être évaluées. Ainsi d'un côté, les susdits éléments peuvent répondre à des intérêts primaires de la collectivité et des institutions, dans le cadre d'une répartition équilibrée des pouvoirs de l'Etat ; de l'autre côté, ils peuvent s'évidencier comme un complexe de garanties pour les juges mêmes, car ils fournissent un statut aux juges et une structure au système judiciaire qui permettent l'exercice serein de la fonction juridictionnelle. Nous pourrions définir les différents types ou différents aspects de l'indépendance et de l'impartialité du juge, respectivement, comme « de garantie-fonctionnelle », « -institutionnelle » et « -organique ».

La polydimension du concept peut être relevée directement dans la Constitution italienne. L'aspect « de garantie-fonctionnelle » émerge du « principe d'égalité » (art. 3) qui est situé parmi les principes fondamentaux en faveur du citoyen et dont l'*impartialité* du juge représente l'une des émanations directes et nécessaires<sup>36</sup>. La fonction « de garantie » de l'*indépendance* est mise en évidence dans l'article 25, (inséré parmi les dispositions sur les droits de la personne), où l'on affirme le principe du « juge naturel »<sup>37</sup>, qui doit être mis en relation avec l'article 102, 1<sup>er</sup> alinéa qui interdit l'institution de juges extraordinaires ou spéciaux.

A l'indépendance dans le sens « institutionnel » font référence les articles 101, 104 et 108. Le premier, après la proclamation solennelle que « la justice est administrée au nom du peuple », affirme que « les juges sont sujets seulement à la loi ». L'article 104 confirme que « la magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir ». L'article 108, enfin, sanc-

35. B. Bouloc, *Décisions récentes de la CEDH*, préc. p. 35-36.

36. Chiavario, *Processo e garanzie*, II, préc. p. 44.

37. « Personne ne peut être détourné du juge naturel préconstitué par la loi ». Sur le « juge naturel », V. Pisani, « La garanzia del "giudice naturale" nella Costituzione italiana », in *Problemi della giurisdizione penale*, préc. p. 69 ; *idem.*, « Problemi vecchi e nuovi in tema di giudice penale », in *Problemi*, préc. p. 89. Pour un cadre de la doctrine sur l'argument, V. Crisafulli-Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padoue, 1990, p. 179.

tionne que « les normes sur le système judiciaire et sur toute autre magistrature sont établies par loi ». Il apparaît évident, d'après la teneur littérale des normes citées et leur collocation systématique (elles sont insérées dans le contexte des dispositions relatives à l'« Organisation de la République ») que l'« indépendance » dont on fait ici référence est un type d'indépendance « externe », qui fait office d'« autogarantie » pour la magistrature dans ses rapports institutionnels avec les autres pouvoirs de l'Etat<sup>38</sup>. Indirectement, elle représente aussi une garantie pour le citoyen d'être jugé par des organes soustraits à la sphère d'influence d'autres centres de pouvoir.

Un ensemble d'autres normes constitutionnelles permet, enfin, de délimiter une sorte d'« indépendance organique » pour ainsi dire « interne », entendue comme indépendance d'organisation et de fonctionnement, soit pour l'organisation judiciaire dans son ensemble soit comme autonomie pour chaque juge en particulier à l'intérieur du système de la magistrature. Dans ce sens, vient en considération l'article 105, qui assigne au Conseil supérieur de la magistrature des fonctions de « autogouvernement » des juges ; l'article 104, qui renforce la garantie d'indépendance en attribuant la présidence du C.S.M. au Président de la République ; l'article 107, qui établit la règle de l'« inamovibilité » des magistrats (V. aussi l'art. 106) et l'article 107, 2<sup>e</sup> alinéa, qui affirme l'égalité et la dignité égale de tous les appartenants au système judiciaire, en disposant que les magistrats se distinguent entre eux seulement par la diversité des fonctions<sup>39</sup>.

La Constitution se préoccupe, en outre, de sauvegarder l'indépendance des *juridictions spéciales* (exemple : tribunal des mineurs, tribunal militaire, Cour des comptes) et des « étrangers » qui sont appelés à participer à l'administration de la justice (juges populaires de la cour d'assises) : voir à ce propos l'article 108, 1<sup>er</sup> alinéa. Le *ministère public* est également l'objet de préoccupations « garantistes » de la part de la Constitution : outre à une référence dans l'article 108, 1<sup>er</sup> alinéa, déjà cité, l'article 107, 3<sup>e</sup> alinéa affirme que « le ministère public jouit des garanties établies vis-à-vis de lui dans les normes sur le système judiciaire ». L'autre norme de la Constitution dédiée au ministère public, l'article 112 (« le ministère public a le devoir d'exercer l'action pénale ») est interprétée en clé de tutelle vis-à-vis du juge plutôt que du ministère public : on retient en effet que, dans la mesure dans laquelle est traduite en règle normative la règle traditionnelle *ne procedat iudex ex officio*, l'article 112 de la Constitution est orienté à garantir l'impartialité du juge pénal<sup>40</sup>.

Dans la logique de garantie de la Convention européenne — comme on a vu — les aspects qui viennent en relief sont au nombre de deux : d'un côté, l'impartialité entendue comme « équidistance » en relation à un procès singulier, c'est-à-dire comme « rôle tertiaire » du juge par rapport aux intérêts dont les parties sont porteuses ; de l'autre côté, l'indépendance dans sa signification « fonctionnelle » et « institutionnelle », c'est-à-dire comme non-assujettissement à autres sujets dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'aspect de l'« indépendance organique » reste au contraire en ombre, en tant qu'indépendance de l'organisation judiciaire dans son ensemble,

38. V. Chiavario, *Processo e garanzie*, II, préc. p. 44 ; Pisani, *Problemi*, préc. p. 15. Pour un panorama de la doctrine en matière, Crisafulli-Paladin, *Commentario breve*, préc. p. 635, 649, 665.

39. V. Chiavario, *Processo e garanzie*, II, préc. p. 46. V. aussi Crisafulli-Paladin, *Commentario breve*, préc. p. 649, 653, 658, 660.

40. Pisani, *Problemi della giurisdizione penale*, préc. p. 19.

même s'il apparaît évident qu'il s'agit d'un profil complémentaire par rapport aux deux autres. Ce serait, en effet, une garantie d'impartialité et d'indépendance purement formelle celle assurée dans le contexte d'une organisation judiciaire rigoureusement hiérarchique et sujette, par exemple, au pouvoir disciplinaire et de contrôle du ministre de la Justice.

D'ailleurs, c'est *in re ipsa* que le profil « organique », qui concerne le moment le plus « technique-opératif » de l'organisation et du fonctionnement, reste substantiellement étranger au point de vue de la Convention européenne et des autres Chartes des droits, qui se situent dans une perspective essentiellement « individualiste ».

Il faut souligner, de toute façon, la volonté commune autant de la Constitution italienne que des Chartes internationales, de sauvegarder conjointement l'impartialité et l'indépendance « fonctionnelle » du juge. A ce propos, la Cour constitutionnelle italienne a souligné une sorte de compénétration « naturelle » entre les deux perspectives. Elle a affirmé, en effet, que le « principe de l'indépendance est le fondement de celui de l'impartialité », car l'activité du juge « doit être à l'abri d'engagements qui peuvent comporter son assujettissement formel et substantiel à d'autres organes, et doit être libre de préventions, craintes, influences qui peuvent amener le juge à décider d'une façon différente de celle que lui dicte la science et la conscience »<sup>41</sup>. Au « forum interne » du juge fait référence également la Cour européenne lorsque, dans la définition d'impartialité, elle distingue un aspect « objectif » (l'ensemble des garanties qui excluent tout doute légitime sur l'autonomie de jugement du juge) et un aspect « subjectif » (la détermination de ce que le juge pense en son « forum interne » dans une déterminée circonstance)<sup>42</sup>.

Même s'il ne s'agit pas d'une norme constitutionnelle, du moment qu'elle concerne (indirectement, mais substantiellement) la problématique de l'indépendance du juge, il est opportun de faire un aperçu de la loi récente qui a discipliné la responsabilité civile des magistrats, pour les dommages causés dans l'exercice des fonctions judiciaires. Il est évident, en effet, que, si un juge peut être appelé à répondre de ses actes par un autre sujet, le juge n'est plus indépendant de ce dernier. Pour cette raison, dans certains systèmes, le juge ne répond jamais et, dans la plupart des cas, il répond seulement exceptionnellement. Il en était de même aussi en Italie jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1988, n° 117, étant prévu que le juge répond uniquement en cas de dol, c'est-à-dire s'il a agi en mauvaise foi.

La nouvelle loi a étendu les cas de responsabilité, en prévoyant que les juges, dans l'accomplissement de leurs devoirs, répondent soit pour dol soit pour faute grave soit pour « refus » de justice, étant sauve leur liberté d'interprétation des normes. L'obligation d'indemniser l'éventuel dommage au citoyen lésé grève cependant l'Etat et non pas directement le juge, qui peut être uniquement appelé à « rembourser » l'Etat, dans les délais maximum établis. La loi est très complexe, et elle a suscité de vives discussions et polémiques *pro et contra* l'extension de la responsabilité des juges. Les arguments en faveur se situent dans l'opportunité juridique d'éliminer une inégalité de traitement et de « privilège » des juges vis-à-vis de tous les autres « employés civils » de l'Etat et dans le but « stratégique » de mettre une limite à l'« irresponsabilité » et à l'« abus » professionnel des magistrats. Par contre,

41. Corte cost. 15 mai 1974, n° 128, in *Giur. cost.* 1974, p. 850.

42. Cour européenne, 1<sup>er</sup> oct. 1982, préc.

l'extension du domaine de la responsabilité envers les tiers suscite des craintes de possibles contrôles « politiques » externes sur l'oeuvre des juges (au préjudice de leur indépendance) et de majeurs conditionnements de la part des « parties » au procès (avec préjudice de l'impartialité dans la décision). Il faut dire, de toute façon, que jusqu'à aujourd'hui aucun effet brisant ou éclatant de la nouvelle loi ne s'est manifesté ni positivement ni négativement.

5. *La notion de « tribunal impartial et indépendant » dans le système italien :*  
 b) *le nouveau code de procédure pénale.* Une vérification de la notion de « tribunal indépendant et impartial » et de son actuation dans le système procédural-pénal ne peut ignorer l'événement « historique » qui s'est vérifié récemment en Italie, avec l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale, le premier code de la République italienne. Cet événement s'est réalisé à travers la promulgation du d.P.R. 22 septembre 1988 n° 447 qui a approuvé (après un long *iter* commencé il y a presque vingt ans) le texte du nouveau code. L'occasion est, donc, on ne peut plus opportune pour vérifier si, et dans quelle mesure, dans le nouveau procès trouve application la notion « conventionnelle » (et celle constitutionnelle) de « tribunal indépendant et impartial » et si le nouveau système offre, dans cette direction, des garanties majeures par rapport à celui précédent.

L'indication contenue dans la loi de délégation du 16 février 1987 n° 81 apparaît assez encourageante sous ce profil. Par là même, l'on autorise le gouvernement à produire le nouveau code et l'on fixe les principes directifs auxquels le gouvernement même aurait dû se conformer pour la rédaction du nouveau texte législatif. Dans le « préambule » de l'article 2 de la loi 81/1987 deux directives « de but » ou « de principe » sont fixées avant tout : avec la première, l'on impose au nouveau code « de réaliser les principes de la Constitution » et avec la seconde l'on prescrit qu'« il doit s'adapter aux règles des conventions internationales ratifiées par l'Italie et relatives aux droits de la personne et au procès pénal ».

En ce qui concerne « l'adaptation » du code aux conventions internationales, même si à l'article 2 l. 81/1987 l'on fait génériquement référence aux « conventions internationales », il n'y a pas de doute qu'une prééminence « tacite » doit être attribuée justement à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international sur les droits civils et politiques. D'ailleurs, la loi de délégation, dans une de ses précédentes versions faisait une référence explicite soit à l'un soit à l'autre<sup>43</sup>. Si, par la suite, l'on a omis le rappel spécifique et l'on est revenu à un texte générique, cela est dû également à l'exigence de ne pas exclure, ou, du moins, de ne pas faire apparaître secondaire l'importance d'autres possibles sources de dérivation internationaliste<sup>44</sup>. De toute façon, reste indiscuté le rôle primaire de la Convention et du Pacte, qui représentent deux points de référence essentiels, en raison aussi de la présence d'organes internationaux (*in primis* la Cour euro-

43. Dans l'article 2 de la loi précédente de délégation (3 avr. 1974, n° 108), dans le texte approuvé par la Chambre des députés le 13 août 1984, on disait que : « Le code de procédure pénale doit ... s'adapter aux normes de la *Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signée à Rome le 4 nov. 1950, et du *Pacte international sur les droits civils et politiques*, adopté à New York le 16 déc. 1966, ainsi qu'aux normes des conventions internationales ratifiées par l'Italie, relatives aux droits de la personne et au procès pénal ».

44. V. Chiavario, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2<sup>e</sup> éd. Turin, 1990, p. 26.

péenne) expressément institués pour veiller à leur observance<sup>45</sup>. Il est en outre évident que, aux effets de la réforme du code, viendront en relief les articles 5 et 6 de la Convention européenne et les articles 9 et 14 du Pacte international, relatifs à la tutelle de la liberté personnelle et aux conditions du « procès équitable ».

En extrême synthèse, parmi les lignes-guides du nouveau code de procédure pénale sans aucun doute inspirées par les normes conventionnelles (et constitutionnelles), doivent être signalées « la simplification maximale » du déroulement du procès par rapport aux exigences de sa durée « raisonnable »<sup>46</sup>, l'adoption de la méthode orale comme standard de la nouvelle procédure<sup>47</sup>, la prédisposition d'instruments appropriés pour réaliser la participation de l'accusation et de la défense sur des bases d'effective égalité à chaque étape et degré du procès<sup>48</sup>.

En ce qui concerne, en particulier, les caractères de l'*indépendance* et de l'*impartialité* du juge (condition primaire d'un « procès équitable »), il faut dire que, déjà sur le plan des principes et des choix « idéologiques », la transformation du procès pénal italien du modèle « inquisitorial » en modèle « accusatoire » représente une indication de fond pour une option de signe plus « garantiste ». En arrivant aux vérifications spécifiques, il nous semble que les plus significatives soient représentées : a) par l'abolition de la figure du juge instructeur ; b) par la restructuration du rôle du ministère public ; c) par la nouvelle configuration du procès prétorial.

a) L'abolition de la figure du *juge instructeur* est une des solutions avec lesquelles le nouveau code vise à poursuivre l'objectif de la séparation entre la titularité des fonctions juridictionnelles et la titularité des fonctions d'investigation. Les critiques adressées au juge instructeur sont bien connues : il s'agit d'un organe juridictionnel avec attributions investigatrices et accusatoires ; par conséquent, les doutes (exprimés aussi par la Cour européenne) sur la capacité de cet organe de garantir un rôle impartial apparaissent fondés<sup>49</sup>. Avec l'introduction du nouveau modèle de procès accusatoire et avec la conséquente abolition de la phase « secrète » de l'instruction, disparaît aussi la figure ambiguë de ce « juge-inquisiteur », vrai *dominus* de la liberté personnelle lors de la phase pré-débats.

45. Chiavario, *op. loc. ult. cit.*. Sur les effets de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne sur les instances de réforme du code de procédure, V. AA.VV. *Il giudice italiano di fronte alla CEDU*, Padoue, 1975 ; AA.VV. *Processo accusatorio, processo riformato e diritti dell'uomo*, en cours de publication ; Amodio, « L'attività del Consiglio d'Europa e il processo penale italiano » in *Riv. dir. process.* 1981. 665 ; Chiavario, « CEDU e riforma del processo penale », in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1970. 661 ; Idem, « La CEDU e il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano », in *Riv. dir. internaz.* 1974. 454 ; Conso, « I diritti dell'uomo e il processo penale », in *Riv. dir. process.* 1968. 307 ; Giarda, « Diritti dell'uomo e processo penale italiano : un bilancio e prospettive operative » in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1981. 911.

46. Comme mise en oeuvre de cette directive, doivent être signalées l'abolition de la phase instructoire (secrète et, donc, souvent longue et complexe), la réduction du délai de la détention préventive, la nouvelle discipline du classement et la prévision d'une série de procédures spéciales simplifiées et abrégées.

47. L'on considère la « centralité » que, dans le nouveau procès, acquiert la phase du débat, publique et orale par excellence.

48. La réduction des pouvoirs du ministère public et le corrélatif accroissement des « pouvoirs » de la défense doivent être considérés dans cette perspective, surtout en relation avec l'acquisition des moyens de preuve.

49. V. pour tous, Amodio, « Eguaglianza delle armi nel processo, presunzione di innocenza e ruolo del giudice istruttore » in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1981. 237 ; Idem, « Nuovi valori "costituzionali" nelle giustizia penale del continente europeo » in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1984. 918 ; Ruggieri, *La Corte EDU e l'imparzialità del giudice istruttore*, préc. ; Siracusano, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milan, 1989, p. 3.

Abolie l'instruction (autant formelle que sommaire), le devoir d'effectuer les enquêtes nécessaires pour la recherche des sources de preuve appartient exclusivement au ministère public, qui se sert à ce propos de la police judiciaire (art. 327, nouveau c. pr. pén.). Même le nom de cette phase procédurale change et devient celui d'« enquêtes préliminaires » (art. 326, nouveau c. pr. pén.). Etant donné la délicatesse de cette phase de la procédure et l'ampleur des pouvoirs d'investigation du ministère public, il était nécessaire de prévoir également la présence d'un sujet avec fonctions de garantie juridictionnelle. Cette figure a été déterminée par le « juge pour les enquêtes préliminaires » (j.e.p.) (art. 328 nouveau c. pr. pén.) qui — nous le soulignons — ne reproduit en aucune manière la figure du juge instructeur. Le j.e.p. n'a aucun pouvoir d'investigation autonome et il ne peut interférer ni sur le déroulement des enquêtes ni sur leur résultat. Il est *tiers* des parties du procès et c'est un organe *impartial* qui a, dans le cours des enquêtes, des fonctions de garantie et de contrôle. Dans ce cadre, le j.e.p. est appelé à intervenir, jusqu'au moment de la formulation de l'accusation, en relation à trois importants domaines : 1) tutelle des droits et des libertés fondamentaux ; 2) délai de déroulement des enquêtes et exercice de l'action pénale ; 3) formation de la preuve<sup>50</sup>.

Particulièrement significatifs, sous le profil de l'impartialité et des garanties de juridictionnalité, apparaissent les pouvoirs-devoirs du j.e.p. en relation avec les mesures concernant la liberté personnelle et avec les mesures « de précaution », qui peuvent être disposées, révoquées ou remplacées uniquement par ce juge (art. 279 nouveau c. pr. pén.). Même l'arrêt en flagrance de délit et l'arrestation de police (mesures coercitives urgentes de la police judiciaire ou du ministère public) perdent leur efficacité si elles ne sont pas validées par le j.e.p., qui en évalue les conditions de légitimité et le respect des délais prescrits (art. 391 nouveau c. pr. pén.)<sup>51</sup>.

Il n'y a, donc, aucun doute que l'abolition du juge instructeur et son remplacement par le juge des enquêtes préliminaires marquent un considérable pas en avant pour le système procédural-pénal italien sur la voie de l'adaptation à la notion européenne (et constitutionnelle) de « tribunal indépendant et impartial ».

b) Une autre figure procédurale hybride typique, dans ce cas non supprimée, mais restructurée du point de vue fonctionnel, est celle du *ministère public*<sup>52</sup>.

Dans le procès inquisitorial, le ministère public-partie procédurale, titulaire de l'action pénale et de l'accusation, accomplit également des fonctions véritables de juridiction. Il a, en effet, le pouvoir de direction de l'activité d'instruction (l'instruction sommaire) et des pouvoirs immédiatement décisionnels en ordre à la liberté personnelle de l'accusé, qui font de lui un « para-juge », un véritable « juge-enquêteur ». Dans le nouveau modèle pro-

50. Sur la nouvelle figure du j.e.p. V. Grevi, « Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari » in AA.VV. *Il nuovo processo penale*, Milan, 1989, p. 15 ; Pisapia, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2<sup>e</sup> éd. Padoue, 1990, p. 39.

51. Sur le « principe de juridictionnalité » dans la nouvelle discipline de la liberté personnelle, V. AA.VV. *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padoue, 1989 ; Chiavario, « Libertà personale e processo penale », in *Indice pen.* 1987. 203 ; Idem, « Misure cautelari e libertà personale », in *Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, p. 105 ; Conso-Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padoue, 1990, p. 193 ; Grevi, « La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari » in *Verso una nuova giustizia*, préc. p. 55.

52. Sur le rôle du parquet dans une perspective de comparaison, V. Pisani, *I rapporti tra l'organizzazione giudiziaria e il processo penale*, Padoue, 1990, p. 35.

cédural, le ministère public est privé de ces attributions juridictionnelles anormales : il ne possède plus de pouvoirs décisionnels, ne pourvoit plus à former directement la preuve, ne possède plus de pouvoirs de coercition personnelle (qui sont toujours et de toute façon « filtrés » par le j.e.p.). La diversité de la fonction du ministère public par rapport à celle du juge est, donc, approfondie et plus nettement précisée.

Si, « négativement », la nouvelle dimension du ministère public se caractérise par la perte des pouvoirs para-juridictionnels anormaux dont il était précédemment fourni, « positivement », le « nouveau » ministère public voit accrue et mieux définie une série d'attributions typiques de l'organe de l'accusation. En effet, son rôle d'organe « inquisitorial » et de titulaire de l'action pénale est potentié, et il devient le *dominus* des enquêtes préliminaires et de l'activité investigatrice. Le nouveau cadre des pouvoirs du ministère public est précisé, dans ses lignes générales, par les articles 326, 327 et 358 du nouveau code de procédure pénale.

Plus que d'une « réduction » du rôle l'on doit donc parler de sa « redéfinition » et d'une précision de la position institutionnelle, qui non seulement n'a pas été fonctionnellement réduite mais a été même renforcée, dans le cadre d'une attribution de compétences plus rationnelle et conforme, qui accentue la position « de partie » du ministère public. L'élimination de la confusion des rôles avec le juge et la nette différenciation établie entre « action » et « juridiction » empêcheront, à l'avenir, que le ministère public-partie puisse contradictoirement exercer des fonctions juridictionnelles vis-à-vis d'une autre partie, et ne permettront plus que le juge-tiers puisse exercer contradictoirement des fonctions investigatrices et inquisitoires de recherche de la preuve<sup>53</sup>.

Même les profondes modifications qui concernent la figure du ministère public contribuent, donc, à rapprocher le système procédural-pénal italien au modèle d'« impartialité » dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qui est précisé dans l'article 6 CEDH et dans les décisions de la Cour européenne<sup>54</sup>.

c) La troisième innovation de fond qui permet d'aligner le nouveau procès pénal italien aux indications européennes sur le procès équitable devant un « tribunal indépendant et impartial » concerne le *procès prétorial*. Le procès devant le juge de première instance résulte profondément réformé soit en ce qui concerne sa configuration soit en ce qui concerne la composition des sujets appelés à l'accomplir : c'est surtout ce second aspect qui vient ici en relief.

L'ancienne structure du procès prétorial était « monomorphe »<sup>55</sup> : un seul sujet — le juge de première instance — comparaisait sur la scène procédu-

53. Sur le rôle renouvelé du ministère public dans le procès pénal, V. Chiavario, *La riforma del processo penale*, préc. p. 78 ; De Nicola, « La posizione del pubblico ministero nel nuovo processo penale », in *Verso una nuova giustizia*, préc. p. 203 ; Pisapia, *Lineamenti del nuovo processo penale*, préc. p. 18 ; Vigna, « Le indagini preliminari » in *Il nuovo processo penale*, préc. p. 3 ; W. Zagrebelsky, « Nuovo codice di procedura penale e modifiche di ordinamento giudiziario », in *Verso una nuova giustizia*, préc. p. 173, 177.

54. De toute façon, doivent être signalées certaines attributions résiduelles de pouvoirs qui s'accordent mal avec la nouvelle position de « partie » du ministère public. Nous nous référons aux pouvoirs reconnus au ministère public dans la dynamique des « procédures spéciales » : le « jugement abrégé » (art. 438 et s.), la soi-disant « négociation » (« *patteggiamento* ») (art. 444 et s.), le « jugement référé » (art. 449 et s.) ; et, surtout, au pouvoir du ministère public auprès du tribunal d'émettre le décret de citation en jugement (art. 554), qui constitue l'exercice d'une activité plus exactement juridictionnelle.

55. Cordero, *Codice di procedura penale*, Turin, 1990, p. 618.

rale, en focalisant sur soi toutes les fonctions : investigatrices, instructoires et décisives. Le nouveau procès, au contraire, a eu un développement « polymorphe » : la scène s'enrichit de nouveaux « acteurs » et les mêmes protagonistes du procès devant le tribunal y comparaissent : le procureur de la République auprès du tribunal de première instance ; le juge pour les enquêtes préliminaires auprès du tribunal de première instance ; le juge de première instance (art. 550 nouveau c. pr. pén.). Même dans le procès prétorial, donc, « action » et « juridiction » sont de la compétence d'organes distincts, et les mesures intermédiaires sur la liberté personnelle sont attribuées à un troisième organe (le j.e.p.).

La figure du « juge-patron », *dominus* absolu du procès, avait suscité, déjà depuis un certain temps, des réserves et des critiques qui s'étaient traduites même par des censures d'inconstitutionnalité. La Cour constitutionnelle avait répondu de toute façon négativement à ce propos : d'abord, en justifiant l'institut prétorial pour des raisons d'économie procédurale (sentences n° 61/1967 et n° 123/1970) et, plus récemment en remettant à l'initiative du législateur les interventions innovatrices en la matière (sentences n° 268/1986 et n° 172/1987). L'évidente anomalie du procès prétorial et l'« éclatante » violation du principe d'impartialité qui s'y consumaient étaient, en outre, justifiées ou, du moins, tolérées pour la considération du fait que le jugement devant le juge de première instance représentait, de toute façon, un procès « mineur », pour les délits de faible importance et de gravité minime.

Avec la réforme du procès pénal, cependant, le procès prétorial s'apprête à devenir le jugement « normal », prévu pour un pourcentage assez élevé de cas. L'article 7 du nouveau code attribue, en effet, à la compétence pour matière du « prêteur » les délits punis par une détention jusqu'à quatre ans et une série d'autres délits de grande importance sociale et de haut pourcentage statistique comme, par exemple, l'homicide par imprudence, le vol qualifié, l'escroquerie qualifiée (une hypothèse), le recel. Le procès prétorial, donc, ne sera plus relégué à un rang secondaire par rapport au procès devant le tribunal, mais il revêtira, au contraire, une position de centralité dans l'administration de la justice.

A ce point-ci, outre les raisons « de principe », même des arguments « de fait » auraient rendu insoutenable et injustifiable la permanence d'une anomalie procédurale tel qu'était le précédent procès ; le législateur y a, de toute façon, pourvu avec le nouvel article 550 du code de procédure pénale<sup>56</sup>. Un autre pas important, vers une majeure réalisation du principe d'indépendance et d'impartialité du juge, a été donc accompli.

Pour achever le discours sur le système du code, nous ferons une simple allusion à certaines institutions (désormais accueillis formellement dans les traditions juridiques de tous les systèmes) qui agissent à l'intérieur des procès singuliers, pour éliminer des situations concrètes qui peuvent comporter des obstacles à l'indépendance et à l'impartialité du juge. Il s'agit d'institutions qui interdisent la participation ou permettent l'exclusion du procès du juge qui se serait déjà « préconstitué » une opinion des faits du jugement

56. Sur le nouveau procès prétorial, V. Carulli-Dalia, *Le nuove norme sul processo penale*, Naples, 1989, p. 643 ; Conso-Grevi, *Profili del nuovo codice*, préc. p. 377 ; Cordero, *Codice di procedura penale*, préc. p. 617 ; Dominioni, « Il processo pretorile », in *Verso una nuova giustizia*, préc. p. 165 ; Lattanzi-Lupo, *Il nuovo codice di procedura penale*, Milan, p. 77 ; Nappi, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milan, 1989, p. 251 ; Neppi Modona, « Il procedimento davanti al pretore » in *Il nuovo processo penale*, préc. p. 107.

(pour y avoir déjà participé lors d'un précédent état ou degré) ou qui puisse faire naître le doute raisonnable d'avoir un intérêt à décider la cause en faveur ou au détriment de l'une des parties. Nous nous référons à l'« incompatibilité » (art. 34 et 35, nouveau c. pr. pén.), à l'« abstention » (art. 36 nouveau c. pr. pén.) et à la « récusation » (art. 37 et s. nouveau c. pr. pén.).

Une autre institution, analogue dans la finalité de garantie mais différente pour la nature et la structure, est celle de la « rémission » du procès à un bureau judiciaire différent (art. 45 et s. nouveau c. pr. pén.). Celui-ci a le but d'assurer la « sérénité » du déroulement procédural et de la décision, vis-à-vis des conditionnements possibles dus à des facteurs liés au lieu et au milieu dans lesquels le procès devrait avoir lieu. Même si la « rémission » soulève quelques problèmes en relation à la règle de la « préconstitution » du juge, la *ratio* qui l'inspire en fait certainement un instrument direct de tutelle de l'indépendance et de l'impartialité du juge des pressions externes.

La discipline dictée pour toutes ces institutions par le nouveau code de procédure pénale ne diffère pas trop de la précédente. De toute façon, soit une accentuation des garanties juridictionnelles du procès soit le caractère plus unitaire de la discipline de la matière entière doivent être signalés<sup>57</sup>.

6. La notion de « tribunal impartial et indépendant » dans le système italien :  
 c) la procédure pour l'application des sanctions disciplinaires. La vérification du degré d'actuation dans le système italien du principe d'indépendance et d'impartialité du juge se déplace, enfin, dans la zone plus « à risque » du système entier, c'est-à-dire le vaste, hétérogène et indéfini domaine de la « matière pénale » différent du droit « criminel » au sens strict. Il s'agit du contexte punitif autour duquel tant a travaillé la Cour européenne et qui — comme vu — comprend essentiellement : a) les *sanctions disciplinaires* ; b) les *sanctions administratives* ; c) les *mesures de prévention*.

Notre recherche essaiera de certifier si, sur un plan général, les garanties prévues dans la procédure disciplinaire, dans la procédure administrative et dans celle pour l'application des mesures de prévention rejoignent le standard de tutelle minimum pour que l'on puisse parler de la garantie d'un « tribunal indépendant et impartial ».

En ce qui concerne les *sanctions disciplinaires*, viennent, essentiellement en relief, soit pour leur importance et gravité intrinsèque soit pour leur relief statistique, les sanctions infligées dans le domaine du *système pénitentiaire* et celles dans le domaine de l'*organisation militaire*.

Les sanctions disciplinaires dans le domaine *pénitentiaire* sont prévues et indiquées dans l'article 39 de la loi du 26 juillet 1975, n° 354 (ensuite modifiée par la loi du 10 oct. 1986, n° 663). Pour celles-ci est posée, dans le même article 39, une *réserve de loi* expresse : « les infractions disciplinaires peuvent donner lieu uniquement aux sanctions suivantes... ». En ce qui concerne les infractions disciplinaires qui déterminent l'application des sanctions, l'article 38, l. 354/1975 en demande, au contraire, la prévision au règlement successif d'actuation (art. 72 d.P.R. 29 avr. 1976, n° 431).

Sans entrer dans le détail, nous observerons qu'il existe des hypothèses soit d'infractions soit de relatives sanctions (n° 9-12 art. 72 d.P.R. 431/1976 ; n° 3-

57. Sur les instituts susdits, V. AA.VV. *Commento al nuovo codice di procedura penale*, par M. Chiavario, vol. I, Turin, 1989, p. 190 ; Amodio-Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Milan, 1989, p. 224 ; Zappalà, *La ricsuzione del giudice penale*, Milan, 1989.

5 art. 39 loi 354/1975) qui, pour leur nature et gravité et pour les effets sur la liberté personnelle (malgré leur brève durée), peuvent certainement rentrer dans la notion de « matière pénale » d'après l'article 6 CEDH et la relative jurisprudence de la Cour européenne.

En ce qui concerne la *procédure* et l'*autorité compétente* pour l'exécution des sanctions, l'article 38, 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, l. 354/1975 prévoit qu'aucune sanction ne peut être infligée sinon avec une disposition motivée, après la constatation de l'infraction à l'intéressé, qui est admis à exposer ses propres justifications ; dans l'application des sanctions, il faut considérer, outre la nature et la gravité du fait, aussi le comportement et les conditions personnelles du sujet ; les sanctions sont exécutées dans le respect de la personnalité. L'article 10 établit que les sanctions les plus faibles sont délibérées par le *directeur* de l'établissement pénitentiaire, tandis que les sanctions les plus graves sont imposées par le *conseil de discipline* (composé par le directeur, par le médecin et par l'éducateur). Les modalités particulières de la procédure sont indiquées dans l'article 76 d.P.R. 431/1976.

D'après l'examen des dispositions susdites il résulte que la procédure d'application semble satisfaire dans une certaine mesure aux exigences d'un « procès équitable », soit en relation avec le respect de la personnalité de l'intéressé et ses possibilités de défense soit en relation avec le devoir de motivation de la décision. Il n'y a aucun doute, cependant, que l'autorité compétente pour l'exécution de la sanction n'offre pas de garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité : la constatation du fait est toujours de la compétence du directeur et même le conseil de discipline apparaît composé de façon telle qu'il reflète de très près la position et les intérêts de l'administration pénitentiaire-partie en cause.

La condition requise d'impartialité de l'organe jugeant est, cependant, « récupérée » dans la phase successive de la procédure. L'article 69 l. 354/1975 (comme modifié par l'art. 21 loi 663/1986), parmi les compétences du *magistrat de surveillance*, prévoit celle de décider sur les réclamations des détenus relatives à l'observance des règles sur l'exercice du pouvoir disciplinaire, sur la constitution et compétence de l'organe disciplinaire, sur la contestation des « imputations » et la faculté de justification. Le même article et l'article 71 *ter* disposent en outre que, contre l'ordonnance du magistrat de surveillance, l'on peut déposer un recours en cassation.

Le magistrat de surveillance et, par la suite, le tribunal de surveillance (art. 22 loi 663/1986) ont été institués par la loi dans le but spécifique et déclaré d'introduire aussi dans la phase d'exécution de la peine les principes, les règles et les garanties de la juridiction. Pour eux-mêmes sont valables les garanties de la Constitution, du code de procédure pénale (V. art. 677) et des dispositions sur le système judiciaire mises à la tutelle de l'indépendance et de l'impartialité du juge<sup>58</sup>.

58. Même la Cour constitutionnelle s'est exprimée dans le sens que la magistrature de surveillance appartient à la juridiction ordinaire (Corte cost. 14 janv. 1986, n° 4, in *Giur. cost.* 1986, I. 31). Sur la nature, sur les fonctions et sur l'autonomie de la magistrature de surveillance, V. Bartole, « Attribuzione ai giudici di funzioni non giurisdizionali e tutela della loro indipendenza » in *Giur. cost.* 1987, I. 1204 ; De Maestri, « La giurisdizione di sorveglianza » in AA.VV. *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, par G. Flora, Milan, 1987, p. 497 ; Margara, « Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria » in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, par V. Grevi, Bologne, 1982, p. 204.

En considération de l'incontestable position de « tiers » du magistrat de surveillance et de l'ultérieure garantie juridictionnelle offerte par le recours en cassation, il faut retenir que la procédure prévue pour l'application des sanctions disciplinaires dans le domaine pénitentiaire, évalué dans son *iter* global, respecte, sinon dans la mesure intégrale, du moins de manière suffisante, le principe d'indépendance et d'impartialité du juge, comme entendu dans le contexte européen<sup>59</sup>.

En ce qui concerne les sanctions dans le domaine de l'*organisation militaire*, ce n'est pas seulement la matière disciplinaire qui est impliquée par le doute sur l'indépendance et l'impartialité du juge, mais c'est la matière pénale même au sens strict. Les forces armées, dans le contexte des « institutions totalisantes », sont celles qui présentent intrinsèquement les caractères majeurs de particularité, à cause de la position « de limitation » qu'y assument les appartenants et à cause de la spécificité des rapports qui s'instaurent entre eux. Ces caractéristiques intrinsèques du système militaire sont, du reste, bien contenues dans l'article 1, 1<sup>er</sup> alinéa du d.P.R. 18 juillet 1986, n° 545 qui a approuvé le nouveau « Règlement de discipline militaire ». Il cite : « au militaire reviennent les droits que la Constitution reconnaît aux citoyens. Il est soumis à une discipline particulière, à des devoirs et responsabilités et à des *limitations* dans l'exercice de certains droits... ». L'article 2 du d.P.R., qui définit le concept de « discipline », éclaire la signification de la locution « institution totalisante », utilisé pour désigner le système militaire<sup>60</sup>.

Ces particularités de l'organisation se reflètent, naturellement, sur le système de la justice militaire. Bien que la référence de la Constitution à la « juridiction » des tribunaux militaires (art. 103, 2<sup>e</sup> al.) fasse présumer l'exercice d'une véritable fonction juridictionnelle, la composition des tribunaux était telle à en faire, en réalité, d'effectifs organes exécutifs de l'institution militaire. En effet, d'après l'ancienne ordonnance (R.d. 9 sept. 1941, n° 1022), le tribunal militaire territorial était composé par cinq membres, dont un seul magistrat (militaire et, par conséquent, dépendant du *ministère* de la Défense, d'après les règles alors en vigueur). Contre les décisions de ce « tribunal » était en outre admis seulement le recours au Tribunal suprême militaire, un degré intermédiaire de juridiction n'étant pas prévu.

Cette situation a profondément changé avec l'entrée en vigueur de la loi du 7 mai 1981, n° 180 qui a restructuré *ex novo* la juridiction militaire. Cette loi a, avant tout, modifié la composition du tribunal militaire territorial, qui est maintenant formé par trois membres, dont deux magistrats militaires (assimilés, en ce qui concerne le *status* et les garanties d'indépendance, aux juges ordinaires) et un militaire non magistrat (tiré au sort parmi tous les officiers qui prêtent service dans la circonscription). En outre, la cour militaire d'appel a été instituée comme organe de second degré, en éliminant ainsi

59. Sur les garanties juridictionnelles dans la procédure disciplinaire en général, V. Chiavario, *Processo e garanzie*, I, préc. p. 22 ; Marzaduri, « Processo penale e procedimento disciplinare : giurisprudenza europea e prospettive per la legislazione interna italiana », in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, préc. p. 589 ; Sperduti, « Giurisprudenza internazionale in formazione sui procedimenti disciplinari interni » in *Foro. it.* 1982, p. 33.

60. Sur la compatibilité constitutionnelle de la discipline militaire, V. entre autres, Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milan, 1962 ; Conso, « Crisi costituzionale della giustizia militare » in *Arch. pen.* 1976, 123 ; Maggiore, « La tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale militare italiano » in *Riv. pen.* 1971, 407 ; Idem, « Tribunali militari e Costituzione » in *Rass. giust. mil.* 1977, 226 ; Nuvolone, « Valori costituzionali della disciplina militare » in *Rass. giust. mil.* 1979, 24 ; Sandulli, « Disciplina militare e valori costituzionali » in *Rass. giust. mil.* 1979, 2.

l'anomalie précédente. Le Tribunal suprême, en tant qu'organe de légitimité, a été également éliminé, remplacé, dans ce rôle, par la Cour de cassation, « juge naturel » de légitimité.

Ces innovations et certaines autres introduites par la loi 180/1981, si elles n'annulent pas complètement les différences entre la justice militaire et la justice ordinaire, en réduisent certainement de façon sensible les distances et contribuent de manière décisive à donner une actuation pratique à l'article 108, 1<sup>er</sup> alinéa de la Constitution<sup>61</sup>.

Outre le procès pénal, même la procédure disciplinaire à la charge des militaires a été récemment réformée et mise à jour d'après les plus modernes exigences de légalité et de tutelle des droits fondamentaux. Ceci s'est réalisé par l'effet du d.P.R. 545/1986 déjà cité dont les articles 56 et suivants sont consacrés aux sanctions disciplinaires et à la procédure prévue pour leur application<sup>62</sup>. Malgré les garanties accrues, il faut de toute façon dire que, soit pour les caractéristiques du procès (par exemple l'absence du contradictoire, le secret), soit pour la nature de l'autorité jugeante (le supérieur), les conditions minimales, pour que la procédure en question puisse être définie comme un « procès équitable » d'après l'article 6 n° 1 CEDH, font certainement défaut. Autrement que cela se passe pour les sanctions disciplinaires infligées dans le domaine pénitentiaire, il n'est pas possible de « récupérer », du moins en partie, les conditions susdites non plus dans les phases successives de la procédure. Les articles 70-72 du d.P.R. 545/1986 prévoient, en effet, que l'instance de réexamen de la sanction infligée soit présentée, par voie hiérarchique, à la même autorité que celle qui a émis la disposition et que le recours hiérarchique contre la deuxième disposition soit présenté devant l'autorité immédiatement supérieure à la précédente. L'on reste, donc, en dehors de la perspective d'impartialité de l'organe compétent pour infliger la sanction.

7. *La notion de « tribunal impartial et indépendant » dans le système italien : d) la procédure pour l'application des sanctions administratives.* Avec la dernière loi de dépénalisation (loi du 24 nov. 1981, n° 689), le législateur italien ne s'est pas limité à transformer en faits illicites administratifs une grande quantité de délits, mais a formulé *ex novo* une discipline détaillée des faits illicites administratifs, et a décrit de façon complète la structure de la procédure pour l'application des sanctions.

Actuellement, donc, dans le système italien, le fait illicite administratif, sous le profil de la discipline substantielle, bénéficie d'un traitement qui, relativement aux principes fondamentaux, offre substantiellement les mêmes garanties prévues pour le fait illicite pénal : nous nous référons au principe de légalité, sous tous ses aspects ; à la discipline de la capacité d'entendre et de vouloir et de l'élément psychologique ; à la discipline du concours de personnes (art. 1 et s. loi 689/1981)<sup>63</sup>. En ce qui concerne, par contre, la procédure et l'autorité compétente pour infliger les sanctions, l'écart par rapport aux règles du procès pénal apparaît évident : d'ailleurs, il ne pourrait en être autrement, sinon la distinction entre fait illicite pénal et fait illicite adminis-

61. Sur le nouveau procès pénal militaire, V. Riccio, *Ordinamento militare e processo penale*, Naples-Romes, 1988 ; Venditti, *Il processo penale militare*, 2<sup>e</sup> éd. Milan, 1987.

62. Pour un commentaire plus ample et plus approfondi du d.P.R. 545/1986, V. AA.VV. *Il nuovo ordinamento disciplinare delle forze armate*, par S. Riondato, Padoue, 1987.

63. V. Dolcini, in AA.VV. *Commentario delle « Modifiche al sistema penale »*, Milan, 1982, p. 9.

tratif n'aurait plus aucun sens logique et juridique. A ce propos, des articles 13 et suivants de la loi 689/1981, on relève que l'organe compétent pour l'application de la sanction est représenté par l'autorité administrative périphérique du ministère, dans la compétence duquel rentre la matière à laquelle se rapporte la violation et, lorsque l'utilisation de ce critère n'est pas possible, la compétence « résiduelle » revient au préfet ; la compétence territoriale est déterminée par rapport au lieu où l'infraction a été commise (V. en particulier, l'art. 17).

Comme il a été constaté pour d'autres cas, la garantie d'indépendance et d'impartialité de l'organe jugeant est, cependant, assurée dans la phase successive de la procédure : l'article 22 loi 689/1981 prévoit, en effet, que contre l'ordonnance d'injonction de l'autorité administrative peut être présentée une opposition devant le *juge de première instance* du lieu où a été commise la violation. L'article 23, dernier alinéa, établit, en outre, qu'il est possible de « faire un recours en cassation » contre la sentence du juge. Il est aussi prévu une hypothèse de compétence *ab origine* de l'autorité judiciaire : dans le cas de connexion objective de la violation avec un délit, l'article 24 dispose que le juge pénal compétent pour juger le délit est également compétent pour décider sur l'infraction administrative.

On peut, donc, conclure que, en considérant la discipline substantielle du fait illicite administratif et en évaluant dans leur ensemble les règles de la procédure, il en résulte que le système des sanctions administratives offre globalement des garanties suffisantes pour un « procès équitable par un tribunal indépendant et impartial »<sup>64</sup>.

8. *La notion de « tribunal impartial et indépendant » dans le système italien : e) la procédure pour l'application des mesures de prévention.* Les mesures de prévention sont des mesures typiques de prévention spéciale qui peuvent être appliquées *post delictum* ou bien *ante* ou *praeter delictum*. Les premières sont représentées par les *mesures de sûreté* et elles sont prévues et disciplinées par le code pénal : elles peuvent avoir application seulement à la suite d'une condamnation pour délit (sauf pour les cas expressément indiqués par la loi : art. 49 et 115 c. pén.). Il s'agit, donc, de mesures pour l'application desquelles sont prévues toutes les règles et les garanties de la juridiction, y compris celle du « tribunal indépendant et impartial ».

Les mesures de prévention au sens strict, au contraire, ne se raccordent pas à la vérification d'un délit, mais plutôt à des cas « de soupçon » d'origine différente ou bien à la commission des « actes préparatoires » de délits qui ne rejoignent même pas le stade de la tentative. Egalement pour ces mesures, la Cour constitutionnelle a depuis longtemps imposé l'obligation de la « juridictionnalisation »<sup>65</sup> : il s'agit, cependant, de vérifier si, dans le passage des affirmations de principe à l'« effectivité », les indications de la Cour ont eu une concrète réalisation au niveau législatif.

64. La problématique du fait illicite administratif et de sa discipline sanctionnatrice est revenue, très récemment, au centre de l'attention et du débat avec l'entrée en vigueur de la loi du 26 juin 1990, n° 162 qui met à jour et modifie la précédente réglementation des stupéfiants. L'article 15 de la loi prévoit que quiconque, pour en faire un usage personnel, achète ou possède des substances stupéfiantes en dose non supérieure à la dose journalière, est soumis à la sanction administrative de la suspension du permis de conduire, du permis de port d'armes et du passeport. La sanction est appliquée par le préfet.

65. Corte cost. 3 juill. 1956, n° 11, in *Giur. cost.* 1956, p. 612, en conséquence de laquelle les mesures de prévention ont été amplement restructurées par la loi 1423/1956.

Le problème concerne surtout la mesure de la « surveillance spéciale avec obligation de séjour » qui a sûrement un caractère limitatif, sinon privatif, de la liberté personnelle. Dans ce cas, la question, avant les aspects « procédurales », investit la substance même de cette mesure et son éventuelle compatibilité avec l'article 5 CEDH<sup>66</sup>. D'après notre point de vue, de toute façon, ayant pris acte de l'existence de cette mesure et de sa qualification législative comme « mesure de prévention », il est intéressant de vérifier si la procédure prévue pour son application présente les caractéristiques minimales nécessaires pour pouvoir la qualifier de « juridictionnelle ».

Au préalable, il apparaît opportun de tracer le cadre synthétique des mesures de prévention prévues dans le système italien. A part les mesures à la charge de sujets particuliers, prévues par la loi 152/1975 (en matière d'ordre public) et par les lois 575/1965 et 646/1982 (à la charge des personnes accusées d'appartenir à des associations de mafia), les mesures de prévention typiques à caractère général sont celles disciplinées par la loi du 27 décembre 1956 n° 1423, récemment modifiée par la loi du 3 août 1988 n° 327. Ce sont : l'avis oral du préfet de police ; le rapatriement avec feuille d'accompagnement ; la surveillance spéciale, à laquelle peut être ajoutée l'interdiction ou l'obligation de séjour.

Les deux premières mesures sont appliquées, par voie administrative, par le préfet de police du lieu où la personne se trouve. En relation avec celles-ci, aucun problème particulier ne surgit, étant évident (du moins pour la première) qu'elles n'appartiennent pas à la « matière pénale », même si un certain doute peut naître en ce qui concerne le rapatriement, quelquefois limitatif de la liberté de circulation et donc, *lato sensu*, détentif. La Cour constitutionnelle a, cependant, toujours repoussé les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées, en niant que la mesure en question soit limitative de la liberté personnelle<sup>67</sup>.

En ce qui concerne la surveillance spéciale, la nature de la procédure prévue par la loi pour son application apparaît en quelque sorte douteuse. Elle présente, en effet, des aspects typiques autant du droit administratif que du droit pénal : au premier appartient le pouvoir discrétionnaire, caractéristique de l'autorité administrative (en espèce, le préfet de police) dans l'instauration de la procédure de prévention, auquel fait pendant le caractère obligatoire de l'action pénale dans le procès. Par contre, le déroulement de la procédure se passe avec les modalités et avec l'observance de garanties qui le caractérisent certainement du point de vue « juridictionnel ». L'article 4 l. 1423/1956 prévoit, en effet, que le procès ait lieu devant l'autorité judiciaire (le tribunal), avec le respect du principe du contradictoire et avec l'intervention du défenseur ; il a été établi, en outre, que contre la décision du tribunal le recours en cour d'appel est présentable et, contre l'arrêt de la cour d'appel, le recours en cassation<sup>68</sup>.

L'on peut, donc, conclure que, si la nature de la procédure pour l'application de la surveillance spéciale est douteuse, ses caractères, sa structure et

66. En ces termes la question a été discutée par la Cour européenne dans le cas très connu de *Guzzardi c/ Italie* (*Foro it.* 1981, IV, 1).

67. V. Corte cost. 30 juin 1960, n° 45, in *Giur. cost.* 1960. 683 ; Corte cost. 28 déc. 1962, n° 126, in *Giur. cost.* 1962, p. 1442.

68. Sur les mesures de prévention en général, sur leur nature et sur la structure de la procédure pour leur application, V. Miletto, « Le misure di prevenzione » in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, par Bricola-Zagrebelsky, Turin, 1989, p. 127.

les garanties qu'elle offre au sujet intéressé sont celles propres à la juridiction, en particulier sous l'aspect qui concerne le « tribunal indépendant et impartial ».

9. La notion de « tribunal impartial et indépendant » dans le système italien : f) les tribunaux spéciaux. Conclusions.

Nous concluons notre recherche avec quelques considérations sur les *tribunaux spéciaux*. L'on a déjà mentionné les normes constitutionnelles qui tendent à en garantir l'indépendance et l'on a parlé également du plus important, peut-être, juge spécial en matière pénale : le tribunal militaire.

En omettant d'autres exemples possibles, nous traiterons brièvement d'un juge spécial qui occupe un poste à soi dans le système, à cause de son rôle particulier institutionnel : la *Cour constitutionnelle « intégrée »*, compétente pour juger les accusations de délits du Président de la République (art. 90 de la Constitution) et des ministres (art. 96 de la Constitution). Dans l'exercice de cette anormale fonction juridictionnelle-accusatoire, la Cour est composée, outre les quinze juges ordinaires, de seize autres membres (la majorité, donc) tirés au sort sur une liste dressée tous les neuf ans par le Parlement (art. 135, dernier al. de la Constitution). Ainsi deux tiers des composants de la Cour sont formés par des juges nommés par le Parlement (cinq juges ordinaires sont également de nomination parlementaire).

Autant la Cour constitutionnelle<sup>69</sup> que la Commission européenne des droits de l'homme<sup>70</sup> ont, cependant, exclu que soit déterminée de cette façon une lésion de l'indépendance et de l'impartialité du juge. Les deux cours ont souligné, entre autres, l'incompatibilité avec l'exercice d'autres fonctions et professions que la loi établit pour tous les juges (ordinaires et « rattachés ») pendant toute la durée de leur charge et, en outre, le rôle qui, pour la détermination des juges « rattachés », est réalisé par un élément « neutre » comme le tirage au sort<sup>71</sup>, la Cour constitutionnelle a affirmé aussi que, en général, l'indépendance des juges spéciaux « doit être recherchée par rapport à la façon dont s'exerce la fonction plutôt que par rapport à celle concernant la nomination des juges »<sup>72</sup>.

En définitive, donc, autant la Cour constitutionnelle italienne que la Cour et la Commission européenne acceptent une notion assez ample de « tribunal indépendant et impartial », en soulignant soit la perspective « objective » des garanties soit leur aspect « subjectif », c'est-à-dire la position de « neutralité psychologique » où doit se trouver le juge.

L'attention et la préoccupation de la Cour constitutionnelle pour les garanties d'indépendance et d'impartialité du juge sont démontrées aussi par certaines décisions par lesquelles la Cour a déclaré l'illégitimité constitutionnelle des normes qui prévoyaient l'existence de quelques institutions spéciales de juges : nous nous référerons à l'intendant de finances et au commandant de port. A ce propos, il faut souligner que, tandis qu'auparavant la Cour avait repoussé des exceptions d'illégitimité fondées sur d'autres pré-

69. Corte cost. 14 juill. 1977, n° 125, in *Giur. cost.* 1977, I, 1087.

70. Commission européenne, 18 déc. 1980, 8603/79.

71. V. Chiavario, *Processo e garanzie*, II, préc. p. 62 ; Pisani, *Problemi della giurisdizione penale*, préc. p. 39.

72. Corte cost. 24 nov. 1982, n° 196, in *Giur. cost.* 1982, I, 2092 ; Corte cost. 21 janv. 1967, n° 1, in *Giur. cost.* 1967. I.

misses, elle a accueilli, à la fin, justement les exceptions qui mettaient l'accent sur le manque de respect des garanties d'indépendance et d'impartialité du « juge » intendant de finances et commandant de port<sup>73</sup>.

Même si la recherche réalisée n'a pas la prétention d'être complète (en sont restés en dehors, par exemple, le tribunal des mineurs, l'institution du « vice-préteur honoraire », les cas de soi-disant « juridiction domestique »), les lignes de fond du système procédural-pénal italien se détachent avec une clarté suffisante. La donnée qui nous semble la plus significative est que soit les interventions du législateur soit les décisions de la Cour constitutionnelle sont caractérisées par la préoccupation de renforcer et d'étendre les garanties pour le citoyen à être jugé par un « tribunal indépendant et impartial ». La réforme de nombreuses institutions dans le nouveau procès pénal, l'extension de la tutelle juridictionnelle à la phase d'exécution de la peine, le fonctionnement renouvelé des tribunaux militaires, la nouvelle discipline substantielle et procédurale du fait illicite administratif, les nombreuses interventions, autant en siège interprétatif qu'en siège décisionnel, de la Cour constitutionnelle représentent des signes dont la signification ne laisse pas de doute.

Globalement, donc, le système italien apparaît assez attentif et soucieux des exigences d'indépendance et d'impartialité du juge, et l'on peut certainement conclure qu'il se situe sur des positions avancées ou, de toute façon, en syntonie avec la notion européenne de « tribunal indépendant et impartial ». Il est assez significatif, à ce propos que, tandis que l'Italie a subi de nombreuses condamnations de la part de la Cour européenne pour la violation des articles 5 et 6 CEDH (surtout pour le manque de respect d'un délai raisonnable de durée de la détention préventive et du procès en général), aucune censure n'a jamais concerné la violation des garanties d'un « tribunal indépendant et impartial ».

73. Corte cost. 3 avr. 1969, *in Giur. cost.* 1969. 971 (V. Pisani, « Necrologio per l'intendente-giudice », *in Problemi*, préc. p. 157) ; Corte cost. 9 juill. 1970, n° 121, *in Giur. cost.* 1970. 1513.

# La notion européenne de tribunal indépendant et impartial

## Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale

Jorge de FIGUEIREDO DIAS

*Professeur à la Faculté de droit de Coimbra*

Maria João ANTUNES

*Chargée de cours à la Faculté de droit de Coimbra*

1. Sous l'épigraphe « jugement rapide et équitable », la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> prescrit dans son article 6, n° 1, que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »<sup>2</sup>.

Tributaire de la doctrine de la séparation des pouvoirs de Montesquieu, l'idée d'un tribunal indépendant apparaît présentement comme une caractéristique à laquelle la fonction judiciaire ne saurait aucunement renoncer, et qui est expressément accueillie dans la Constitution de la République portugaise (art. 206). Il s'agit là, en fin de compte, de l'aboutissement de la voie tracée par les mouvements libéraux de réforme de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle qui, dans ce contexte, visaient surtout à empêcher les ingérences de l'exécutif et du monarque dans l'administration de la justice.

L'indépendance de la fonction judiciaire, en tant que condition de concrétisation du principe de la séparation des pouvoirs — qui ne peut se réaliser sans que soit assurée l'indépendance de l'un des ces pouvoirs — apparaît aussi comme caractérisant la propre idée de l'Etat de Droit : ce principe y étant indéniablement impliqué, de même qu'on ne saurait parler d'une telle idée sans reconnaître l'indépendance des tribunaux<sup>3</sup>.

2. D'un point de vue strictement procédural, la caractéristique de l'indépendance judiciaire est indissociablement liée à une structure nettement accusatoire de la procédure, et il est irréfutable, d'autre part, que cette dernière naquit du même vécu politique précédemment mentionné. Ce qui montre

1. Par la suite citée en abrégé CEDH.

2. Sur ce segment de l'art. 6, n° 1, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée, entre autres, sur les cas *Piersack* du 1<sup>er</sup> oct. 1982, Série A, n° 53, *Stramek*, du 22 oct. 1984, Série A, n° 84, *Cubber*, du 26 oct. 1984, Série A, n° 86, *Ben Yaacoub* du 27 nov. 1987, Série A, n° 127-A et *Hauschildt* du 24 mai 1989, Série A, n° 154.

3. Cf. dans ce sens, avec indications bibliographiques, Figueiredo Dias, *Diretto processual penal*, I, Coimbra Editora, 1984, p. 303 et s.

que, et que confirment les paroles de Exner, selon lesquelles « *anderer Staat, anderer Strafprozess* »<sup>4</sup>, historiquement la défense du principe de la séparation des pouvoirs, l'affirmation de l'indépendance de la fonction judiciaire et la structuration de la procédure pénale selon un modèle fondamentalement accusatoire coïncident.

A dire vrai, dans une structure inquisitoire, où la procédure pénale est exclusivement dominée par l'intérêt de l'Etat — et où l'inculpé n'est, par conséquent, que l'objet de la procédure — le juge se trouve inévitablement privé d'indépendance face au pouvoir politique. Ceci est le résultat du fait qu'il assume simultanément les rôles d'enquêteur, d'accusateur et de juge et qu'il soit ainsi conduit à un domaine discrétionnaire de la procédure, que ce soit dans son *si* (promotion de la procédure), dans son *comment* (objet procédural et subséquente fixation du *thema probandum* et du *thema decidendum*), ou même encore dans son déroulement concret. Tout autrement, dans la procédure pénale de structure accusatoire l'individu apparaît comme un véritable sujet de la procédure, fort de son droit de défense et de ses garanties individuelles, et il est donc ainsi loisible de voir le droit pénal comme une ordonnance limitatrice du pouvoir de l'Etat en faveur de l'individu accusé. Cette véritable *Magna Charta* des droits et garanties individuelles du citoyen, où le droit de défense de l'inculpé, le droit à un jugement objectif procédural, se place au-dessus de tous les autres droits procéduraux, intègre, par nécessité, le droit à un jugement objectif, indépendant et impartial ; ce qui implique, d'une part, l'acceptation du principe de la séparation des pouvoirs, et d'autre, l'adoption du principe de l'accusation : l'entité chargée de juger ne peut en même temps assumer les fonctions d'enquête préliminaire et d'accusation des infractions, mais elle doit se restreindre à enquêter et à juger dans les limites qui lui sont imposées par une accusation fondée et déduite par un organe différencié. Ce n'est qu'ainsi que les raisons qui se trouvèrent à la source de l'évolution de la procédure pénale de type inquisitoire vers un type accusatoire — objectivité, indépendance et impartialité de la décision judiciaire — trouveront leur complète réalisation<sup>5</sup>.

3. L'indépendance des tribunaux, lorsqu'elle est analysée en détail dans ses éléments essentiels, comporte une signification plurielle qui, au demeurant, n'est pas seulement revêtue d'importance en termes juridiques mais qui est aussi porteuse des plus sérieuses implications et incidences politiques, économiques et sociales. Prise en son sens le plus compréhensif, elle assume, en vérité, diverses significations<sup>6</sup>.

a) *Indépendance des tribunaux face aux autres pouvoirs de l'Etat* (ou face aux autres organes de souveraineté). La signification directement *politique*, dont nous avons vu qu'elle était le résultat du principe de base, dans tout Etat de Droit, de la « séparation » des pouvoirs, est ici de première importance : il faut que soit concédée aux tribunaux, pour tout ce qui a trait à la

4. Cette idée a été mise en évidence par d'autres auteurs germaniques par le biais d'expressions également suggestives : le droit procédural pénal est « Droit constitutionnel appliqué » (H. Henkel) ; « sismographe » ou « miroir de la réalité constitutionnelle » (C. Roxin) ; « symptôme de l'esprit politico-constitutionnel d'un ordre juridique » (J. Rudolphi).

5. Sur la caractérisation des diverses structures procédurales, cf. avec indications bibliographiques, Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, éd. polycopiée, Faculté de droit de l'Université de Coimbra, 1988-89, p. 43 et s.

6. Sur cette matière et avec indications bibliographiques, cf. Figueiredo Dias, oeuvre préc. (note 3), p. 304 et s.

fonction juridique et, donc, tout particulièrement, à la décision à prendre pour un cas juridique concret, une entière liberté qui les mettent à couvert de toutes influences et pressions, directes ou indirectes, du Parlement, du gouvernement ou de l'Administration.

Comme conséquence immédiate de cette assertion il faut considérer les principes de l'inamovibilité et de la non-responsabilité judiciaire, tout autant que la règle du dévouement exclusif des juges professionnels — notamment lorsque celle-ci les empêche d'exercer une autre fonction publique, affirmés dans l'article 218 de la Constitution de la République portugaise. De la même façon, cette signification de l'indépendance judiciaire impose des critères de désintéressement et d'impartialité dans le régime de nomination, d'affectation, de transfert et de promotion des juges : garantie que l'article 219 de la Constitution accueille de façon claire, en affectant à un organe constitutionnellement autonome — au Conseil supérieur de la magistrature — la gestion et la discipline de la magistrature judiciaire<sup>7 8</sup>.

*b) Indépendance à l'égard de tout groupe de la vie publique* (partis politiques, groupes d'intérêts et de pression, presse et radiotélévision, etc.). Il s'agit ici du sens de l'indépendance judiciaire qui, par force de l'évolution subie par l'Etat lui-même face à la société technique actuelle est devenu, à n'en pas douter, le plus difficile à préserver. Surtout dans les démocraties parlementaires stabilisées, l'influence de tels groupes sur l'exercice de la fonction judiciaire s'avère certainement beaucoup plus dangereuse que celle des pouvoirs de l'Etat et de la bureaucratie judiciaire elle-même. Et même car, pour que la magistrature judiciaire puisse se défendre convenablement d'une telle influence, il ne suffit pas que l'indépendance lui soit juridiquement assurée, mais il faut aussi créer tout un ensemble de conditions d'indépendance subjective aux juges qui leur concède une autonomie en termes sociaux et économiques.

*c) Indépendance face à l'administration judiciaire, à savoir, face à des ordres ou instructions donnés à un juge par un fonctionnaire auquel il doit hiérarchiquement obéissance.* Il est néanmoins nécessaire que cette indépendance soit entendue en des termes corrects : la magistrature judiciaire constitue elle aussi un « ordre hiérarchique » — composé par des juges de première instance et des juges de tribunaux supérieurs — qui s'intègre, sur le plan organico-administratif, au pouvoir exécutif. On comprendra et acceptera dès lors que le juge puisse recevoir et doive obéissance à des ordres et instructions émanant de ses supérieurs hiérarchiques en matière d'organisation et de fiscalisation des services judiciaires. L'indépendance, dans le sens

7. Il convient de mettre en relief la composition de cet organe : en accord avec l'art. 220 de la Constitution il est formé par des juges désignés par le Président de la République, par des juges élus par l'Assemblée de la République et par des juges élus par leurs pairs. Selon Gomes Canotilho, Vital Moreira (*Constituição de la República Portuguesa Anotada*, II, 2<sup>e</sup> éd. Coimbra Editora, annotation à l'art. 223), cette composition du Conseil supérieur de la magistrature garantit l'indépendance face au gouvernement et à l'Administration, tout autant qu'elle atténue, d'une certaine façon, (en englobant deux organes de souveraineté directement élus : le Président de la République et le Parlement) l'absence de légitimation démocratique des juges en tant que titulaires d'organes de souveraineté.

8. L'article 3 de la Loi organique des tribunaux judiciaires — loi n° 38/87, du 23 déc. 1987 — affirme expressément que l'indépendance des tribunaux est garantie par l'existence d'un organe privé de gestion et de discipline de la magistrature judiciaire, de par l'inamovibilité et l'irresponsabilité des juges respectifs. Cf. à propos des articles mentionnés dans le texte, Gomes Canotilho, Vital Moreira, *op. cit.* annotations aux art. 208, 221, 222 et 223. Sur ce qu'est aujourd'hui l'art. 206, João de Castro Mendes, « Notas sobre o artigo 208 de Constituição — Indépendance des juges », in AA.VV. *Estudos sobre a Constituição III*, Livraria Petrony, Lisbonne, 1979, p. 653 et s.

ici en cause, s'oppose à ce que le magistrat judiciaire se trouve soumis à des ordres et instructions ayant trait à l'exercice de la fonction judiciaire dont il a la charge et, de la sorte, à ce que ses supérieurs hiérarchiques exercent un quelconque type de pression ou de direction sur la manière dont il a à se prononcer sur le cas soumis à son appréciation<sup>9</sup>.

d) *Indépendance face aux autres tribunaux.* Bien que, comme nous l'avons vu, la magistrature possède un ordre hiérarchique, les tribunaux et les juges sont indépendants entre eux en ce sens qu'ils ne se trouvent aucunement liés, dans leurs décisions, par des courants ou des orientations jurisprudentiels avec lesquels ils ne seraient pas d'accord : à l'inverse de ce qui se passe dans le droit d'inspiration anglaise, où la magistrature est tenue d'observer strictement le principe du « précédent ». On assure ainsi aux juges l'indépendance nécessaire pour qu'ils ne soient liés qu'à leur conception personnelle — ce qui n'est pas la même chose, soulignons-le, que conception purement subjective, discrétionnaire et incontrôlable — du droit et de la loi<sup>10</sup> (cf. art. 206 de la Constitution de la République portugaise), ce qui traduit aussi la conséquence de la non-responsabilité judiciaire déjà mentionnée.

Ce sens de l'indépendance judiciaire correspondant à la position du droit portugais, il n'en reste pas moins qu'il est de plus en plus mis en cause et qu'on ne saurait l'imputer, sans plus, à la notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Ou, en d'autres mots, cette notion n'obligera pas, sans autre forme de procès, à la condamnation du système précédent et à la reconnaissance de la pleine irresponsabilité judiciaire dans le sens précité. D'autant qu'on assiste de plus en plus au fait que, pour le moins au Portugal, les juges aient tendance à confondre conviction personnelle, nécessairement objectivable et motivable, et opinion purement subjective, en se permettant de s'éloigner sans raison suffisante (particulièrement en première instance) de courants jurisprudentiels définis et respectables, provoquant de la sorte une insupportable insécurité dans l'application du droit, dont pâtissent sans appel les droits des personnes et qui élimine les avantages substantiels que justement l'exigence de tribunaux indépendants et impartiaux vise à octroyer. Pour faire obstacle à cette situation, dans une mesure encore compatible avec ladite dimension de l'indépendance judiciaire, le droit de procédure pénale portugais comprend la figure de « l'appel extraordinaire pour fixation de la jurisprudence » (c. pr. pén. art. 437 et s.) : chaque fois que, dans le domaine de la même législation, des décisions opposées sont proférées par des tribunaux supérieurs et à l'égard desquelles il n'est plus possible de faire appel (ordinaire), le *Supremo Tribunal de Justiça* (Cour de cassation), en session plénière des sections criminelles prononcera une décision visant à résoudre le conflit qui aura force de jurisprudence obligatoire pour les tribunaux ordinaires. Si, à l'avenir, il y a lieu de considérer une telle jurisprudence comme étant nulle et non avenue, le procureur général de la République pourra solliciter qu'elle soit réexaminée. De la sorte, le droit procédural portugais en vigueur cherche à comptabiliser, dans la mesure du possible, la

9. Dans le sens que la désignation par le gouvernement n'affecte pas l'indépendance, si l'autorité compétente n'a pas le pouvoir de donner des instructions au juge nommé ni le pouvoir discrétionnaire de le démettre, cf. le cas *Stramek*, préc. *supra* note 2.

10. Ceci ne veut néanmoins pas dire que le juge ne doit pas se soumettre aux décisions prononcées en appel par des tribunaux supérieurs. Ce devoir est, d'ailleurs, expressément prévu dans l'art. 3, n° 2, à la fin, de la Loi organique des tribunaux judiciaires.

dimension de l'indépendance judiciaire maintenant en cause avec la valeur importante de l'unité de l'application du droit.

4. Par le truchement de la caractéristique de l'indépendance des juges, se trouvent donc assurés les fondements d'une décision libre des tribunaux face aux pressions qu'ils peuvent subir de l'extérieur. Cela ne suffit toutefois pas pour que soit en même temps préservée l'objectivité d'un jugement : il faut encore, en plus et par delà cette sécurité générale, ne pas permettre que l'objectivité des juges soit mise en cause, non plus eu égard à des pressions extérieures, mais en vertu de relations spéciales qui les rattacheraient au cas qu'ils ont à juger<sup>11</sup>. Dimension qui peut et doit reposer sur le principe juridico-constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi (art. 13, n° 1 de la Constitution de la République portugaise)<sup>12</sup>.

Les raisons qui peuvent conduire, face à un cas concret, à mettre en doute la capacité d'un juge à se révéler impartial dans le jugement, sont, à dire vrai, diverses. Ce qui est important ici — et il convient de le souligner — ce n'est pas tant le fait que, en fin de compte, le juge soit parvenu ou non à maintenir son impartialité, ce qui relève de la conviction intime du magistrat et est à présumer jusqu'à preuve du contraire (dimension subjective de l'impartialité) ; mais plutôt de le défendre de la suspicion de ne l'avoir pas maintenue, de faire en sorte qu'aucun doute légitime ne puisse exister (dimension objective de l'impartialité<sup>13</sup>). Ceci revient à dire que, au vu de ce dernier aspect, il est extrêmement important de considérer le juge comme une entité qui doit fournir, sur le plan fonctionnel, les garanties nécessaires à l'exclusion du moindre doute quant à sa capacité à être impartial dans sa décision, assertion traduite suggestivement par le proverbe anglais « *justice must not only be done ; it must also seem to be done* »<sup>14</sup>.

On érige ainsi comme principe général de droit, agissant dans le domaine de la politique judiciaire, le principe selon lequel la loi doit veiller à ce qu'en tout tribunal règne, par rapport à tous les participants procéduraux, une atmosphère de pure objectivité. Il revient, par conséquent, à ce principe d'éviter à tout prix des circonstances qui pourraient perturber cette atmosphère (en renforçant de la sorte la confiance de la communauté à l'égard des décisions prises par ses magistrats). Non seulement, comme nous l'avons déjà souligné, en ceci que de telles circonstances peuvent conduire le juge à perdre son impartialité, mais de par le fait qu'elles puissent entraîner chez les autres la conviction qu'il l'ait perdue ou la juste crainte qu'il ait pu la perdre<sup>15</sup>.

11. Dans le sens du texte, cf. les arrêts n° 135/88 du 16 juin 1988 et n° 68/90 du 14 mars 1990 du Tribunal constitutionnel portugais. Y est tenue pour inconstitutionnelle, pour violation de la disposition qui garantit à l'inculpé le droit de défense (art. 32, n° 1) et par celle qui stipule l'indépendance des tribunaux (l'actuel art. 206), la norme de l'art. 116 c. pr. pén. de 1929, en sa partie qui dispose que le juge qui est offensé, en sa présence et dans l'exercice de sa charge, peut exercer les fonctions respectives au niveau du procès instauré en vertu desdites offenses.

12. Ce fondement est aussi invoqué dans la doctrine italienne, Domenico Pisapia, *Compendio di procedura penale*, 5<sup>e</sup> éd. Cedam-Padoue, 1988, p. 64 et s. Au Portugal, Vieira de Andrade, « Imparcialidade » *Enciclopédia Luso-Brasileira da Cultura*, Verbo, vol. XXI.

13. La distinction entre la dimension subjective et objective de l'impartialité est clairement accueillie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. entre autres, les cas *Piersack* et *Cubber*). Cette distinction est aussi souscrite par la Commission européenne des droits de l'homme en divers avis (cf. entre autres, celui donné pour les cas *Ben Yaacoub* et *Hauschildt*).

14. Mentionné dans le cas *Cubber*, préc. *supra* note 2.

15. Par rapport à l'impartialité des tribunaux cf. avec indications bibliographiques, Figueiredo Dias, *op. cit.* note 3, p. 315 et s.

A cette dimension autonome de l'indépendance de la fonction judiciaire — l'impartialité du juge — correspond de façon particulière la structuration de la procédure pénale d'après un modèle fondamentalement accusatoire<sup>16</sup>. Cette correspondance fut accueillie par la Constitution de la République portugaise en ses articles 32, n° 5 — « la procédure criminelle a une structure accusatoire (...) »<sup>17</sup> — et 206 « les tribunaux sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi » — et concrétisée par le code de procédure pénale de 1987. Dans ce document, le principe de l'accusation se réalise dans la mesure où le ministère public dirige la phase de l'enquête<sup>18</sup> — phase de l'enquête du crime, dont la clôture prend la forme d'un arrêt d'accusation ou d'un classement sans suite (art. 262 et s. c. pr. pén.) —, alors que le jugement de la cause incombe à la magistrature judiciaire. La garantie de la capacité du juge à se montrer impartial devient plus consistante si nous soulignons la circonstance qu'il ne peut exercer sa fonction s'il est intervenu dans le même procès en qualité de représentant du ministère public (art. 39, n° 1 a) du code de procédure pénale portugais) et si nous rappelons aussi que l'accusation délimite et fixe les pouvoirs de cognition du tribunal au cas concret et à l'extension du cas jugé (art. 283, n° 3 et 359, n° 1 c. pr. pén. portugais).

Remarquons, cependant, que cette forme linéaire de répartition des moments procéduraux les plus importants — répartition qui assume, dans la législation portugaise, le sens de partage entre des magistratures distinctes<sup>19</sup> — souffre deux entorses significatives : d'une part, entre la phase d'enquête et la phase de jugement peut s'interposer la phase de l'instruction, dirigée par un juge à qui il incombe de prouver le bien-fondé de la décision du ministère public de prononcer l'accusation ou de classer l'enquête (art. 288 et 286 c. pr. pén.)<sup>20</sup> : d'autre part, et bien que le ministère public soit le *dominus* de la phase de l'enquête, il appartient au juge durant la phase de procédure de pratiquer, d'ordonner ou d'autoriser certains actes (art. 268 et 269 c. pr. pén.) : les actes qui ont directement trait à la sphère des droits fondamentaux des personnes, notamment des inculpés.

16. Cf. *supra* n° 2.

17. Sur cette disposition, cf. les arrêts n° 13/83, du 26 oct. 1983 et 29/84 du 21 mars 1984 du Tribunal constitutionnel portugais, où l'inconstitutionnalité détectée dériverait de la circonstance que la même entité (le même juge) exerce des fonctions d'instruction et de jugement. Cette disposition de la Constitution fut aussi l'objet de l'arrêt n° 219/89 du 15 février 1989, dudit tribunal, où le problème fut équatonné en relation directe avec l'art. 6 n° 1 de la CEDH, dans sa partie qui établit la règle de l'impartialité du tribunal.

18. Au Portugal, le ministère public jouit, constitutionnellement, d'un statut propre et d'autonomie (cf. art. 221 de la Constitution de la République portugaise), et se doit de baser son activité sur des critères de stricte objectivité (art. 53 c. pr. pén.). Soulignons, à ce propos, que les normes relatives aux empêchements et suspicions des juges sont aussi applicables à cette magistrature (art. 54 c. pr. pén.). En les étendant au ministère public, tout autant qu'aux experts, aux interprètes et aux fonctionnaires de justice (art. 47 c. pr. pén.), la législation procédurale montre que l'impartialité dans l'administration de la justice pénale ne s'épuise pas dans l'impartialité de l'exercice, au sens strict, de la fonction judiciaire.

19. D'après Figueiredo Dias (« Sobre es Sujeitos processais no Novo Código de Processo Penal », in AA.VV. *O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 22 et s.), ce partage repose sur des principes juridico-constitutionnels : du principe de l'autonomie de la magistrature du ministère public envers la magistrature judiciaire (art. 205 et 221 de la Constitution de la République portugaise) et de sa compétence à exercer l'action pénale (art. 221 de la Constitution) découle que la structure accusatoire que la procédure pénale assume par impératif constitutionnel se réalise par division de fonctions procédurales entre le juge ou tribunal, d'une part, et le ministère public, d'autre part, et sous aucune autre forme, notamment par division entre le juge du jugement et le juge d'instruction.

20. C'est précisément parce que c'est là la finalité de l'instruction, qu'elle assume un caractère facultatif : elle n'a lieu que sur requête de l'inculpé ou de l'assistant (art. 287 c. pr. pén.).

Quoi qu'il en soit, le juge en question (le « juge d'instruction ») est obligatoirement autre que le juge qui statuera ; circonstance qui, si elle trouve une explication immédiate pour des raisons de caractère juridico-constitutionnel — la loi fondamentale fait expressément appel à la figure du juge d'instruction, en stipulant que « toute l'instruction est de la compétence d'un juge (art. 32, n° 4) — n'en trouve pas moins des fondements dans la structure accusatoire de la procédure pénale portugaise et, plus concrètement, dans les implications dérivant substantiellement du principe de l'accusation et qui rendent objectivable le substrat théorique sur lequel repose le principe : l'impartialité et l'objectivité des décisions judiciaires. Une des implications du principe de l'accusation réside dans le fait que l'accusation, déduite par une entité distincte, définit et fixe, devant le tribunal, l'objet du procès<sup>21</sup>. S'il en allait autrement, la distinction entre l'identité chargée de l'enquête et qui accuse et celle qui procède au jugement de la cause se dissiperait et, concomitamment, le doute poindrait, objectivement fondé, quant au fait que le juge ait pu perdre son impartialité. C'est ici que réside la raison qui justifie l'attribution de la phase de l'instruction à un magistrat judiciaire distinct de celui qui va procéder au jugement et la subséquente interdiction faite au juge d'instruction d'intervenir dans un jugement dont il aurait présidé le débat d'instruction (art. 40 c. pr. pén.)<sup>22</sup>. En vérité, bien que ce magistrat se trouve thématiquement lié — l'accusation et la requête d'ouverture de l'instruction délimitent et fixent ses pouvoirs de cognition (art. 303 c. pr. pén.) — la décision qu'il prendra en fin de compte de recevoir ou non l'accusation se rapporte directement à l'objet du procès, la décision du prononcé délimitant et fixant les pouvoirs de cognition du tribunal de jugement (art. 358 et 359 c. pr. pén.).

On comprendra, en raison de ce qui vient d'être exposé, que ces mêmes raisons — c'est-à-dire un certain souci de rendre objectif le concept de l'impartialité —, avec maintenant des conséquences opposées, aient amené la législation procédurale portugaise à ne pas considérer comme un empêchement exprès la circonstance que le juge soit intervenu dans des actes procéduraux isolés en qualité de juge d'instruction (V. g. quand lors de la phase de l'enquête il applique, sur requête du ministère public, la prison préventive : art. 268, n° 1, b) c. pr. pén., acte pour lequel est suffisante la conviction du juge qu'il existe de forts indices d'une pratique criminelle et dont la justification repose sur de simples exigences de prévention : art. 202 et 204 c. pr. pén.). Les sujets procéduraux intéressés pourront, néanmoins, émettre une requête de refus du juge — et le juge lui-même pourra formuler une demande de dispense —, chaque fois que l'intervention antérieure dans la procédure comportera des circonstances qui pourraient engendrer la méfiance quant à l'impartialité du juge<sup>23</sup> ; il n'est cependant pas suffisant — et c'est ce qu'il importe de souligner —, à la lumière d'un concept objectif d'impartialité,

21. En plus de cette implication il nous faut aussi souligner que le tribunal qui est chargé du jugement ne peut, de sa propre initiative, commencer une enquête tendant à mettre en lumière une infraction et la détermination de ses agents : et que la déduction de l'accusation est le présupposé de toute l'activité juridictionnelle d'enquête, de connaissance et de décision. Cf. sur le principe de l'accusation et les implications respectives, Figueiredo Dias, *op. cit.* (note 3), p. 136 et s.

22. Il s'agit ici d'un des cas que notre loi procédurale traite comme un empêchement en son art. 40. Cf. *infra* n° 6.

23. Dans le sens où le juge peut demander à être dispensé et où il peut être refusé, Germano Marques Da Silva, *Lições de Processo Penal, Código de 1987*, Université catholique portugaise, Lisbonne, 1987/1988, p. 201 et s. Il considère néanmoins, entre autres, que l'acte d'application de la prison préventive, en soi, conduit à la rupture de l'impartialité du juge.

qu'existe la circonstance isolée de la participation préalable à la procédure comme juge d'instruction<sup>24</sup>.

6. Mais le propos de la loi d'éviter toute circonstance susceptible de perturber une atmosphère de pure objectivité ne s'achève pas dans la structuration de la procédure pénale selon un modèle fondamentalement accusatoire. De la sorte, le code de procédure pénale admet, de forme expresse, des fondements de doute quant à l'impartialité du juge, fondements qui se rapportent aux empêchements et suspicions<sup>25</sup> : les premiers entraînent l'impossibilité pour le juge de pouvoir exercer ses fonctions dans un procès pénal donné, impossibilité qui doit être déclarée indépendamment de toute objection suscitée par les participants procéduraux à l'intervention du juge dans le cas concret ; les secondes se limitent à donner aux sujets procéduraux la possibilité de refuser l'intervention du juge dans le cas en jugement, de même que ce dernier peut demander au tribunal compétent à être dispensé d'intervenir.

Pour ce qui est des empêchements, la loi procédurale portugaise les fait reposer sur trois raisons fondamentales : la relation personnelle du juge avec l'inculpé, l'offensé, la personne ayant la faculté de se constituer assistant<sup>26</sup> ou la partie civile (art. 39, n° 1 a) et b) ; la collaboration du juge à la procédure (art. 39, n° 1 e) et d) et 40) ; et sur l'existence de liens de parenté entre juges intervenant dans le même procès (art. 39, n° 3).

En ce qui concerne la suspicion — le refus et la dispense —, le code de procédure pénale a choisi de ne pas énumérer exhaustivement les fondements de doute sur l'impartialité du juge, en se limitant à une formule qui englobe tout motif sérieux, susceptible d'engendrer la méfiance quant à l'impartialité du juge (art. 43)<sup>27</sup> ; option qui, indéniablement, va davantage dans le sens de l'idée selon laquelle il est important d'éviter que l'intervention du juge soit perçue avec méfiance et suspicion par la communauté.

24. Il nous semble que l'avis donné par la Commission européenne des droits de l'homme dans le cas *Hauschildt* va en ce sens, tout autant que la décision de la Cour européenne des droits de l'homme relative à ce même cas. Nous trouvons aussi dans le sens du texte l'arrêt déjà mentionné du Tribunal constitutionnel portugais du 15 février 1989, dans la mesure où il distingue, relativement au droit antérieur à l'actuel code de procédure pénale, les situations pour lesquelles l'accusation n'était prononcée que dans une « dimension de garantie » — hypothèse qui n'entraînerait pas de violation du principe de l'accusation, bien qu'une même entité ait assumé les fonctions de prononcé du jugement et du jugement proprement dit —, des cas où le prononcé du jugement avait une dimension accusatoire — hypothèse violant ce principe, puisque le prononcé du jugement allait au-delà de l'accusation. La référence à cet arrêt n'a de portée que s'il en découle qu'il faille distinguer les situations en fonction de l'objet du procès, ceci ne signifiant donc pas une adhésion intégrale au contenu de l'arrêt, ce qui présupposerait un développement n'ayant pas raison d'être en cette étude.

25. Dans le sens où empêchements et suspicions reposent, précisément, sur l'exigence de maintien de la confiance en l'impartialité de la justice. Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 20. Aufl., C. H. Beck, Munich, 1987, p. 40.

26. L'assistant est une figure très caractéristique du droit procédural portugais et qui y possède une longue tradition. L'assistant est en principe la personne particulièrement offensée par une infraction pénale ; qui est néanmoins admise à intervenir dans la procédure non seulement en tant que personne juridico-civilement lésée (et donc dans le rôle de partie civile), mais aussi comme « collaborateur du ministère public, à l'activité duquel est subordonnée son intervention dans la procédure » : art. 69, n° 1 c. pr. pén. L'assistant intervient donc dans l'action pénale elle-même en tant que tel, même par rapport aux crimes publics, à condition qu'ils s'assument comme titulaires du bien juridique protégé par l'infraction, c'est-à-dire, comme « titulaires des intérêts que la loi a voulu spécialement protéger avec l'incrimination » (art. 68, n° 1, al. a). Sur cette figure et son statut dogmatique et politique criminel cf. Figueiredo Dias, *op. cit.* note 3, p. 505 et s.

27. Différemment, le droit procédural antérieur à l'actuel code optait pour l'énumération des fondements de la suspicion du juge (art. 112 c. pr. pén. de 1929). En droit comparé nous trouvons dans le code de procédure pénale allemand une disposition (§ 24 II) équivalente à l'art. 43 c. pr. pén. portugais. Sur la forme dont la jurisprudence allemande a concrétisé la formule contenue au § 24, V. g. quand le juge, avant l'audience de jugement, produit des affirmations devant la presse sur des faits qui ne sont pas encore prouvés, cf. Claus Roxin, *op. cit.* p. 41 et 42.

7. S'inscrit aussi dans la préoccupation légale de créer un état de chose, qui ne permette pas que l'impartialité du juge soit mise en cause, la règle de la compétence territoriale, contenue dans l'article 23 du code de procédure pénale, selon laquelle le tribunal dans lequel le magistrat exerce ses fonctions n'est pas compétent dans des procès où ce dernier intervient en tant qu'inculpé, offensé, personne ayant la faculté de se constituer assistant ou partie civile ; tout autant que celle qui résulte de l'article 37 — la compétence est attribuée à un tribunal différent de celui qui en principe serait compétent lorsque sont constatées de graves situations locales, susceptibles de faire obstruction à l'exercice de la juridiction.

8. Nous terminons ainsi notre modeste contribution, à la lumière de la législation et de l'expérience portugaise de la procédure pénale, à l'établissement d'une notion européenne de « tribunal indépendant et impartial ». Nous espérons avoir montré que les problèmes suscités à ce propos dans l'ordre juridique portugais de la procédure pénale ne sont substantiellement pas différents de ceux qui furent soumis à la considération de la Cour européenne des droits de l'homme. Il ne s'agit pas là, quant à nous, de coïncidence due au hasard. Il s'agit plutôt du fait que les instruments internationaux de protection des droits humains possèdent leur « noyau dur », à propos desquels il ne saurait y avoir de transigeance ni de compromis. Néanmoins, tout ce qui se trouve au-delà de ce contenu essentiel est matière qui peut être réglementée par les droits nationaux en pleine autonomie et sans crainte de contradiction intraitable avec les commandements émanant de ces instruments.

Nous voulons ainsi exprimer — sans emphase mais avec une totale conviction — qu'on ne saurait rendre pire service à la protection des droits de l'homme que celui de céder à la tentation d'en retirer de vastes chaînes déductives — d'ériger, comme l'écrivit Bergson<sup>28</sup>, « certaines conclusions tirées de certains faits en "principes généraux" applicables au reste des choses » — qui obligeraient à l'uniformisation européenne intégrale des droits nationaux de procédure pénale. De même, pour l'élaboration — du reste hautement souhaitable — d'un « droit européen » il faut faire valoir la règle d'or de sa limitation à la protection du noyau essentiel des droits de l'homme, en confiant le reste aux spécificités et idiosyncrasies nationales qui persistent à résister aux leçons du droit comparé et de sa science. C'est dans ce contexte que nous lisons la jurisprudence qui émane de la Cour européenne et de la Commission européenne des droits de l'homme et dont nous nous réjouissons. C'est dans ce contexte que nous tentons d'interpréter et de comprendre les paroles de la CEDH par lesquelles nous avons ouvert ce travail et d'après lesquelles « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) ». En énonçant la règle du procès équitable, l'article 6, n° 1, de la CEDH appelle fondamentalement à un ordre procédural dans lequel soit dûment garanti le sentiment de confiance en la justice, ce que toute société démocratique se doit d'offrir à tous ceux qui comparaissent devant ses tribunaux<sup>29</sup>. C'est à ce contenu essentiel que — comme nous pensons être parvenus à le démontrer : c'est le cas du droit portugais de procédure pénale — nous nous devons de maintenir une fidélité inébranlable.

28. Bergson, « La pensée et le mouvant », *Oeuvres*, Ed. du Centenaire, PUF, 1963.

29. Ainsi, Coussirat-Coustere (« La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984 », *Annuaire français de droit international*, XXXI, 1985, p. 407). Cette valeur est aussi défendue avec insistance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cf., entre autres, les cas *Piersack* et *Hauschildt* cités *supra* note 2).

# La notion de tribunal impartial et indépendant en République fédérale d'Allemagne

Thomas WEIGEND\*

Professeur à l'Université de Cologne (R.F.A.)

La loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne énonce dans son article 97 alinéa 1 : « Les juges sont indépendants et uniquement soumis à la loi ». C'est cet article qui fait de l'impartialité et de l'indépendance des tribunaux un principe constitutionnel. Ces deux éléments sont considérés comme les composants essentiels de l'Etat de droit qui devient par l'article 20 alinéa 3, 28 alinéa 1 de la loi fondamentale la base même de notre système étatique.

Le fondement de ce principe d'une jurisprudence indépendante est le suivant : on ne peut exiger que les décisions des tribunaux de l'Etat aient force obligatoire que si l'on présume que les juges servent uniquement l'idée de vérité et de justice et non pas leurs propres intérêts ou ceux d'autrui. C'est la raison pour laquelle les juges doivent être personnellement indépendants, c'est-à-dire agir libres de toute instruction externe et garder une stricte indépendance vis-à-vis des parties au procès. L'indépendance du juge et son orientation exclusive à la loi justifient la force obligatoire des décisions de justice.

En même temps c'est aussi la condition pour que les parties ainsi que le public en général acceptent les décisions des tribunaux<sup>1</sup>.

L'indépendance des tribunaux est acceptée dans son principe en République fédérale d'Allemagne d'autant que de mauvaises expériences furent faites durant l'époque du National-socialisme où l'influence politique sur les décisions de justice était considérable. Toutefois, c'est dans la pratique, dans l'application quotidienne de ce principe que résident quelques difficultés que nous allons traiter à la fin de cette étude après avoir présenté dans un premier temps la réglementation légale qui constitue le fondement de l'indépendance et de l'impartialité du juge.

## I. — L'IMPARTIALITE

Un Etat de droit doit mettre à la disposition de ses citoyens une institution qui leur permette, grâce à des procédures déterminées, de faire valoir leurs droits vis-à-vis de l'Etat et vis-à-vis des autres. De toute forme de justice privée résulte l'obligation pour l'Etat de rendre justice. C'est en même temps

\* L'auteur remercie Mlle Martina Burian de la traduction, et M. Robert Budde de son assistance en rassemblant les matériaux.

1. Benda, « Bemerkungen zur richterlichen Unabhängigkeit », *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, 1975, p. 166 et s.

un droit pour les justiciables qui ne serait pas garanti s'ils étaient contraints d'accepter un juge dont la neutralité et l'objectivité leur paraîtraient compromises parce que le juge, ayant un intérêt personnel à la solution du litige, était partial.

En droit allemand, il existe différents mécanismes de sauvegarde pour prévenir ce danger. C'est premièrement l'article 101 alinéa 1-2° de la loi fondamentale qui garantit le droit au « juge légal ». Cette expression veut dire que le juge ou la formation du tribunal qui est appelé à statuer dans une affaire est déterminé fixé d'avance. C'est dans le « plan de répartition » que sont fixées les affaires : dans chaque tribunal un conseil composé de juges répartit les affaires entre les juges pour l'année à venir<sup>2</sup> (par exemple on pourra prévoir qu'un juge aura à traiter toutes les affaires dans lesquelles le prévenu porte un nom de famille qui commence avec la lettre A — D, etc.). Et cette répartition ne peut ensuite être modifiée que pour des raisons exceptionnelles (§ 21° al. 3 de la loi sur l'organisation judiciaire). La création *ad hoc* de tribunaux d'exception est expressément proscrite par la loi fondamentale (art. 101 al. 1-1°).

Mais, même dans un système de répartition qui repose sur le hasard, il peut arriver que le choix d'un certain juge soit inopportun parce qu'il est directement ou indirectement concerné par l'affaire. Les § 22 et 23 du code de procédure pénale prévoient dans ce cas la récusation du juge et cela même si aucune des parties n'a mis en doute son impartialité. Si malgré tout un juge récusé participe au jugement du procès, la décision est automatiquement annulée en appel (§ 338 n° 2 c. pr. pén.). La loi énumère plusieurs raisons pour écarter un juge du jugement d'une affaire. C'est l'hypothèse où il subit lui-même un préjudice consécutif à l'infraction, ou lorsqu'il est lié par alliance ou parenté à la victime ou au prévenu. C'est aussi le cas quand il a déjà exercé dans cette même affaire (avant d'être juge) la fonction de procureur, d'agent de police, d'avocat ou s'il a été entendu en tant que témoin ou expert dans cette affaire. De même, un juge ne peut trancher un litige en appel s'il a statué antérieurement sur l'affaire en première instance.

Néanmoins, le juge est parfois appelé à connaître pour la seconde fois d'une affaire, lorsque l'instance de révision la renvoie à la juridiction d'origine<sup>3</sup>. Cette situation est rare car l'instance de révision renvoie l'affaire en général à une juridiction *différente* (§ 354 al. 2 c. pr. pén.). Il arrive par contre qu'un juge, qui a participé auparavant à l'instruction d'une affaire — par exemple en décidant l'arrestation d'une personne suspecte — statue ensuite dans le procès même. Cela est considéré légitime en droit allemand parce que le juge ne joue qu'un rôle subsidiaire dans l'instruction. Le ministère public fait appel au juge, chaque fois qu'il doit demander l'autorisation de limiter les libertés et droits fondamentaux du suspect<sup>4</sup>. Par conséquent, le juge ne doit pas rendre une décision sur le fond relative à la culpabilité du suspect.

2. L'établissement du plan de répartition est considéré comme activité judiciaire. C'est la raison pour laquelle le conseil élu par les juges du tribunal n'est pas soumis aux directives du pouvoir exécutif. V. à ce propos Wolf, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, 6<sup>e</sup> éd. 1987, p. 187.

3. *Bundesgerichtshof* (équivalent de la Cour de cassation en France), 7 juill. 1965, BGHSt. (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen) 20. 252 ; *Bundesgerichtshof*, 9 sept. 1966, BGHSt. 21. 142.

4. *Bundesgerichtshof*, 4 juin 1956, BGHSt. 9. 233 ; *Bundesgerichtshof*, 23 févr. 1972 *Monatsschrift für deutsches Recht* 1972. 387.

Mis à part les cas de récusation légale, il peut exister d'autres raisons, non prévues par la loi, qui justifient qu'un juge soit écarté du jugement d'une affaire. Dans ces cas chaque partie au procès peut adresser au tribunal une requête en récusation du juge (§ 24, 26 c. pr. pén.)<sup>5</sup>. Le tribunal décide sur la demande, sans toutefois que le juge en question y participe (§ 27 al. 1 c. pr. pén.). Mais pour un tiers il n'est guère facile d'apprécier la partialité d'un juge dans une affaire. C'est la raison pour laquelle le législateur a établi des critères objectifs : une demande en récusation d'un juge aboutira s'il existe des faits pouvant faire douter une personne raisonnable<sup>6</sup> — partie au procès — de l'impartialité du juge (§ 24 al. 2 c. pr. pén.). En matière pénale le prévenu considère souvent que c'est l'attitude du juge pendant le procès qui montre sa partialité. Une demande de récusation d'un juge peut aboutir par exemple dans le cas où celui-ci montre pendant le procès de manière non équivoque qu'il est déjà convaincu de la culpabilité du prévenu<sup>7</sup>.

D'aucuns voient un danger pour l'impartialité du juge dès lors qu'il connaît avant le procès (contrairement aux jurés) le dossier d'instruction du ministère public<sup>8</sup> ; cela conduirait à une opinion déjà toute faite du prévenu ainsi que de l'infraction. Cependant le législateur allemand fait — peut-être un peu trop — confiance au juge et croit qu'il réussira à se libérer de cette influence pour pouvoir traiter sans préjugés l'affaire.

## II. — L'INDEPENDANCE DU JUGE

L'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et tout particulièrement exécutif est un principe qui résulte de la théorie de la séparation des pouvoirs développée par Montesquieu. En Allemagne, ce n'est qu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle que les juges ont obtenu leur indépendance complète dans tout le pays<sup>9</sup>. Aujourd'hui, comme nous l'avons déjà vu dans l'introduction, elle est devenue principe constitutionnel. L'article 20 alinéa 2 de la loi fondamentale prévoit des « organes spécifiques » de législation, d'exécution et de juridiction. Et l'article 92 de cette même loi attribue le pouvoir judiciaire aux « juges », c'est-à-dire aux tribunaux indépendants. Enfin l'article 97 alinéa 1 de la loi fondamentale garantit l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

L'opinion unanime considère que la garantie de l'indépendance concerne l'activité juridictionnelle dans son ensemble. Par conséquent, ce n'est pas seulement la procédure d'audience qui est concernée mais également la période précédente et suivante comme par exemple la fixation d'une affaire ou encore la motivation écrite du jugement<sup>10</sup>. L'indépendance est garantie aussi

5. Un juge peut également faire une demande pour ne pas participer au jugement d'une affaire s'il considère qu'il est personnellement concerné dans une affaire. StPO (c. pr. pén.) § 30.

6. V. à propos de ce critère *Bundesgerichtshof*, 10 nov. 1967, BGHSt. 21. 334, 341 avec des informations supplémentaires.

7. V. par exemple, *Bundesgerichtshof*, 9 déc. 1983, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1984. 1907, 1908 ; *Oberlandesgericht* (cour d'appel), Köln, 26 janv. 1988, *Strafverteidiger* 1988. 287.

8. V. à ce propos Herrmann, « Die Unabhängigkeit des Richters ? », *DRiZ* 1982. 286, 292 et s.

9. En ce qui concerne l'évolution historique V. Schütz, « Unabhängigkeit der Rechtspflege — ein Problem gestern und heute », *DRiZ* 1980. 241 ; Kissel, *Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, 1981, § 1, n° 13-24.

10. Wolf (note 2) p. 190 et s. ; Schmidt-Räntsch, *Deutsches Richterrecht. Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd. 1988, § 25 n° 8.

bien à chaque juge, aux jurés, qu'au tribunal tout entier<sup>11</sup>. L'effort principal — compréhensible du point de vue historique — a été fait pour protéger les juridictions contre l'ingérence du pouvoir exécutif<sup>12</sup>. L'intervention des organes législatifs<sup>13</sup> ainsi que de tribunaux non concernés par un procès et de personnes privées est également interdite.

Pourtant, l'indépendance du juge n'existe pas sans contrepartie. Il est significatif que l'article 97 alinéa 1 de la loi fondamentale soumet le juge — certes libre de toute influence extérieure — à la loi<sup>14</sup>. Ces deux aspects sont liés. Le juge jouit de l'indépendance de toute directive externe à la seule fin de servir strictement et inconditionnellement la loi. Et cette soumission à la loi remplit en même temps le vide qui serait créé par une indépendance totale du juge<sup>15</sup>.

Nous savons qu'à l'origine on avait imaginé la soumission du juge à la loi de telle sorte qu'il n'était que « la bouche qui prononce les paroles de la loi » (Montesquieu). Aujourd'hui on estime que l'idée du juge simple « automate d'application du droit » ne peut correspondre à la réalité. Le législateur ne peut prévoir et réglementer toutes les situations, et c'est la raison pour laquelle la norme législative ne peut prendre forme que par les applications multiples qu'en font les tribunaux<sup>16</sup>. Cependant la soumission du juge à la loi n'est pas uniquement une chimère : d'une part le juge reste obligé de tendre à réaliser ce qu'il considère comme but de la norme applicable en l'espèce, mais d'autre part surtout en droit pénal le sens littéral des textes constitue une limite à toute tentative d'interprétation au détriment du prévenu. C'est ici que la soumission à la loi est particulièrement évidente.

Dans notre étude nous traiterons plutôt de l'indépendance des tribunaux que de leur soumission à la loi. La doctrine allemande distingue deux aspects de cette indépendance : l'indépendance matérielle et l'indépendance personnelle.

## A. — L'indépendance matérielle

Par « indépendance matérielle » on entend le fait que le juge exerce son activité sans recevoir d'ordres ou de directives externes. L'article 97 alinéa 1 de la loi fondamentale accorde cette liberté à chaque juge. Mais ce n'est pas pour autant qu'elle doit être considérée comme un droit subjectif comme par exemple la liberté d'opinion ou la liberté du culte<sup>17</sup>. Il s'agit plutôt d'une institution qui est destinée à mettre en oeuvre l'obligation de l'Etat de rendre

11. Kissel (note 9) § 1 n° 4.

12. Herzog, *en Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar*, tome IV, 1977, art. 97 n° 23.

13. Ainsi le pouvoir législatif ne doit pas voter expressément une loi pour essayer d'influencer par là un procès en cours. V. aussi Herzog (note 12) art. 97 n° 22.

14. Contrairement à l'art. 97 al. 1 de la loi fondamentale, l'art. 20 al. 3 de cette loi énonce que les juridictions sont soumises « à la loi *et au droit* ». La notion « droit » doit être entendue au sens large (droit naturel inclus). Notons qu'il n'existe pas de différences entre l'art. 97 al. 1 et l'art. 20 al. 3 quant au degré de la soumission du juge à la loi.

15. V. aussi en ce qui concerne le rapport entre l'indépendance du juge et sa soumission à la loi, Doebling, « Die Praxis der Vorbereitung mündlicher Verhandlungen durch Kollegialgerichte in verfassungsrechtlicher Sicht », *NJW* 1983. 851-852 ; Wolf (note 2), p. 153, 158.

16. V. à ce propos Kaufmann, « Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit » *en Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters*, 1974, p. 295, 298 et s.

17. D'un avis différent Funk, « Grenzen der Dienstaufsicht über Richter im Hinblick auf deren verfassungsrechtlich geschützte Unabhängigkeit », *DRiZ* 1978. 357, 360 ; Doebling (note 15) ; Schnellenbach, « Personalpolitik in der Justiz », *NJW* 1989. 2227-2228.

justice. Et puisque l'Etat doit à ses ressortissants des tribunaux aptes à exercer correctement leurs fonctions, il doit protéger leur indépendance<sup>18</sup>.

a) Il a déjà été souligné que l'indépendance matérielle joue également vis-à-vis des organes législatifs. Mais le juge est en même temps lié aux « produits » de ce pouvoir. Par conséquent, ce n'est pas en invoquant l'indépendance vis-à-vis de ce pouvoir que le juge peut justifier de la non-application d'un texte législatif ou d'une ordonnance<sup>19</sup>. Néanmoins, la doctrine allemande considère que la soumission à la loi n'est pas absolue. Chaque tribunal doit vérifier si la loi, l'ordonnance ou l'arrêté qui doit s'appliquer en l'espèce est conforme à la Constitution. Dans le cas contraire il ne doit pas l'appliquer. Ce sont uniquement les lois votées au Parlement après 1949 que le tribunal ne peut rejeter sans avoir préalablement saisi le Tribunal constitutionnel compétent (art. 100 al. 1 de la loi fondamentale). C'est donc finalement le pouvoir judiciaire qui a le dernier mot.

b) Aujourd'hui le principe de la liberté de la justice par rapport aux directives du pouvoir exécutif est hors de toute discussion. L'indépendance des tribunaux n'exclut pas qu'ils soient obligés de respecter certaines décisions de l'Administration, dans la mesure où ces décisions ne font pas l'objet du litige (par exemple devant le tribunal administratif)<sup>20</sup>. Lorsque l'autorité administrative compétente a donné à une personne l'autorisation d'exploiter son usine et qu'ensuite cette personne est assignée pour pollution de l'air (§ 325 c. pén.), le tribunal doit accepter l'autorisation même s'il considère que celle-ci n'aurait pas dû être accordée<sup>21</sup>.

Actuellement, la difficulté dans les relations justice-administration tient au fait que le ministre de la Justice exerce un certain contrôle sur l'activité des juges. On traitera plus dans le détail ce problème de contrôle (v. III). Mais on doit également craindre une atteinte à l'indépendance du juge quand des représentants du gouvernement prennent publiquement position pour ou contre — d'ailleurs en général contre — une décision de justice. Pour en citer un exemple qui date de l'année 1989 : un tribunal de première instance du Land Hessen avait acquitté une personne qui avait été traduite pour injure devant le tribunal. Elle avait soutenu lors d'une discussion publique que tous les soldats étaient des assassins potentiels<sup>22</sup>. Ensuite le ministre fédéral de la Justice a publiquement déclaré qu'il était consterné par le jugement et qu'il espérait qu'appel sera fait contre la décision. Certes, le ministre a parfaitement le droit de se prononcer à propos de faits intéressant le public, mais c'est inquiétant quand il le fait de manière aussi peu objective concernant une affaire en cours<sup>23</sup>.

c) Le tribunal n'est pas lié par les décisions des autres tribunaux. Par conséquent il n'y a pas de précédents à respecter. Chaque juge interprète la

18. *Bundesgerichtshof*, 27 sept. 1976, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 67. 184, 187 ; *Bundesverwaltungsgericht* (tribunal fédéral administratif) 29 oct. 1987, *NJW*, 1988. 1748-1749 ; aussi Benda (note 1) p. 170 ; Wolf (note 2), p. 215 ; Schmidt-Räntsch (note 10), § 26 n° 21 ; Kissel (note 9), § 1 n° 12.

19. Plus d'informations par Herzog (note 12), art. 97 n° 13-21.

20. Herzog (note 12), art. 97 n° 31.

21. Détaillé sur ce problème Rengier, « Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 101 (1989), p. 875.

22. *Landgericht* (Trib. grande inst.) Frankfurt, 20 oct. 1989, *Strafverteidiger*, 1990. 73.

23. V. également Salger, « Justizminister sollten nicht in Gerichtsverfahren hineinkritisieren », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1990. 29.

loi comme il l'entend et n'est lié ni à une décision antérieure, ni à la décision d'une instance supérieure. Il n'existe que peu d'exceptions à ce principe en droit allemand. Une certaine limite est constituée par le fait que les décisions acquièrent autorité de la chose jugée. Il est interdit de rendre une nouvelle décision dans la même affaire, contre la même personne agissant en la même qualité si le premier procès est clos et la décision définitive, c'est-à-dire insusceptible d'appel (*non bis in idem*)<sup>24</sup>. Néanmoins, dans certains cas même un jugement en une affaire différente peut lier une juridiction. Mais en droit allemand cette situation est rare et se limite à des jugements de fond qui établissent définitivement les faits. Ainsi par exemple un jugement de divorce va lier également toutes les autres juridictions ; par contre il n'existe pas de principe de liaison du civil par le pénal. C'est ainsi qu'un juge civil peut accorder des dommages-intérêts pour homicide involontaire même si le juge répressif a acquitté le prévenu, et *vice versa*.

La liberté du juge de rendre ses décisions de manière indépendante est également limitée dans d'autres cas de figure : certaines décisions du *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal fédéral constitutionnel) lient tous les tribunaux. Aussi un tribunal auquel une affaire est renvoyée après révision est lié par les principes de droit dégagés par le tribunal de révision (§ 358 al. 1 c. pr. pén.).

d) La séparation des pouvoirs est destinée à empêcher que le pouvoir exécutif ou législatif exerce une influence sur les tribunaux. Mais il existe une autre source d'influence sur les juridictions qui peut parfois représenter un danger bien plus réel pour l'indépendance de la justice que d'éventuels empiètements du pouvoir exécutif : c'est l'influence du « quatrième pouvoir », les medias et l'opinion publique. On a parlé à juste titre du « talon d'Achille » de l'article 97 de la loi fondamentale<sup>25</sup>. Le fait que le tribunal ne peut guère rester impartial face à des prises de position *a priori* dans la presse et dans les autres medias est généralement considéré comme inquiétant. Toutefois, personne ne saurait proposer une solution à ce dilemme car on est confronté à un intérêt aussi important que l'indépendance des tribunaux : la liberté de la presse et le droit du public à l'information. Dans cette discussion l'opinion dominante est cependant contre une institution aussi puissante que le *contempt of court* en Grande-Bretagne<sup>26</sup> parce que la liberté de la presse serait trop restreinte.

e) Pour le juge lui-même, son indépendance matérielle est moins un privilège qu'une charge. On attend de lui qu'il s'efforce de rendre ses décisions libre d'influences externes et tout particulièrement de « l'opinion publique ». Mais en plus il doit être conscient de sa propre personnalité et des préjugés qu'il pourrait avoir en raison de ses origines, son éducation, ses expériences<sup>27</sup>, etc. En outre, on vise à « faire voir » l'indépendance du juge vis-à-vis de l'opinion publique. A cet effet on a déterminé dans un premier temps

24. Exposé par Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 21<sup>e</sup> éd. 1989, p. 325-334.

25. Herzog (note 12), art. 97 n° 42. Aussi Herrmann (note 8) p. 291 et s. ; Pfeiffer, « Zum Spannungsverhältnis richterlicher Unabhängigkeit — Dienstaufsicht — Justizgewährungspflicht », en *Festschrift für Karl Bengl*, 1984, p. 85, 94 ; Hassemer, « Vorverurteilung durch die Medien ? », *NJW*, 1985. 1921 ; Wolf (note 2), p. 211-219 ; de droit comparé Bornkamm, *Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens*, 1980 ; Eser/Meyer (éditeurs), *Öffentliche Vorverurteilung und fairen Strafverfahren*, 1986.

26. Herzog (note 12), art. 97 n° 44 ; Bornkamm (note 25), p. 269 et s. ; Herrmann (note 8), p. 292 ; Pfeiffer (note 25), p. 95 et s. ; Meyer, en : Eser/Meyer (note 25), p. 350.

27. Kissel (note 9), § 1 n° 157 et s.

des incompatibilités : un juge en fonction ne peut pas exercer en même temps des tâches exécutives ou législatives (§ 4 al. 1, 36 al. 2 de la loi sur la magistrature, avec peu d'exceptions : § 4 al. 2 de la même loi).

Il y a quelques années, une proposition a été examinée qui visait à interdire toute activité politique des juges<sup>28</sup>. Mais finalement on a conclu qu'il valait mieux ne pas exclure complètement les juges de la vie politique et on s'est contenté de leur demander de la modération. Un juge doit se comporter dans ses fonctions et ailleurs de telle façon qu'il ne peut y avoir des doutes quant à son indépendance (§ 39 de la loi sur la magistrature). Bien évidemment les opinions sont divergentes quant au seuil à partir duquel il doit y avoir des doutes. De manière générale on peut constater que les tribunaux accordent aux juges une assez grande liberté dans l'expression de leurs opinions politiques et même dans l'exercice de leurs activités politiques (par exemple en tant que membre du conseil municipal)<sup>29</sup>. Certains juges pourtant sont allés trop loin. Ils avaient exprimé dans une déclaration de presse reprise par un quotidien leur refus concernant le stationnement de missiles nucléaires en Allemagne fédérale. Dans cet article ils n'ont pas seulement fait état de leur fonction et de leur grade — ce qui aurait pu être tolérable — mais ils se sont référés à plusieurs reprises dans le titre et dans le texte même à leur fonction et compétence de magistrat. Le tribunal fédéral administratif a considéré qu'ils avaient violé leur obligation de réserve en matière politique. Dans la motivation de la décision le tribunal estimait que les juges n'avaient pas suffisamment séparé leur fonction de leurs opinions politiques personnelles<sup>30</sup>.

## B. — *L'indépendance personnelle*

L'indépendance matérielle à elle toute seule ne serait qu'une faible protection contre l'influence d'autres institutions sur les juridictions. Les hommes au pouvoir pourraient facilement atteindre leurs buts en ne nommant que des personnes « fiables » et en même temps en déchargeant de leurs fonctions les juges dont ils n'approuveraient pas les décisions, ou tout simplement en leur attribuant des tâches si peu importantes qu'ils ne pourraient nuire au pouvoir politique en place. C'est la raison pour laquelle l'indépendance matérielle du juge doit être complétée par son indépendance personnelle : la position du juge doit être garantie de telle façon qu'il ne doit pas craindre pour sa carrière en raison des décisions qu'il a rendues.

L'article 97 alinéa 2-1° de la loi fondamentale en prévoit une garantie. Selon cet article, un magistrat du siège définitivement nommé ne peut être privé ou suspendu de ses fonctions ou être affecté à un autre office sans base légale et une décision de justice. Cette double protection de l'inamovibilité du juge a été même élargie par la jurisprudence : ainsi la rémunération des juges ne doit pas être abandonnée au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif<sup>31</sup> et il est également interdit d'écarter des juges gênants pour le pouvoir en

28. Schmidt-Räntsch (note 10), § 39 n° 1.

29. V. pour plus de renseignements Schmidt-Räntsch (note 10), § 39 n° 9.

30. *Bundesverwaltungsgericht*, 29 oct. 1987, *NJW*, 1988, 1748 ; en ce sens Hager, « Freie Meinung und Richteramt », *NJW*, 1988, 1694 ; Barbey, en : Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, t. III, 1988, p. 854-856.

31. *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale), 24 janv. 1961, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), 12, 81.

place en ne leur attribuant presque pas d'affaires<sup>32</sup>. La destitution d'un juge ou son déplacement ne sont possibles que si le juge a violé un article de la Constitution (art. 98 al. 2 de la loi fondamentale) ou s'il se rend coupable d'une infraction intentionnelle grave (§ 24 loi sur la magistrature) ou d'une violation grave de l'ordre de la magistrature (§ 63 loi sur la magistrature). Elle peut être également justifiée dans le cas où la continuation du travail du juge risque de « porter gravement atteinte au fonctionnement de la justice » (§ 31 loi sur la magistrature) ou si un tribunal est supprimé ou son ressort modifié (§ 32 loi sur la magistrature). Dans toutes ces situations le juge concerné peut exiger une décision de justice.

La garantie de l'inamovibilité ne s'applique qu'aux juges définitivement investis de leurs fonctions<sup>33</sup>. Tout juriste qui a achevé — avec succès — sa formation n'est pas apte à la magistrature. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit avant la nomination une période d'essai qui dure normalement trois ans (§ 10 al. 1, 12 loi sur la magistrature). Pendant ce temps le juge jouit d'une indépendance matérielle totale. Mais il peut être muté et dans le cas où il ne montre pas assez de qualités il peut être relevé de ses fonctions (§ 22 loi sur la magistrature). Dès lors le danger pour ces juges dont l'indépendance personnelle est aussi limitée est de les voir s'orienter vers les magistrats plus anciens. Ces derniers auront leur mot à dire quant à la nomination définitive des jeunes juges. C'est la raison pour laquelle dans chaque formation du tribunal (les différentes chambres) il ne doit y avoir par affaire qu'un seul juge accomplissant sa période d'essai (§ 29 al. 1 loi sur la magistrature).

La garantie de l'indépendance personnelle ne peut être accordée qu'à des juges définitivement nommés. Une emprise sur l'activité juridictionnelle est pourtant à craindre au moment du *choix* des juges si celui-ci est fait selon des critères politiques. Actuellement, même s'il n'y a pas de raisons de formuler des critiques, il n'en reste pas moins qu'il n'existe pas d'institution juridique de sauvegarde contre des choix reposant sur des critères qui ne sont pas objectifs. La nomination des juges incombe au ministre de la Justice et essentiellement aux ministres des *Länder*<sup>34</sup>. La condition d'accès à la magistrature est d'avoir accompli avec succès des études à l'université ainsi qu'un stage pratique (§ 5-6 loi sur la magistrature). Cette formation est la même pour tous les juristes. Notons que s'applique le principe constitutionnel qui garantit à tous les citoyens allemands l'égalité d'accès aux emplois publics (art. 33 al. 2 de la loi fondamentale) par un choix fondé uniquement sur la qualification et sur l'aptitude professionnelle.

En ce qui concerne la mise en oeuvre de ce principe les ministres ne sont généralement soumis à aucun contrôle<sup>35</sup>. Ce n'est qu'à Berlin, à Hambourg et dans le *Land* Hessen que le choix entre plusieurs candidats pour un poste est fait avec la participation d'une commission de sélection. Elle se compose en partie de juges, en partie de personnes élues par le Parlement du *Land*<sup>36</sup>. On s'est demandé si un système de cooptation par les juges ne correspon-

32. *Bundesverfassungsgericht*, 25 févr. 1964, BVerfGE 17. 252, 259.

33. En Allemagne, à part les membres de la Cour fédérale constitutionnelle, tous les magistrats de carrière sont nommés à vie, c'est-à-dire jusqu'à 65 ans révolus.

34. Les juridictions en Allemagne fédérale sont en principe organisées par les *Länder*. Ce ne sont que les instances (de révision) les plus élevées des différentes juridictions qui sont des tribunaux fédéraux.

35. Objections Wolf (note 2), p. 167.

36. Schnellbach (note 17), p. 2228. Informations sur ces commissions dans les différents *Länder*, Schmidt-Räntsch (note 10) préf. § 8 n° 7 et s.

drait pas mieux à l'idée de l'indépendance des juridictions, mais la critique se fonde à juste titre sur le fait que les décisions de ces commissions judiciaires seraient soustraites à tout contrôle démocratique (tandis que les décisions des ministères sont au moins soumises au contrôle parlementaire)<sup>37</sup>.

Vu l'ensemble des réglementations légales, il convient de constater que le législateur a fait au mieux pour sauvegarder l'indépendance du juge. Il convient de signaler, en concluant, qu'il est deux domaines où l'indépendance du juge risque d'être facilement restreinte : le contrôle disciplinaire et l'avancement.

### III. — PROBLEMES

#### A. — *Le contrôle disciplinaire*

Dans un système judiciaire idéal, chaque juge exercerait volontiers ses tâches : il rendrait ses décisions dans un bref délai et serait aimable, attentionné avec tout le monde et de plus sans aucun contrôle extérieur. Mais la réalisation de cette situation idéale n'est pas facile à atteindre avec un effectif de 17 000 juges actuellement en fonction. Une certaine surveillance — le contrôle disciplinaire<sup>38</sup> — de leur activité est nécessaire pour qu'avec certitude les juges s'acquittent correctement de leurs tâches. Ce contrôle est exercé par un supérieur hiérarchique qui est d'abord le président du *Landgericht* (Trib. grande inst.) ou du *Oberlandesgericht* (cour d'appel) qui est lui-même soumis au ministère de la Justice<sup>39</sup>. Le contrôle disciplinaire est donc finalement exercé par un organe du pouvoir exécutif et non pas du pouvoir judiciaire<sup>40</sup>.

Il est évident que l'indépendance matérielle du juge et le contrôle disciplinaire ne seront pas toujours conciliables. Il est à craindre que les organes du pouvoir exécutif n'essaient d'influencer les décisions des juges sous le prétexte de surveiller l'exercice de leurs fonctions. Le législateur a résolu le conflit conformément au principe constitutionnel de l'article 97 alinéa 1 de la loi fondamentale en faveur de l'indépendance du juge : le juge n'est soumis au contrôle disciplinaire que dans la mesure où celui-ci ne porte pas atteinte à son indépendance (§ 26 al. 1 loi sur la magistrature). En outre les mesures qui peuvent être ordonnées dans le cadre du contrôle sont fortement limitées : il n'y a que l'organisation du travail qui puisse être « critiquée » et il ne peut recevoir que des « rappels » à une administration régulière (§ 26 al. 2 de la loi sur la magistrature). Toute critique qui va plus loin est interdite au supérieur<sup>41</sup>. En outre, un juge qui croit son indépendance compromise par une mesure disciplinaire peut saisir le tribunal de la magistrature (§ 62 al. 1 n° 4,

37. Kissel (note 9), § 1 n° 37 ; Schmidt-Räntsch (note 10), préf. § 8 n° 6.

38. En ce qui concerne le rapport entre le contrôle disciplinaire et l'obligation de l'Etat de rendre justice, V. Arndt, « Grenzen der Dienstaufsicht über Richter », *DRiZ*, 1974. 248 ; Schmidt-Räntsch (note 10), § 26 n° 3 ; V. aussi Hieronimi, « Zur Dienstaufsicht über die Richter », *NJW* 1984. 108.

39. Le contrôle disciplinaire est une tâche qui incombe au ministre de la Justice. Il ne peut pas la déléguer à une autre personne dans son ministère ; *Bundesgerichtshof*, 11 fevr. 1969, BGHZ 51, 363, 370.

40. La Cour fédérale constitutionnelle considère que cette réglementation traditionnelle en Allemagne fédérale est conforme à la Constitution ; *Bundesverfassungsgericht*, 22 oct. 1974, BVerfGE 38. 139, 151.

41. *Bundesgerichtshof*, 31 janv. 1984, BGHZ 90. 34, 39.

78 n° 4<sup>e</sup>, et § 26 al. 3 de la loi sur la magistrature)<sup>42</sup>. La notion de « mesure disciplinaire » doit être entendue au sens large : tout propos écrit ou oral du supérieur qui contient une critique de la manière dont le juge exerce ses fonctions peut être soumis au tribunal de la magistrature afin de savoir si cette critique porte atteinte de manière inadmissible à l'indépendance du juge<sup>43</sup>.

Les décisions publiées du tribunal fédéral de la magistrature montrent dans leur ensemble d'un côté une sensibilité remarquable d'un grand nombre de juges concernant leur indépendance, de l'autre côté la jurisprudence des tribunaux de la magistrature prend la protection de l'indépendance des juges très au sérieux. Ainsi par exemple le fait d'imposer des horaires fixes au juge est considéré comme atteinte à l'indépendance<sup>44</sup>. Il est également interdit de lui recommander d'être plus rigoureux dans les débats<sup>45</sup>. Aussi, la critique au terme de laquelle le juge n'aurait pas dû faire grief au prévenu dans la motivation orale du jugement de « mensonges effrontés » mais s'exprimer de façon plus modérée a été considérée comme immixtion inadmissible de la part du supérieur dans le domaine réservé au juge<sup>46</sup>.

Le tribunal fédéral de la magistrature distingue un « fond de l'activité juridictionnelle » totalement soustrait au contrôle, et « l'ordre extérieur » à propos duquel le supérieur peut intervenir<sup>47</sup>. Font partie de « l'ordre extérieur » : la façon dont le juge exerce son activité (par exemple la ponctualité, la coopération avec le personnel, etc.) mais également le nombre d'affaires traitées pendant une certaine période<sup>48</sup>. En outre, le contrôle est également admis quand le juge commet une « faute manifeste » dans l'application de la loi<sup>49</sup>. C'est une exception au principe d'absence de surveillance de l'activité juridictionnelle propre. Elle est fondée d'un point de vue pragmatique mais dangereuse pour l'indépendance des juridictions. La doctrine considère cette conception du tribunal fédéral de la magistrature d'un oeil critique<sup>50</sup>.

## B. — « L'avancement »

Contrairement aux fonctionnaires, les juges ne sont pas véritablement soumis à un système d'avancement. Pourtant certains postes, surtout dans les tribunaux hiérarchiquement plus élevés, sont plus intéressants et mieux rémunérés. Ces raisons justifient qu'ils soient plus recherchés que d'autres. Il y a là un danger qui menace l'indépendance du juge<sup>51</sup>. C'est le ministre de la Justice (du *Land* ou pour les tribunaux fédéraux de la Fédération) donc un organe de l'exécutif qui décide de la nomination à ces postes et par là de la « carrière du magistrat ». En général on annonce officiellement les postes va-

42. Il est possible d'exercer des voies de recours contre les décisions du tribunal de la magistrature. La dernière instance est le tribunal fédéral de la magistrature qui consiste en une chambre du *Bundesgerichtshof* (équivalent de la Cour de cassation en France) (§ 79 al. 2 loi sur la magistrature).

43. *Bundesgerichtshof*, 31 janv. 1984, BGHZ 90. 41, 43 ; *Bundesgerichtshof*, 10 janv. 1985, BGHZ 93, 238, 241.

44. Jurisprudence constante, V. *Bundesverwaltungsgericht*, 29 oct. 1987, *Juristenzeitung*, 1988. 417.

45. *Bundesgerichtshof*, 31 janv. 1984, BGHZ 90. 41, 46 et s.

46. *Bundesgerichtshof*, 17 oct. 1977, BGHZ 70. 1, 5 et s.

47. V. Schmidt-Räntsch (note 10), § 26 n° 24.

48. *Bundesgerichtshof*, 10 janv. 1985, BGHZ 93. 238, 244 ; *Bundesgerichtshof*, 16 sept. 1987, *NJW*, 1988. 419-420.

49. *Bundesgerichtshof*, 27 sept. 1976, BGHZ 67. 184, 187 et s. ; aussi *Bundesgerichtshof*, 7 juin 1966, BGHZ 46. 147, 150.

50. Funk (note 17), p. 361 et s. ; Rudolph, *Der Kommentar. DRiZ* 1978. 13 ; Herrmann (note 8), p. 290 ; Wolf (note 2), p. 198. Dans le sens du *Bundesgerichtshof* Arndt (note 38), p. 251 ; Kissel (note 9), § 1 n° 60.

51. Wolf (note 2), p. 209.

cants pour permettre à tout juge intéressé de présenter sa candidature. Dans son choix le ministre de la Justice est secondé par un comité composé au moins en partie de représentants élus par les juges (§ 74, 75 loi sur la magistrature). Les comités établissent des rapports sur les candidats et les transmettent au ministre. Leurs pouvoirs sont plus ou moins étendus selon le *Land*. Ils peuvent aller jusqu'au droit de veto contre les décisions de nomination du ministre<sup>52</sup>.

Dans plusieurs *Länder* la condition tacite d'accès à un poste supérieur, par exemple celui de président de chambre, est d'avoir accompli une « période d'essai » de plusieurs mois en tant que juge délégué auprès d'une cour d'appel<sup>53</sup>. Mais ce sont surtout les appréciations régulièrement établies par le président du tribunal sur tous les jeunes juges qui sont d'une grande importance. Parfois c'est le président même qui examine les décisions rendues par le jeune juge et sa façon de mener les débats. Mais souvent c'est essentiellement la notation du président de la chambre à laquelle appartient le juge, qui sera prise en considération. Par conséquent il semble logique qu'un jeune juge qui a l'intention de faire carrière essaie d'éviter des conflits avec les juges plus anciens, craignant que ce désaccord se fasse sentir, plus tard, dans une attestation négative. C'est un danger considérable pour l'indépendance du juge<sup>54</sup>, danger toutefois difficile à combattre par voie administrative ou judiciaire. Néanmoins, il a été admis qu'une attestation de travail critique — et ne serait-ce qu'en partie — peut être considérée comme une mesure de contrôle disciplinaire<sup>55</sup>. Par conséquent, il en résulte que le juge concerné peut se défendre devant le tribunal de la magistrature à l'égard des formules employées dans son attestation si celles-ci portent directement ou indirectement atteinte à son indépendance<sup>56</sup>. Cependant on peut à juste titre douter de l'utilité de telles initiatives — certes courageuses de la part du juge concerné — pour l'avancement projeté.

Ces deux domaines que nous venons de traiter montrent où se trouve en pratique la limite de l'indépendance du juge : la loi ne peut la protéger que de manière incomplète et il incombe à chaque juge de la défendre et de la faire reconnaître grâce à des efforts quotidiens. C'est *lui* qui doit s'appliquer de toutes ses forces à rester indépendant face aux difficultés lorsque ses propres intérêts de carrière ou la crainte de provoquer des conflits risquent de fausser sa décision. C'est pourquoi l'indépendance est moins un privilège qu'un fardeau pour le juge — fardeau qu'il doit accepter s'il ne veut pas mettre en cause le fondement de notre système judiciaire.

52. V. Wolf (note 2), p. 165-167 ; Schmidt-Räntsch (note 10), préf. 8 n° 15.

53. Schnellbach (note 17), p. 2229.

54. Herrmann (note 8), p. 291.

55. Baur, « Die Beurteilung des Richters und seine Unabhängigkeit », *DRiZ*, 1973. 6 et s. ; Arndt (note 38), p. 249 ; Kissel (note 9), § 1 n° 93.

56. Ainsi une attestation de travail ne doit pas contenir la critique qu'un juge soit trop enclin à accepter des transactions. Par cette critique on risque d'entraver sa disposition à faire des transactions dans le futur ; *Bundesgerichtshof*, 10 déc. 1971, BGHZ 57. 344, 355 ; dans ce sens *Bundesgerichtshof*, 31 janv. 1984, BGHZ 90. 41, 46 et s.

## La notion helvétique de tribunal indépendant et impartial

Pierre-Henri BOLLE

*Professeur à l'Université de Neuchâtel*

La politique criminelle et la politique de sauvegarde des droits de l'homme, ces deux façons de résoudre les conflits qui peuvent surgir entre les justiciables et l'Etat, ne sont pas antinomiques. Pour plagier Malraux, on peut affirmer que la politique criminelle, au XXI<sup>e</sup> siècle, sera humaniste ou ne sera pas ; et il existe une synergie, que je qualifierai de naturelle, entre la politique criminelle et celle de sauvegarde des droits de l'homme.

En outre, il est de la plus haute importance de dissiper les malentendus qui pourrissent une série de conflits que certains se sont complus à dénoncer, entre les juridictions nationales et les organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme. Plutôt que de conflits, d'oppositions, je préférerais parler de secousses, de résistances, certes, mais pas tellement dirigées contre la primauté des normes de la Convention européenne des droits de l'homme sur celles de niveau légal, qui régissent la politique criminelle, mais bien de résistances fondées, en partie du moins, sur le souci de conserver certaines spécificités nationales dues à des raisons historiques, géographiques, sociales ou culturelles ... ou tout bonnement, je l'avoue, au désir de satisfaire des relents nationalistes, face aux craintes qu'engendre la mouvance parfois agitée de la construction de l'Europe, craintes pourtant infondées, car sur le continent tout commence et tout finit par la sauvegarde des droits de l'homme.

Or, ces réticences à bâtir une Europe des droits de l'homme pèsent d'autant plus lourd qu'elles se manifestent dans des domaines où la sensibilité nationale est exacerbée.

Tel est le cas en Suisse de l'indépendance du juge, un impératif qui a joué de tous les temps et dès les origines de la Confédération un rôle considérable sur l'histoire des institutions, même si le contenu et la dimension du concept ont changé au cours des siècles, et de concept éminemment politique, a revêtu un sens de plus en plus technique.

Au début de l'histoire de la Confédération, l'indépendance du juge fut un impératif de politique étrangère, un moyen d'affirmer l'indépendance d'un peuple par rapport à l'étranger, sa souveraineté, et l'*imperium* des autorités nationales. Ainsi, le Pacte de 1291, par lequel les cantons primitifs exprimèrent leur volonté de se dégager des liens qui les asservissaient à la maison des Habsbourg et à travers elle au Saint-Empire romain-germanique, réfère explicitement à leur volonté de ne se soumettre qu'à leur juge naturel, c'est-à-

dire à un juge choisi au sein de leur population, indépendant de tout pouvoir étranger.

Ensuite, au siècle des Lumières, le concept d'indépendance du juge est devenu aussi juridique, et un volet de la théorie de la séparation des pouvoirs. En ce sens, le juge indépendant n'est plus serf du pouvoir exécutif, ni même du pouvoir législatif : le premier, au mieux ou au pire, peut désigner le juge et veiller à la gestion du service public qu'est la justice ; quant au second, il ne peut et ne doit qu'offrir au juge le cadre juridique où fonctionner. C'est dans ce sens que les ordres juridiques cantonaux, au plan constitutionnel et/ou légal, implicitement ou explicitement, consacrent tous la séparation des pouvoirs, principe indiscutable et indiscuté du système juridique suisse, dès la naissance en 1848 de la Suisse en tant qu'Etat fédéral.

Enfin, et en tous les cas dès les codifications du XX<sup>e</sup> siècle, l'indépendance du juge a acquis en Suisse une dimension supplémentaire et consacre l'idée, non seulement de la séparation des pouvoirs du juge par rapport à l'Administration et au Parlement, mais aussi de la séparation des fonctions au sein du pouvoir judiciaire. Or, cette séparation des fonctions a un sens surtout dans le domaine pénal, domaine où les justiciables courent les plus grands risques de violation de leurs droits individuels et de leurs libertés personnelles.

S'il est vrai que chaque Etat, en Europe, est confronté à cette problématique, qui revêt donc une dimension générale dans les systèmes démocratiques au sens où nous l'entendons dans le monde occidental, les spécificités nationales réapparaissent dans l'application qu'on fait de l'exigence d'indépendance du juge pénal.

Ainsi en va-t-il de la Suisse et de ses multiples ordres de procédure et d'organisation judiciaire pénale (chaque canton et la Confédération ont les leurs), surtout dès 1974, date à laquelle la Suisse s'est liée par la Convention européenne des droits de l'homme.

Faute de pouvoir traiter ici tous les aspects de cette problématique, j'ai choisi d'en aborder trois, à mon sens parfaitement illustratifs de l'évolution des conceptions helvétiques et de la façon dont le droit issu de la Convention est appliqué en Suisse.

Le premier aspect concerne la justice pénale militaire, que la Constitution fédérale attribue à la Confédération et que l'adhésion de la Suisse à la Convention a imposé de modifier.

Le deuxième aspect traite de l'indépendance des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement : certains cantons, comme Berne et Fribourg, pour des raisons historiques, mais que l'expérience avait parées de vertus pratiques fort précieuses et économiques, ne respectaient pas jusqu'à tout récemment.

Quant au troisième aspect, il vise la justice pénale applicable aux mineurs, tout entière de droit cantonal, du moins en ce qui concerne l'organisation judiciaire et administrative, domaine dans lequel les cantons connaissent des institutions fort différentes, mais qui toutes ont maintenu ou prennent avec les impératifs de la Convention des distances intersidérales, compte tenu des objectifs spécifiques du droit pénal des mineurs, davantage éducatif, curatif et socialisateur, que véritablement répressif, à cheval qu'il est sur le droit pénal et le droit social.

Enfin, la présente contribution est consacrée presque exclusivement à la doctrine et à la pratique suisses, et ne traitera qu'incidemment de la juris-

prudence des organes de contrôle de la Convention (décisions de la Commission, arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et décisions du Comité des ministres), car je pars de l'idée que les lecteurs d'un périodique étranger à vocation internationale connaissent celle-ci mieux que celles-là, et du principe que celles-là illustrent davantage que celle-ci les spécificités helvétiques.

## I. — L'INDEPENDANCE DU JUGE DANS LE CADRE DE LA JUSTICE MILITAIRE, OU DES VERTUS D'UNE ERREUR COMMISE PAR LE LEGISLATEUR

Si l'on considère sa longue histoire, la justice militaire suisse est un bon exemple de justice populaire, fondée sur deux grands principes : la proscription des juges étrangers, et l'esprit de corps qui veut que le justiciable militaire soit jugé par ses pairs. En effet, l'armée suisse, à l'origine composée des contingents cantonaux, est une armée exclusivement de milice. Elle est une émanation du peuple et, à ce titre, le jugement des infractions qui y sont commises relevait du canton dont l'inculpé était ressortissant. C'est ce qu'on appelle le « *Heimatprinzip* »<sup>1</sup>, au sens duquel, hormis les fautes d'indiscipline qui relevaient des officiers de la troupe, les militaires qui avaient commis des crimes étaient en règle générale remis pour y être jugés aux autorités judiciaires de leur canton, après enquête par un de leurs officiers. Cet *Heimatprinzip* fut maintenu quand les corps de troupe cantonaux furent fondus dans une institution unique : l'armée suisse, dorénavant intégrée, avec la conséquence que la justice militaire est désormais une institution de la Confédération.

La même idée a prévalu pour l'administration de la justice dans les régiments au service de l'étranger : les capitulations militaires passées par les cantons avec les souverains étrangers prévoyaient toutes que les mercenaires suisses relevaient de leurs propres juges cantonaux, et pour certaines infractions, de leurs propres officiers. Et comme les régiments suisses à l'étranger étaient composés de soldats et d'officiers provenant de différents cantons, peu au courant des divers ordres juridiques cantonaux, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle furent publiés des recueils systématiques de droit administratif et pénal. Ainsi se constitue un *Kriegsrecht* ou droit de la guerre, compilations des droits en vigueur dans les cantons, avant que l'on se résolût à faire de la Caroline, code criminel de Charles Quint, datant de 1530-1532, le droit pénal à l'usage des troupes suisses à l'étranger.

Il serait trop long de décrire l'évolution de la justice militaire suisse jusqu'au droit positif<sup>2</sup>. Disons simplement que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur la procédure pénale militaire, en 1980, la justice militaire était restée une justice de corps, d'une part, puisque certaines infractions pouvaient être punies, comme le veut une justice de nature disciplinaire, par la hiérarchie militaire, jusqu'à l'Auditeur en chef de l'Armée, haut fonctionnaire du Département militaire fédéral (le ministère suisse des Armées), désigné par le Conseil fédéral (l'exécutif de la Confédération), alors compétent pour prononcer en dernier ressort des peines d'arrêts jusqu'à vingt jours, et,

1. *Heimat* signifie la patrie ; cf. Raphaël Barras, « La justice militaire en Suisse. Aperçu historique », in *La justice militaire suisse*, Opfikon, Lenticulis, 1989, p. 9 et s.

2. Code pénal militaire de 1927 ; loi sur la procédure pénale militaire de 1979 ; cf. Barras, *op. cit.* p. 11 à 22.

d'autre part, qu'elle a gardé jusqu'à nos jours son caractère populaire, puisque la réforme de 1979 a maintenu une justice militaire de milice, dont les organes sont composés de citoyens en casquette de tous grades.

Ce bref rappel de quelques notions de procédure pénale militaire permettent de mieux comprendre pourquoi, en 1974, au moment de l'adhésion de la Suisse à la Convention, le législateur n'a pas jugé nécessaire, soit de reviser la procédure pénale militaire alors en vigueur (loi sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale militaire de 1889), soit de formuler une réserve ou une déclaration interprétative, relative au droit disciplinaire militaire, alors qu'il ne s'était pas privé de le faire, pour préciser le champ d'application pénal de l'article 6, ch. 1 CEDH en Suisse<sup>3</sup>. Tout imbibé de ces conceptions fortement ancrées dans l'histoire et la culture militaires et juridiques helvétiques, le Conseil fédéral, dans son premier rapport relatif à la Convention, avait estimé que l'article 6, ch. 1 CEDH n'était pas adapté aux spécificités du droit disciplinaire militaire<sup>4</sup>, qui n'était pas, pensait-il, englobé dans ce que les spécialistes et les organes de la Convention ont appelé le « domaine pénal »<sup>5</sup>. L'exercice du pouvoir disciplinaire en droit militaire suisse revenait aux commandants d'unité qui avaient la compétence d'infliger des peines privatives de liberté sous forme d'arrêts jusqu'à vingt jours ; recours pouvait être déposé contre une telle décision auprès du supérieur de l'officier qui s'était prononcé, et en dernier ressort à l'Auditeur en chef de l'Armée qui statuait définitivement, au sens de l'ancienne législation. Or, il a été dit que cet Auditeur est nommé par le Conseil fédéral, et il répond de ses actes devant le Département militaire fédéral<sup>6</sup>. Il ne pouvait donc être considéré comme un juge, au sens de l'article 6 ch. 1 CEDH.

Cette anomalie n'allait pas échapper au Parlement fédéral, dont un membre<sup>7</sup>, relayé par un canton<sup>8</sup>, demanda en 1971 que le statut et les pouvoirs de l'Auditeur fussent reconsidérés pour rendre le droit suisse conforme à la Convention. Ce double vœu fut transmis à la Commission d'experts chargée de réviser le code pénal militaire et d'élaborer de nouvelles organisation judiciaire et procédure pénale militaires, dont un des membres proposa en 1975 d'instituer un juge comme autorité de recours. Cette proposition fut retenue par un législateur forcé et contraint par deux péripéties qui ne lui avaient laissé aucune liberté de manoeuvre, tant au plan politique qu'au plan juridique<sup>9</sup>.

La première péripétie fut l'adoption le 8 juin 1976 de l'arrêt *Engels*<sup>10</sup> par la Cour européenne des droits de l'homme, au sens duquel les arrêts militaires de rigueur sont une forme de privation de liberté selon l'article 5 ch. 1, *lit. a* CEDH, et en conséquence ne peuvent être subis avant qu'un juge ne se soit prononcé sur leur principe.

3. Feuille fédérale, FF 1968. II. 1114 et 1974. I. 1032/33.

4. FF 1968. II. 1105.

5. Par exemple, arrêt *Öztürk*, 21 févr. 1984, arrêts de la Cour, Série A, n° 73.

6. Loi sur la procédure pénale militaire, art. 16 al. 1 et 17 al. 1.

7. Postulat *Allgöwer*, *Bulletin off.* Conseil national 1971, p. 271 et s.

8. Initiative parlementaire, Bâle-Ville, citée par Olivier Fassbind, *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur les lois suisses de procédure pénale*, Peseux, Imprimerie de l'Ouest, 1984, p. 100, n° 413.

9. Jean Raymond, « La Suisse devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. suisse* (98) 1979, vol. 2, p. 1 et s.

10. Arrêts de la Cour, Série A, n° 22, p. 28 et s.

La deuxième péripétie, nationale celle-là, découla tout naturellement de la première et, coup de fouet déterminant au législateur, accéléra la réforme en cours : un soldat dénommé Eggs avait été condamné par ses officiers à une peine d'arrêts de rigueur, décision qui avait été confirmée en dernier ressort par l'Auditeur en chef de l'Armée. Le condamné eut l'habileté de dénoncer ce haut fonctionnaire pour séquestration, mais le Département fédéral de justice et police (ministère suisse de la Justice et de la Police), qui devait, au sens de la loi, se prononcer sur l'ouverture d'une poursuite pénale de ce chef à l'encontre de l'Auditeur, refusa de le faire. Eggs s'en plaignit au Tribunal fédéral (la Cour suprême en Suisse), qui confirma le refus de l'exécutif, nonobstant le fait que certains de ses membres eussent dénié à l'Auditeur la qualité de juge au sens de la CEDH<sup>11</sup>. Eggs s'adressa alors à la Commission européenne des droits de l'homme, qui déclara la requête recevable en décembre 1976. Confronté à la menace sérieuse d'un désaveu, le Conseil fédéral saisit sans tarder le parlement d'un projet de réforme ponctuel de la législation militaire, en mars 1977<sup>12</sup>. Les Chambres, qui ont horreur d'être bousculées, ne saisirent pas cette occasion, préférant régler l'ensemble des problèmes dans la réforme globale du droit pénal militaire pendante. Quelques jours plus tard, le gouvernement revenait à la charge ; une telle hâte à Berne, rarissime, voire étrange, illustre bien les graves préoccupations des autorités, et les Chambres, qui y furent cette fois sensibles, se saisirent du projet qui fut adopté le 23 mars 1979 sous la forme d'un nouvel article 212 du code pénal militaire<sup>13</sup>. Or, entre-temps, le 4 mars 1978, la Commission européenne des droits de l'homme avait adopté son rapport, défavorable à la Suisse<sup>14</sup>. Elle déniait à l'Auditeur la qualité et le statut d'organe judiciaire indépendant de l'exécutif et des parties, et concluait à la violation de l'article 5, ch. 1, *lit. a* CEDH. Mais la hâte du législateur suisse n'avait pas été tout à fait vaine : la Suisse échappa à une sanction de la Cour, et ce fut le Comité des ministres qui, par une résolution du 19 octobre 1979, prit acte de la réforme législative acquise entre-temps<sup>15</sup>. Le sort — et certains contestataires — s'acharnèrent pourtant sur la Suisse, et une affaire *Sanitschi et consorts*, en tous points identique à l'affaire *Eggs*, aboutit à une nouvelle résolution du Comité des ministres le 24 mars 1983, dans laquelle l'organe suprême du Conseil de l'Europe, après avoir constaté dans les mêmes termes la violation par la Suisse de l'article 5 ch. 1, *lit. a* CEDH, donna acte à Berne de sa bonne volonté et des efforts aboutis<sup>16</sup>. Politiquement et juridiquement, la page était définitivement tournée, et la Suisse pouvait se déclarer satisfaite d'avoir échappé à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

Quelle leçon faut-il tirer de cette tortueuse affaire ? — Quoiqu'on puisse accuser les propos suivants de complaisance, puisqu'ils traduisent une appréciation rétrospective, donc facile, de l'état du droit et de l'opinion qu'on s'en faisait en Suisse, il faut bien reconnaître qu'au moment où le législateur helvétique songeait à adhérer à la Convention européenne des droits de l'hom-

11. Georges Malinverni, Luzius Wildhaber, « La pratique suisse relative à la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire suisse de droit international*, 1978, p. 181.

12. Projet d'arrêté fédéral urgent, FF 1977. II. 38 et s.

13. Fassbind, *op. cit.* p. 101-102 ; Kurt Hauri, *Militärstrafgesetz (MSiG), Kommentar*, Berne, Stämpfli, 1983, n° 5, 16 et 31 *ad* 212 CPM.

14. *Décisions et Rapports*, (D.R.) 15, p. 44 et s.

15. D.R. 15, p. 51 et s.

16. Fassbind, *op. cit.* p. 101, n° 420.

me<sup>17</sup>, il a quelque peu fait preuve de juridico-centrisme et d'un certain nombrilisme culturel : son acception de la notion du juge indépendant du parlement et du gouvernement était un peu légère. D'une part, il s'est fondé presque exclusivement sur les conceptions helvétiques du statut juridique du soldat et de ses rapports de sujétion avec les autorités militaires, tels que les traditions juridiques helvétiques très particulières et imprégnées d'une lourde histoire les véhiculaient jusque parmi les plus hautes sphères de l'appareil militaire ; ce faisant, il a fait trop peu de cas des avertissements et des avis convergents de la doctrine constitutionnelle et pénale, qu'il connaissait pourtant, puisqu'elle était citée dans les travaux préparatoires à l'adhésion de la Suisse à la Convention. D'autre part, mais personne ne l'en blâmera vraiment, car toute entreprise de ce type, dans un pays comme la Suisse où s'appliquaient à l'époque vingt-cinq systèmes cantonaux et deux systèmes fédéraux de procédure pénale, exige de la part de ses promoteurs un vaste effort de droit comparé, le législateur suisse n'a pas suffisamment tenu compte des notions autonomes développées par les organes de contrôle de la Convention, et notamment de la conception qu'ils se faisaient déjà du juge indépendant des pouvoirs exécutif et législatif, et du domaine pénal en général. C'est donc tout naturellement qu'avec la présomption de l'ignorance et du manque d'expérience il a donné priorité aux conceptions spécifiquement suisses de ces institutions, ou plutôt, qu'il n'a pu imaginer qu'une autre acception des choses pût régner à Strasbourg et qu'on pût y sanctionner la sienne. Une telle attitude à l'égard des réalités et des institutions semble courante chez les responsables de la politique législative dans des Etats dotés de systèmes juridiques très complexes et sophistiqués.

D'ailleurs, on peut se demander si une vue plus réaliste des choses n'aurait pas eu un effet pervers, celui de pousser le législateur à formuler une réserve ou une déclaration interprétative relative à la notion de juge indépendant en droit militaire suisse. En Suisse, de nombreux juristes de la couronne et membres du parlement sont encore incorporés à l'armée, y sont très attachés. Certains sont officiers d'active ou fonctionnent au sein de la justice militaire. Or, les militaires sont par nature conservateurs et il faut bien reconnaître que presque personne dans la population n'avait contesté le fonctionnement de la justice militaire, avant la réforme de 1979, et que les expériences faites avaient été bonnes. La justice militaire suisse avait bonne presse et si le lièvre avait été levé de façon plus spectaculaire, la propension eût été grande de garder à tout prix les choses en l'état. Enfin, c'eût été une bonne occasion de frapper l'adhésion d'un référendum, une institution de démocratie directe dont les résultats sont toujours aléatoires. D'où l'intitulé sous forme de boutade, dont j'ai affublé cette section de ma contribution.

## II. — LA SEPARATION DES FONCTIONS DES ORGANES DE POUR-SUITE, D'INSTRUCTION ET DE JUGEMENT, OU DU TRIOMPHE D'UN PRINCIPE BIEN ORDONNE SUR LES IMPERATIFS UTILITARISTES D'UNE JUSTICE REBELLE

Dans l'évolution des institutions de procédure et d'organisation judiciaire pénales, la séparation des fonctions s'inscrit dans la droite ligne de celle des

17. Cf. Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 9 déc. 1968, FF 1968. II. 1069 et s.

pouvoirs, dont elle est en quelque sorte la conséquence logique et bénéfique à la protection des justiciables menacés de mesures de contrainte ordonnées par l'autorité pénale et susceptibles de porter atteinte à leurs droits fondamentaux et à leurs libertés individuelles constitutionnellement garantis. En outre, pour parer à tout risque d'arbitraire et à la majorité des risques d'erreur, les organes de poursuite, d'instruction et de jugement, offrent en principe au justiciable, à chaque stade de la procédure, la garantie judiciaire assurée par des magistrats indépendants les uns des autres. Tel est, du moins, l'idéal de justice auquel doit tendre tout système garant des droits de l'homme.

Cependant, il y a loin de la coupe aux lèvres, et la bigarrure des systèmes helvétiques montre les progrès qu'il reste à accomplir pour approcher cet idéal.

Tout d'abord, presque partout en Suisse, les fonctions de poursuivre et d'instruire ne sont pas nettement séparées, à l'exception de Genève et de Neuchâtel<sup>18</sup>, où le procureur, qui saisit le juge d'instruction, se dessaisit *ipso jure* du dossier. L'avantage du système genevois et neuchâtelois est évident : indépendant de l'organe de poursuite, et de l'accusation, le magistrat instructeur est un *vrai* juge ; contrairement à la police, il administre les preuves à charge et à décharge, garde la balance entre l'accusation et la défense, et recherche la vérité, plus que l'innocence ou la culpabilité du prévenu. Ce faisant, il est davantage à même de remplir sa fonction première, qui est de mettre l'affaire en état d'être jugée, et auparavant, de permettre à l'organe de poursuite de se prononcer en toute connaissance de cause sur la suite à donner à la procédure, à suspendre ou à poursuivre jusqu'au jugement.

Si la séparation des fonctions de poursuivre et d'instruire<sup>19</sup> n'a pas — encore — été soumise aux organes de contrôle de la Convention, à ma connaissance, il n'en va pas de même de celle des fonctions d'instruire et de juger. En effet, si, en principe, les systèmes helvétiques opèrent nettement cette séparation, quatre cantons ont connu jusqu'à tout récemment le système dit de l'« union personnelle » entre le magistrat d'instruction et celui de jugement<sup>20</sup> : Berne, Fribourg, Jura et Valais, auxquels on peut ajouter Soleure, jusqu'à la révision de son organisation judiciaire en 1977<sup>21</sup>.

Cette union personnelle avait, selon les cantons, une origine différente. Alors que Berne, Fribourg et Jura s'étaient inspirés du code français d'instruction criminelle de 1808, Soleure et Valais l'avaient héritée du système inquisitoire<sup>22</sup>. En outre, tous y trouvaient un avantage bien helvétique : une source d'économies dans le budget de la justice pénale<sup>23</sup>. Enfin, certains octroyaient à cette union personnelle une vertu supplémentaire : le juge d'instruction est celui qui connaît le mieux non seulement le dossier, mais le prévenu, du moins dans les cas très fréquents où ses investigations ont porté sur la personnalité de ce dernier ; son statut de juge ayant administré la preuve à charge et à décharge dans le but de découvrir la vérité, déjà au stade de

18. Gérard Piquerez, *Précis de procédure pénale suisse*, Lausanne, Payot, 1987, n° 368, p. 88-89.

19. Sur cette question, cf. étude de droit comparé de Franz Riklin, « Zur Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter nach schweizerischem Strafprozessrecht », in *Gedächtnisschrift für Peter Noll* Zurich, Schulthess, 1984, p. 369 et s.

20. Piquerez, *op. cit.* n° 368, 373, p. 88 à 90.

21. Hugo Odermatt, « Die Trennung der Personalunion Untersuchungsrichter/Amtsgerichtspräsident », in *Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund*, Soleure, Staats-Kanzlei, 1981, p. 385 et s.

22. Fassbind, *op. cit.* p. 106.

23. François Clerc, *Initiation à la justice pénale en Suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1975, n° 53, p. 58.

l'instruction, devrait lui permettre de rester parfaitement impartial au cours des débats ; d'ailleurs, l'administration de la preuve au cours de la phase d'instruction, même si elle porte sur les mêmes personnes et sur les mêmes faits, a une autre finalité qu'au cours des débats : au cours de l'instruction, elle sert à déterminer s'il existe des raisons suffisantes de saisir l'autorité de jugement, et au cours des débats, elle sert à statuer sur l'innocence ou la culpabilité du prévenu. En effet, traduire un prévenu devant un tribunal ne préjuge en rien de sa culpabilité, même si cette décision jette la suspicion à son égard<sup>24</sup>.

L'union personnelle entre juge d'instruction et juge de siège a partagé la doctrine, dont la majorité avait anticipé l'arrêt *De Cubber* précité, ou s'y était ralliée<sup>25</sup>. La cause est dorénavant entendue, l'arrêt *De Cubber*, de 1984, « a sonné le glas ... du cumul des fonctions entre juge d'instruction et juge du fond »<sup>26</sup>, en Suisse comme dans toute l'Europe, et la doctrine helvétique s'est ralliée aux arguments des juges de Strasbourg.

Au lieu de m'attarder sur des idées que je suppose connues du lecteur, il semble intéressant de résumer ici l'avis de ceux qui, en Suisse, étaient partisans de cette union ... et le sont peut-être restés<sup>27</sup>, pliant l'échine sous l'autorité conjuguée de la Cour, du Tribunal fédéral et de la doctrine dominante, relayés par les législateurs cantonaux contraints de reviser codes de procédure et lois d'organisation judiciaire pénales. Ceux qui, en Suisse, rejetaient l'idée que la Convention impose une séparation de ces fonctions invoquaient des arguments tout simples<sup>28</sup> :

— le premier est d'ordre historique : d'inspiration anglo-saxonne manifeste, la Convention ignore l'instruction préparatoire ; d'où, il n'est pas pertinent de fonder sur elle la séparation de fonctions dont une lui est étrangère ;

— le deuxième se fonde sur la jurisprudence même de la Cour, qui a répété que le droit à l'impartialité — un des aspects de l'indépendance — du juge est de ceux auxquels les justiciables peuvent renoncer. « Or, dès l'instant où les lois qui connaissent le système du cumul donnent au prévenu la possibilité de récuser le juge pour des faits qui font naître la méfiance sur son impartialité, le droit à l'impartialité est sauvegardé : le prévenu qui renonce à cette faculté reconnaît par là l'impartialité du juge »<sup>29</sup>, et l'auteur de remarquer que les législations des quatre cantons visés prévoient toutes le droit pour le prévenu de déporter le juge ;

— le troisième argument tombe, à savoir que l'arrêt *De Cubber* était un cas d'espèce, qui ne pouvait, donc, sanctionner définitivement et de façon toute

24. Il est vrai que cette vision des choses paraît à certains — et pas des moindres — angélique ! Cf. Clerc, *op. et loc. cit.* qui nie au juge d'instruction « le rôle d'arbitre impartial que le législateur attend de lui : la découverte de la vérité impose souvent une attitude d'accusateur... ».

25. Cf. not. Stefan Trechsel, « Gericht und Richter nach der EMRK », in *Festschrift Noll*, préc. p. 385 et s., et Martin Schubarth, « Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere in Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht », *Rev. dr. suisse* (94) 1975, vol. 1, p. 465 et s.

26. Gérard Piquerez, « Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les articles 58 Cst. et 6 ch. 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation absolue des fonctions judiciaires ? Réflexions d'un praticien », *La Semaine judiciaire* (111) 1989, p. 120.

27. Fassbind, *op. cit.* p. 107 et 108 ; François Clerc, « Chronique helvétique trimestrielle », *Rev. pén. suisse* (100) 1983, p. 432, et « De quelques applications procédurales de la Convention européenne des droits de l'homme par des tribunaux suisses », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 119-120.

28. Fassbind, *op. cit.* p. 108.

29. Fassbind, *ibid.*

générale, l'union personnelle entre juge d'instruction et juge du siège ; depuis, les organes de contrôle de la Convention ont récidivé ; enfin,

— le dernier argument ne manque pas de poids, en ce sens qu'il dénonce ceux qui comparent fidèlement l'ordre juridique belge mis en cause dans l'arrêt *De Cubber*, et les ordres juridiques helvétiques susmentionnés, « alors qu'en Belgique n'existe pas explicitement le droit à la récusation »<sup>30</sup>, droit connu, je l'ai dit, des droits cantonaux en question. Cet argument rappelle la prudence avec laquelle il ne faut comparer que ce qui est comparable.

En définitive, si la question de principe semble résolue, n'en demeurent pas moins de nombreuses difficultés pratiques, notamment dans les cantons suisses de modestes dimensions — le Jura, par exemple — ou qui se sont dotés d'arrondissements judiciaires étroits — Berne, par exemple —, où les magistrats ne sont pas légion et où ils sont appelés à remplir de nombreuses fonctions, au point qu'on n'hésite pas, pour certains, à les appeler vulgairement les « bonnes à tout faire de la justice ». C'est d'ailleurs cette situation qui a conduit le Tribunal fédéral à longuement tergiverser, à adopter une jurisprudence « du cas d'espèce, nuancée, hésitante », ce qui « laisse les autorités cantonales dans la plus parfaite incertitude et instaure une insécurité juridique incompatible avec les nécessités et les principes qui gouvernent le droit pénal »<sup>31</sup>.

Ces tergiversations de la pratique s'expliquent aussi par une conception toute en nuances de l'intervention du magistrat du siège dans une phase antérieure du procès. Au lieu de poser la question dans l'absolu, les juges suisses, refusant, dans un premier temps, de faire un dogme de l'interdiction de l'union personnelle, se sont posé celle de savoir si un juge de siège est prévenu, ou apparaît prévenu — ce qui revient au même, selon les organes de contrôle de la Convention —, du seul fait qu'il a participé, à un moment quelconque de la procédure, à une décision judiciaire, voire même simplement à une décision administrative.

Jusqu'à un arrêt de 1986<sup>32</sup>, le Tribunal fédéral avait constamment admis les interventions successives d'un même magistrat dans les différentes phases du procès, y compris dans celle des débats, à divers titres et dans la même affaire. Il faut y voir son souci de respecter les attributions, constitutionnellement garanties<sup>33</sup>, des cantons dans les domaines de la procédure et de l'organisation judiciaire pénales : le Tribunal fédéral « ne saurait ... édicter lui-même des règles trop précises en lieu et place des autorités cantonales [et] au nom des droits fondamentaux, porter des atteintes par trop substantielles à la "souveraineté" cantonale »<sup>34</sup>. Ce rappel des règles organiques régissant les attributions pénales des cantons et de la Confédération n'a pas empêché le Tribunal fédéral de consacrer l'indépendance *absolue* entre le magistrat qui a

30. François Clerc, Chronique helvétique trimestrielle, *Rev. pén. suisse* (101) 1984, p. 95.

31. Gérard Piquerez, *op. cit.* La Semaine judiciaire p. 115.

32. *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ATF) vol. 112, Ia 290, notamment considérant 3, p. 292 et s., et la jurisprudence citée ; ATF 113, Ia 72 ; 115, Ia 180 ; dernièrement, arrêt inédit *Bremi c/ X. et consorts*, du 15 nov. 1989, in *Plädoyer*, 1990, p. 63 et s.

33. Article 64 bis de la Constitution fédérale :

1. La Confédération a le droit de légiférer en matière de droit pénal.

2. L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.

3. ...

34. Michel Hottelier, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Genève, Georg, 1985, p. 189.

mené l'instruction et celui qui juge. Il en va de même, « même si cela est excessif »<sup>35</sup>, de l'accomplissement d'actes isolés d'instruction ou de simple administration judiciaire, comme par exemple une notification d'inculpation, l'audition d'un témoin, la désignation d'un expert, ou le renvoi en tribunal, tous actes qui, de toute évidence, ne présument pas de la culpabilité d'un prévenu. Et pour fonder cette intransigeance, le Tribunal fédéral invoque les « fonctions procédurales de ce magistrat » et « l'importance de chaque décision prise » sur le sort de la cause, déterminé par tout acte d'instruction, quel qu'il soit, susceptible, de par son existence et sa nature mêmes, de fonder une opinion préétablie sur la culpabilité du prévenu.

Cette conception, « totalement théorique », qui « méconnaît la conscience qui anime les magistrats et le sens de leur devoir »<sup>36</sup>, est donc plus rigide et formaliste que la française, bien connue des lecteurs de cette *Revue*<sup>37</sup>. C'est à ce titre surtout qu'elle me semble digne d'être rappelée ici, ainsi que du fait que cette vue rigoriste des choses peut faire craindre une évolution parallèle malheureuse dans le domaine du droit pénal applicable aux mineurs.

### III. — LA SEPARATION DES FONCTIONS AU SEIN DE LA JUSTICE PENALE DES MINEURS, OU DES EFFETS PERVERS<sup>38</sup> DE SAINS PRINCIPES SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

Le droit pénal suisse applicable aux mineurs est en pleine réforme<sup>39</sup>. Or, ni le droit positif, ni le droit désirable n'excluent l'union personnelle des « autorités compétentes », selon la terminologie du code pénal suisse (art. 82 et s. c. pén.) de poursuite, d'instruction, de jugement et d'exécution des sanctions, ceci dans l'intérêt bien compris des mineurs, et compte tenu de la nature nettement éducative et curative du droit pénal des mineurs, dont même les sanctions doivent avoir pour objectif prioritaire l'éducation, donc le bien de ceux qu'elles frappent.

Il n'y a pas lieu ici de rappeler les spécificités du droit pénal applicable aux mineurs, par rapport à celui des adultes. Il suffit d'avoir à l'esprit que, même si l'appareil pénal est mis en branle à l'encontre des mineurs, la justice fonctionne alors souvent comme elle le ferait dans les domaines civil et administratif, et agit en termes d'assistance et de surveillance, plutôt qu'en termes de punition. La commission d'un délit, et le fait que ce délit puisse être pénalement imputé à un mineur, ne signifient pas, loin de là, que la justice des mineurs soit véritablement une justice pénale, au plein sens du terme, soit une justice qui punit, stigmatise socialement, blâme et condamne moralement. La justice pénale des mineurs est en réalité une justice sociale.

C'est pour toutes ces raisons, doublées il est vrai de considérations d'économie, de rationalisation et de rentabilisation des services publics auxquels incombe la prise en charge des mineurs dangereux et en danger — ce sont

35. Piquerez, *op. cit.* *La Semaine judiciaire*, p. 122.

36. Piquerez, *op. cit.* *La Semaine judiciaire*, p. 123.

37. Jean Pradel, *Procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd. Paris, Cujas, 1987, n° 7, p. 71, cité par Piquerez.

38. Ce qualificatif est emprunté à Anne-Françoise Comte, « Droit pénal des mineurs hier, aujourd'hui, demain », in *Jeunesse et délinquance*, Grösch, Rüegger, 1988, p. 441 et s., 455.

39. Pour le droit positif, cf. Günter Heine, Jakob Locher, *Jugendstrafrechtspflege in der Schweiz*, Fribourg-en-Brisgau, Max-Planck-Institut, 1985 ; pour la réforme en cours, cf. Martin Stettler, *Avant-projet de loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs et rapport explicatif*, Berne, Office fédéral des imprimés et du matériel, 1986.

souvent les mêmes ! —, que les législateurs cantonaux, sensibles à « l'évolution de la pensée, de la recherche et de l'expérience » et au « besoin de stabilité et de continuité dans l'action » des autorités compétentes « dans l'intérêt bien compris des mineurs »<sup>40</sup>, ont généralement consacré, sous des formes multiples d'ailleurs, l'union personnelle des organes de poursuite, d'instruction, de jugement et d'exécution des sanctions. Et l'auteur de conclure que si la compatibilité de tels systèmes avec l'article 6 ch. 1 CEDH n'était pas reconnue, « la situation ... conduirait à l'absurde ... à l'aberration dont seul le mineur ferait les frais »<sup>41</sup>.

Si, à ma connaissance, les organes de contrôle de la Convention n'ont encore jamais été saisis de la question de la compatibilité de tels systèmes d'union personnelle propres au droit pénal applicable aux mineurs<sup>42</sup>, il est à prévoir qu'ils adopteront en l'espèce, le concept du domaine pénal, développé notamment dans l'arrêt *Öztürk* précité, et qu'ils soumettront la justice pénale applicable aux mineurs à l'article 6 ch. 1 CEDH. Et le moment d'une telle décision ne devrait pas tarder : déjà, la Cour de cassation genevoise en a ainsi décidé le 29 avril 1988<sup>43</sup>, alors même que l'instance inférieure, présidée par le magistrat qui avait mené l'instruction, n'avait prononcé aucune peine, mais une simple mesure d'assistance éducative à l'encontre d'un adolescent convaincu de vols multiples.

Quant au Tribunal fédéral, il a reconnu qu'en vertu de l'article 1<sup>er</sup> CEDH, au sens duquel la protection de la Convention s'étend à toute personne relevant de son champ d'application, un mineur est une telle personne et peut en conséquence invoquer la protection de la Convention, article 6 ch. 1 compris.

Reste à savoir si, *ratione materiae*, le droit pénal applicable aux mineurs tombe sous le coup de l'article 6 ch. 1 CEDH, donc, si l'union personnelle doit en être proscrite aussi absolument qu'en droit pénal des adultes. Ici, les avis divergent.

Stettler<sup>44</sup>, Muenger<sup>45</sup>, Boehlen<sup>46</sup> et Piquerez<sup>47</sup> ne le pensent pas, se référant à « l'intérêt du mineur qui est ici déterminant »<sup>48</sup>.

L'avis contraire est défendu par Hottelier<sup>49</sup>, qui félicite la Cour de cassation genevoise d'avoir fait oeuvre de pionnier avec autant de lucidité que de courage. L'auteur rappelle que, quelle que soit la sévérité de la sanction prononcée à l'égard d'un mineur délinquant, la nature de cette dernière et l'appartenance des textes qui définissent l'infraction commise ne laissent planer aucun doute : nous sommes au coeur du domaine pénal, et l'article 6 ch. 1

40. Comte, *op. cit.* p. 449.

41. Comte, *op. cit.* p. 455.

42. J'y vois deux raisons : la première, c'est la relative rareté des décisions prises dans ce domaine, entraînant de lourdes peines restrictives ou privatives de liberté ; la seconde, c'est que les plaideurs et leurs représentants ont quelques scrupules à viser à la disparition d'un système dont les vertus n'échappent ni au bon sens, ni à la science.

43. *La Semaine judiciaire* (110) 1988, p. 465 et s.

44. Martin Stettler, *op. cit.* p. 198-199.

45. Bernard Muenger, *Anwendbarkeit von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Jugendstrafverfahren*, Berne, Office fédéral de la Justice, 1985, p. 3.

46. Marie Boehlen, *Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht*, Berne, Stämpfli, 1975, n° 4 ad art. 369 c. pén.

47. Piquerez, *op. cit.* *La Semaine judiciaire*, p. 128-130, 132.

48. Tribunal fédéral, ATF 108 Ia 90, traduit au *Journal des tribunaux*, 1983. IV. 57 et s., p. 58, cons. 3, *lit. d.*

49. Michel Hottelier, « Le droit des mineurs d'être jugés par un tribunal impartial au sens de l'article 6 § 1 CEDH. Remarques à propos d'un arrêt de la Cour de cassation », *La Semaine judiciaire* (111) 1989, p. 135 à 140.

CEDH déploie tous ses effets. Puis, il en déduit la seule conséquence logique qui s'impose à ses yeux : juridiquement, rien ne conduit à extraire la justice applicable aux mineurs du champ d'application de l'article 6 ch. 1 CEDH. D'ailleurs, poursuit-il, on ne saurait interpréter restrictivement cette disposition, comme la Cour de Strasbourg l'a rappelé dans son arrêt *De Cubber*, vu la « place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique au sens de la Convention » ; une telle interprétation « ne cadrerait pas avec l'objet et le but de cette disposition »<sup>50</sup>.

La controverse est donc totale et ses conséquences sont loin de n'être qu'académiques, bien au contraire. Personne n'en disconvient. C'est pourquoi il faut souhaiter que le Tribunal fédéral tranche rapidement dans un arrêt de principe qui puisse à son tour être soumis aux organes de contrôle de la Convention. Mais je plains les juges, car ils seront confrontés, comme ceux de Genève, à un dilemme cornélien : non pas choisir entre un bien et un mal, ni entre deux maux, dont l'un est toujours le moindre, mais entre deux biens dont le rang dans la hiérarchie des valeurs sociales n'est pas encore déterminé : la protection des intérêts des mineurs, et la sauvegarde de l'indépendance de la justice, un des aspects parmi les plus importants des droits de l'homme. Leur tâche aurait été plus facile si, à l'instar du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 24 ch. 1)<sup>51</sup>, et de la Convention américaine des droits de l'homme (art. 19), la Convention européenne des droits de l'homme avait contenu une disposition générale en faveur de la protection des mineurs.

50. Hottelier, *op. cit. La Semaine judiciaire* p. 139.

51. « Tout enfant a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur ».

Hottelier, *op. cit. La Semaine judiciaire*, p. 135, remarque à juste titre que l'absence d'une telle référence explicite ne signifie nullement que les mineurs ne jouissent pas de la protection de la Convention au même titre que les adultes.

## La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Renée KOERING-JOULIN

*Professeur à la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de Strasbourg*

Lorsque l'homme de la rue devient un « homme en procès »<sup>1</sup>, qu'il soit nanti ou démuné, il devient soudain un homme nu ; et, son procès terminé, il n'est pas rare de l'entendre affirmer qu'il est désormais un autre.

Vraie de tout procès, cette affirmation l'est particulièrement du procès pénal, sans doute parce qu'à chaque instant de son déroulement l'un des droits premiers de l'individu, celui d'aller et de venir à son gré, peut disparaître (c'est le placement en garde à vue ou en détention dite provisoire ou préventive, c'est le prononcé d'une peine privative de liberté).

Mais au-delà de ce droit essentiel à la « liberté et à la sûreté » protégé spécifiquement par l'article 5 CEDH, le procès est gouverné par un grand principe : celui du « procès équitable » dont une expression privilégiée est celle du droit à un « tribunal indépendant et impartial », énoncé par l'article 6 § 1 CEDH. L'observation précédemment faite se vérifie alors à nouveau : l'idée d'un juge partial, déjà très choquante en matière de divorce ou de responsabilité civile par exemple, devient carrément insupportable en matière pénale en raison du cortège de dégâts physiques, psychologiques, matériels et sociaux qui accompagnent le procès. Et s'il est devenu banal de dire que le degré de démocratie d'un Etat se mesure à son code de procédure pénale, on peut observer qu'au sein de ce code le droit à faire juger du « bien-fondé d'une accusation par un tribunal indépendant et impartial » apparaît comme le symbole même de l'idée de démocratie appliquée au procès.

Bien plus, de même que l'affirmation des droits de la défense (art. 6 § 3 CEDH) gagne irrévocablement le terrain de l'avant-jugement<sup>2</sup>, le droit à un juge indépendant et impartial ne saurait être cantonné à la seule phase de l'audience.

Pour l'heure cependant il n'est pas question de faire de la prospective juridique mais plus simplement de décrire l'état du droit positif de la notion eu-

1. Cf. R. Koering-Joulin et J.-L. Gallet, « L'application au fond de la Convention devant les juridictions répressives », in *Droits de l'homme en France*, ouvrage collectif, Ed. Engel, 1985, V. p. 104, Les droits de l'homme en procès devant les juridictions répressives françaises.

2. Cf. affaire *Can c/ Autriche*, Rapport de la Commission du 12 juill. 1984 ; affaire *Cardot c/ France*, Rapport de la Commission du 3 avr. 1990.

ropéenne de « tribunal indépendant et impartial »<sup>3</sup>. Auparavant, et en guise de préliminaire à cette étude, on examinera brièvement ce qu'il faut entendre par la notion de « tribunal établi par la loi ».

Dans l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*<sup>4</sup> (18 juin 1971 série A n° 12) où se posait la question de savoir si trois vagabonds « mis à la disposition » du gouvernement belge pour être enfermés, deux dans un « dépôt de mendicité », le troisième dans une « maison de refuge », avaient bénéficié d'un « tribunal » compétent pour statuer sur la légalité de leur détention au sens, voisin, de l'article 5 § 4, la Cour a posé de manière très générale les contours de l'institution : (§ 78) « A la vérité, la Convention emploie le mot « tribunal » dans plusieurs de ses articles. Elle s'en sert pour désigner l'un des éléments constitutifs de la garantie accordée à l'individu par la disposition en cause (cf. outre l'art. 5 § 4, les art. 2 § 1, 5 § 1 al. a et b, et 6 § 1). Il s'agit toujours, dans ces cas divers, d'organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties ... mais encore les garanties d'une procédure judiciaire. Les modalités de la procédure voulue par la Convention ne doivent cependant pas nécessairement être identiques dans chacun des cas où celle-ci requiert l'intervention d'un tribunal ».

Puis au fil de sa jurisprudence, la Cour a précisé ce que ce « tribunal » n'a pas besoin d'être et ce qui au contraire est une condition nécessaire de son existence.

Tout d'abord, énonce-t-elle (cf. *mutatis mutandis* à propos de l'art. 5 § 3, arrêt *X. c/ Royaume-Uni* 5 nov. 1981 série A, n° 46 § 53) par « tribunal » on « n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays » ; autrement dit il peut s'agir d'un organe de type administratif tel qu'une « commission », un « comité », etc. C'est ainsi, toujours à propos de l'article 5 § 4, que dans l'affaire *Weeks c/ Royaume-Uni* (2 mars 1987 série A n° 114) elle énonce (§ 61) « Rien n'empêche donc de considérer comme un « tribunal » au sens de l'article 5 § 4, un organe spécialisé tel que la Commission de libération conditionnelle... », à condition bien sûr que ledit organe satisfasse aux autres conditions posées par les instances européennes. On le voit, ces dernières se font une conception relativement large de la notion organique de tribunal. Elles se montrent en revanche beaucoup plus exigeantes sur ses compétences.

On doit bien sûr exclure de la notion un organe qui ne posséderait que « de simples attributions consultatives » (cf. *mutatis mutandis* à propos de l'article 5 § 4 affaire *Weeks* préc. § 61). En effet, comme l'a dit la Cour à propos d'un Comité de visiteurs de prison devant lequel se déroulait une procédure disciplinaire (arrêt *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*<sup>5</sup> 28 juin 1984 série A, n° 46 § 76), le tribunal doit être habilité « à prendre des décisions contraignantes

3. Sur la notion en général cf. not. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica 1989, p. 415 et s. ; M.A. Eissen, *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention*. Pour un commentaire des arrêts de la Cour cf. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd. 1989.

4. Cf. obs. S. Marcus-Helmons et C. Daubie, *Rev. dr. internat. et dr. comp.* 1972. 244 et s. ; R. Pelloux, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires de vagabondage », *Annuaire fr. dr. int.* 1972. 443 et s. ; obs. J. Velu, *Journal des tribunaux*, 1971. 341 et s.

5. Cf. chron. G. Cohen-Jonathan, *Cah. dr. europ.* 1986. 213 et s. ; obs. V. Coussirat-Coustère, *Annuaire fr. dr. int.* 1985. 394 et s. 403 et s. 414 et s. ; chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Journ. DIP*, 1986. 1058 et s.

dans le domaine en cause » ; dans l'affaire *Sramek c/ Autriche*<sup>6</sup> (22 oct. 1984 série A, n° 84) où il s'agissait d'apprécier si l'Autorité régionale des transactions immobilières était bien un tribunal, la Cour tout en relevant que cet organe (§ 36) « ne figure point parmi les juridictions de l'Etat défendeur », au sens de l'article 6 § 1, déclare qu'il « s'analyse néanmoins en un « tribunal » au sens matériel du terme : il lui appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » ; de même, ayant à apprécier la nature d'un Conseil de l'Ordre des avocats (*H. c/ Belgique*<sup>7</sup>, 30 nov. 1987 série A, n° 127) la Cour, reprenant la formule utilisée dans l'arrêt *Sramek*, contracte ses exigences en ces termes (§ 50) : « le "tribunal" se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel » ; cet arrêt lui donne en outre l'occasion de préciser l'approche ; pour la Commission, en effet, le fait que le Conseil de l'Ordre des avocats d'Anvers exerçait « de multiples attributions de nature administrative, réglementaire, contentieuse, consultative ou disciplinaire selon le cas » (rapport en date du 8 oct. 1985) l'empêchait de constituer un « tribunal » au sens strict de l'article 6 § 1. Pour la Cour au contraire, (§ 50) « un tel cumul d'attributions ne saurait à lui seul priver une institution de la qualité de "tribunal" pour certaines d'entre elles ». Enfin dans l'affaire *Belilos c/ Suisse* (29 avr. 1988 série A, n° 132) où se trouvait en jeu la nature de la Commission (ramenée en l'espèce à un seul fonctionnaire) de police de Lausanne compétente pour infliger des amendes administratives, la Cour reprend l'idée (§ 64) qu'« un tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel à savoir « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence ».

S'il est inutile, dans le cadre de cette étude, d'examiner l'exigence selon laquelle le « tribunal » doit être « établi par la loi », exigence qui selon le professeur Cohen-Jonathan<sup>8</sup> « ne pose guère en général de difficultés », d'autres conditions en revanche donnent lieu à une abondante jurisprudence ; ce sont celles qui ont trait à la « qualité » de ce tribunal. Comme l'énonce clairement l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*<sup>9</sup> (23 juin 1981 série A n° 43) à propos du Conseil d'appel de l'Ordre des médecins belges en matière disciplinaire : (§ 55) « son rôle juridictionnel ... ne suffit pas ... seul mérite l'appellation de tribunal un organe répondant à une série d'autres exigences — indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure — dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 § 1 ». Parmi les qualités requises d'un « tribunal », l'indépendance (I) et l'impartialité (II) auxquelles se réfère expressément l'article 6 § 1 constituent assurément des vertus primordiales.

## I. — L'INDEPENDANCE DU TRIBUNAL

L'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties telle qu'énoncée par exemple par l'arrêt *Le Compte et autres* précité est devenue trois

6. Cf. chron. G. Cohen-Jonathan, *Cah. dr. europ.* 1986. 21 et s. ; obs. V. Coussirat-Coustère, *Annuaire fr. dr. int.* 1985. 395 et s. 403, 406 et s. 416 ; chron. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1984.142 et s. ; chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Journ. DIP*, 1986. 1069 et s.

7. Cf. chron. L.E. Pettiti et F. Teitgen, cette *Revue*, 1988.362 et s. ; chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Journ. DIP*, 1988. 877 et s.

8. Cf. *op. cit.* V. p. 415.

9. Cf. chron. G. Cohen-Jonathan, *Cah. dr. europ.* 1982. 201 et s. ; J.-F. Flauss, « Vers une évolution du contentieux disciplinaire devant la juridiction ordinaire », *Gaz. Pal.* 1982. I.D. 338 et s. ; obs. R. Pelloux, *Annuaire fr. dr. int.* 1982. 495 et s.

ans plus tard (arrêt *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* précité (§ 78) l'indépendance « *notamment* » à l'égard de l'exécutif et des parties. L'adverbe a son importance : manifestation toujours répétée du caractère évolutif de la jurisprudence européenne, il souligne d'un point de vue prospectif, qu'on peut imaginer un tribunal qui serait indépendant par rapport à l'exécutif et aux parties mais que son inféodation, au législatif par exemple, empêcherait de satisfaire à l'exigence d'indépendance. L'on se contentera d'envisager le droit positif en la matière c'est-à-dire l'indépendance dans sa double expression, dont les organes européens vérifient l'existence à partir d'un certain nombre de critères techniques susceptibles d'être regroupés en critères organiques, fonctionnels et psychologiques.

— Du point de vue organique, ce sont d'abord le mode de désignation et la durée du mandat des membres du tribunal qui font qu'on peut leur accorder ou leur refuser la qualité de membres indépendants. Ainsi dans l'affaire *Campbell et Fell* précitée la Cour examine avec soin le mode de nomination et la durée des fonctions des visiteurs de prison membres du comité de discipline ; elle souligne : (§ 79) « Les membres de ceux-ci sont nommés par le ministre de l'Intérieur, responsable en personne de l'administration des prisons d'Angleterre et du Pays-de-Galles... Aux yeux de la Cour, il n'en résulte pas qu'ils dépendent de l'exécutif : à ce compte il faudrait en dire autant des juges désignés par décision ou sur l'avis d'un ministre doté de compétence en matière d'administration des juridictions. En outre, quoique le ministre de l'Intérieur puisse donner aux comités des directives concernant l'exercice de leurs fonctions, il n'a pas à leur adresser d'instructions dans le domaine de leurs attributions contentieuses ». La Cour manifeste le même souci d'une approche nuancée dans l'affaire *Sramek c/ Autriche* précitée (§ 38) : « si la nomination des membres — sauf le magistrat — incombe au gouvernement du *Land*, cela ne suffit pas non plus pour jeter un doute sur leur indépendance et leur impartialité : ils sont désignés pour siéger à titre individuel et la loi interdit aux pouvoirs publics de leur donner des instructions ».

L'appréciation de la durée du mandat recoupe fréquemment celle du mode de nomination du membre du tribunal : comment considérer comme indépendante une personne dont la désignation peut être à tout moment sujette à révocation ? Dans l'affaire *Ettl c/ Autriche*<sup>10</sup> (23 avr. 1987 série A, n° 117) la Cour observe que la durée du mandat des membres des Commissions régionale et suprême de la réforme agraire, compétentes en matière de remembrement foncier (§ 41) « ... remplit également les conditions de l'article 6 § 1 : le mandat de cinq ans, doublé d'une quasi-inamovibilité des membres pendant cette période ... ne rend pas sujettes à caution l'indépendance et l'impartialité desdites commissions ». Dans l'affaire *Sramek* précitée (§ 38), la Cour estime qu'un mandat de trois ans renouvelable pour les membres de l'Autorité régionale ainsi que la possibilité — limitée — de les révoquer sont satisfaisants au regard de l'exigence d'indépendance<sup>11</sup>.

Cependant de là à en déduire qu'un mandat de brève durée fait nécessairement peser la suspicion sur le membre du « tribunal », il y a un pas que la

10. Cf. chron. P. Rolland et P. Tavernier, *Journ. DIP*, 1988. 862 et s.

11. Etant cependant précisé (arrêt *Campbell et Fell*, préc. § 80) que si « d'une manière générale, on doit assurément considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme un corollaire de leur indépendance et, partant, comme l'une des exigences de l'art. 6 § 1... l'absence de consécration expresse en droit (de cette inamovibilité) n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies... ».

Cour refuse légitimement de franchir... Et dans l'arrêt *Campbell et Fell* précité la Cour souligne (§ 80) : « La nomination vaut pour trois ans ou pour une période plus courte fixée par le ministre... Durée relativement brève, certes, mais qui s'explique par une raison très compréhensible : les membres ne percevant pas de rémunération..., il pourrait se révéler malaisé de trouver des personnes désireuses et capables d'assumer pendant un laps de temps plus long les tâches lourdes et importantes dont il s'agit ».

Très important aussi dans cette interprétation de l'indépendance est le mode de nomination du membre du « tribunal ». Et on trouve dans l'approche le même sens de la nuance que précédemment. Ainsi, selon la Cour, si la présence de magistrats *stricto sensu* au sein de l'organe concerné est assurément un gage de l'indépendance de ce dernier, en revanche la présence de non-magistrats n'est pas en soi génératrice de suspicion ; il en va ainsi des « fonctionnaires » siégeant au sein des commissions autrichiennes de la réforme agraire (arrêt *Ettl* préc. § 38), de l'« expert agricole » et du « maire élu » d'une commune tyrolienne composant (entre autres) l'Autorité régionale des transactions immobilières du Tyrol (arrêt *Sramek* préc. § 38), des « praticiens de l'art médical » formant (entre autres) le Conseil d'appel de l'Ordre des médecins belges (arrêt *Le Compte et autres*, préc. § 57), etc. Bien plus, le fait qu'il n'y ait pas parité de membres magistrats et de membres non magistrats (pour un exemple de composition paritaire arrêt *Le Compte et autres*, préc. § 57), mais une majorité de ces derniers, n'empêche pas le « tribunal » d'être indépendant (arrêt *Ettl*, préc. § 38).

— Du point de vue fonctionnel, est incompatible avec l'exigence d'indépendance le fait de pouvoir recevoir des instructions voire des injonctions, tant du pouvoir exécutif que des parties ; ce n'était pas le cas dans l'affaire *Campbell et Fell* précitée (§ 79) où le ministère de l'Intérieur, s'il nommait les visiteurs de prison membres du conseil de discipline, ne pouvait leur donner « des directives concernant l'exercice de leurs fonctions » ; ce n'était pas le cas non plus dans l'affaire *Sramek* précitée, la loi tyrolienne empêchant le gouvernement d'adresser aux fonctionnaires intervenant dans la composition de l'Autorité régionale (§ 41) « des instructions relatives à l'accomplissement de leurs tâches juridictionnelles ».

Quant à l'existence de garanties constitutionnelles ou légales contre les pressions extérieures susceptibles d'être subies par les membres du « tribunal », elle est un autre facteur fonctionnel d'indépendance. Dans l'affaire *Piersack c/ Belgique*<sup>12</sup> (1<sup>er</sup> oct. 1982 série A, n° 53) le requérant condamné pour meurtre par la cour d'assises de la province du Brabant plaidait, entre autres, la violation de cette condition. La cour repousse son argumentation : (§ 27) « les trois magistrats que comprennent les cours d'assises belges jouissent, en vertu de la Constitution... et des lois, de larges garanties destinées à les prémunir contre les pressions extérieures, but dont procèdent aussi certaines des règles strictes auxquelles obéit la désignation des jurés... » (*adde* également l'arrêt *Campbell et Fell*, préc. § 78).

— Le dernier facteur, mais non le moindre, à prendre en cause est purement psychologique. Et peut-être est-ce cette intrusion de la psychologie dans une approche essentiellement juridique et technique qui fait la richesse de la

12. Cf. chron. V. Coussirat-Coustère, *Annuaire fr. dr. int.* 1985. 415 ; P. Rolland et P. Tavernier, *Journ. DIP*, 1985. 210 et s. et 1986. 1072.

démarche européenne. En effet, nous dit la Cour, les apparences seraient fausses parce que contredites par la réalité, elles vont peser de tout leur poids et consommer une violation de la Convention si elles donnent du tribunal l'image d'un organe dépendant. Comme l'énonce si fortement l'adage anglo-saxon : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». Déjà dans l'affaire *Delcourt c/ Belgique*<sup>13</sup> (17 janv. 1970 série A, n° 11), examinant le rôle exact du parquet de cassation belge contesté par le requérant au plan général du procès équitable, la Cour énonce : (§ 31) « Les considérations qui précèdent ont une certaine importance qu'il ne faut pas sous-estimer. Si l'on se réfère à l'adage "*Justice...*", elles permettent de douter que le système litigieux soit très heureux. Elles ne suffisent cependant pas à établir l'existence d'une atteinte au droit à un procès équitable. En regardant au-delà des apparences, la Cour n'aperçoit aucune réalité contraire à ce droit ».

Au regard de l'exigence plus particulière d'indépendance, les arrêts *Sramek* et *Belilos* précités sont exemplaires du rôle conféré aux apparences par la Cour de Strasbourg. Dans l'affaire *Sramek*, examinant l'indépendance (et l'impartialité) de l'Autorité régionale à travers celle de ses membres, la Cour va passer d'une appréciation des faits de l'espèce (qui devait la conduire au rejet de la violation) à une appréciation des apparences (qui allait la faire entrer en condamnation) : (§ 42) « Néanmoins, la Cour ne saurait se borner à apprécier les conséquences que la subordination du rapporteur au contrôleur ont pu avoir en fait. Pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant comme l'exige l'article 6, les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance... Dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant — comme en l'espèce — dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique... Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 ».

Dans l'affaire *Belilos*, pour conclure à la violation de l'article 6 § 1, la Cour, après avoir relevé que la Commission de police municipale (composée d'un fonctionnaire) était bien un « tribunal », que sa nomination (incombant à la municipalité) ne suffisait pas (§ 66) « pour jeter un doute sur l'indépendance et l'impartialité de la personne ainsi désignée », qu'il ne se trouvait pas « dans un état de subordination dans l'exercice de ses attributions », ajoute : (§ 67) « Pourtant, des considérations de caractère fonctionnel et organique entrent aussi en ligne de compte ; même les apparences peuvent présenter de l'importance... A Lausanne, le membre de la Commission de police est un fonctionnaire supérieur issu de la direction de la police et susceptible d'être appelé à y accomplir à nouveau d'autres tâches. Les justiciables auront tendance à voir en lui un membre du corps de police, intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues. Pareille situation risque d'ébranler la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique.

Bref, le requérant pouvait légitimement éprouver des doutes quant à l'indépendance et à l'impartialité structurelle de la commission de police, laquelle ne répondait donc pas sur ce point aux exigences de l'article 6 § 1 ».

13. Cf. obs. S. Marcus-Helmons, *Cah. dr. europ.* 1971. 203 et s. ; R. Pelloux, *Annuaire fr. dr. int.* 1971. 340 et s. ; J. Velu, *L'affaire Delcourt : l'arrêt rendu le 17 janvier 1970 par la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Université de Bruxelles, 1972.

Il va sans dire que ce rôle important joué par les apparences se vérifie également lorsque les instances européennes examinent le second trait spécifique du « tribunal » à savoir son impartialité.

## II. — L'IMPARTIALITE DU TRIBUNAL

Il arrive fréquemment que la notion d'impartialité du tribunal soit appréciée en même temps que celle d'indépendance ; rien de surprenant à cela : comment ne pas soupçonner de partialité des magistrats (ou assimilés) dont la dépendance par rapport au pouvoir en place ou par rapport à une partie en procès est démontrée ? C'est ainsi que dans certaines des affaires précitées, les deux questions ont été de concert soulevées par les requérants et examinées par la Cour : *Sramek* (§ 37 et s.), *Ettl* (§ 34 et s.), *Belilos* (§ 63 et s.).

Pourtant ce serait méconnaître la finesse d'analyse des instances européennes que de croire que l'une va se fondre dans l'autre. L'impartialité est une exigence spécifique donnant lieu à une appréciation spécifique, parfaitement illustrée par l'affaire *Piersack*. La question posée en l'espèce était la suivante : le président de la cour d'assises de Brabant qui auparavant avait rempli les fonctions de premier substitut du procureur du Roi à Bruxelles (et dans ce cadre avait été chargé de mener les poursuites contre M. Piersack) n'empêchait-il pas cette cour d'assises d'être un « tribunal impartial » ? En réponse, la Cour indique clairement la double acception de l'impartialité (§ 30) : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ».

— Eu égard à l'approche subjective de l'impartialité, la Cour a la prudence de la présumer jusqu'à preuve du contraire (arrêt *Le Compte et autres*, préc. § 58 ; arrêt *Piersack*, préc. § 30 a ; arrêt *Albert* et *Le Compte c/ Belgique*<sup>14</sup>, 10 févr. 1983 série A, n° 58 § 32 ; arrêt *De Cubber c/ Belgique*<sup>15</sup>, 26 oct. 1984 série A, n° 86 § 25 ; arrêt *Hauschildt c/ Danemark*, 24 mai 1989 série A n° 154 § 47). Ainsi l'existence d'un droit de récusation au profit du requérant, et le défaut de son exercice<sup>16</sup> par ce dernier, autorisent à penser que le soupçon de partialité personnelle des membres d'un « tribunal » n'était pas pour lui important. Cependant cette appréciation étant délicate comme tout ce qui est marqué au sceau de la subjectivité, la Cour va tenter d'échapper à cet enfermement dans une logique subjective en prenant à nouveau en considération les apparences : « On ne saurait pourtant se borner à une appréciation purement subjective » énonce la Cour. « En la matière, même les apparences peuvent revêtir une certaine importance... Ainsi ... doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Il y va de la

14. Cf. chron. G. Cohen-Jonathan, *Cah. dr. europ.* 1986. 209 et s. ; R. Pelloux, *Annuaire fr. dr. int.* 1984. 447 et s. ; P. Rolland et P. Tavernier, *Journ. DIP*, 1985. 212 et s.

15. Cf. chron. V. Coussirat-Coustère, *Annuaire fr. dr. int.* 1985. 397 et s. et 407 et s. ; L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1984.143 et s. ; P. Rolland et P. Tavernier, *Journal DIP*, 1986. 1072 et s.

16. Ou son usage par le requérant « d'une manière si indéterminée que sa démarche ne pouvait passer pour fondée » (arrêt *Albert* et *Le Compte* préc. *ib. idem*).

confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique ». (arrêt *Piersack* préc. § 30a ; formule reprise dans les arrêts *De Cubber* préc. § 26, *Belilos* préc. § 67, *Hauschildt* préc. § 48). La Cour fait ici référence implicite à toutes les hypothèses dans lesquelles un juge pourra ou même devra se récuser en raison du doute légitime que peut faire naître sur son impartialité l'existence par exemple d'un lien de parenté, d'alliance ou même d'amitié avec une partie à l'instance, la survenance antérieure d'un procès ou même d'un simple différend avec une partie, etc.

— Néanmoins même pondérée par la prise en compte des apparences, la démarche subjective ne saurait suffire. Elle doit donc se doubler d'une approche objective faisant notamment intervenir « des considérations de caractère organique » (arrêt *Piersack* préc. § 30d) ou « de caractère fonctionnel et organique » (arrêt *De Cubber* préc. § 26 ; arrêt *Belilos*, préc. § 67) ; autrement dit il convient d'apprécier « l'impartialité structurelle » du tribunal (arrêts *Belilos* préc. *ibid*) étant précisé que dans cette approche aussi « les apparences peuvent présenter de l'importance » (arrêts *Belilos* et *Hauschildt* préc. *ibid.*). En conséquence, « si un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité » (arrêt *Piersack*, préc. *ibid.*) ; ou encore le fait qu'un fonctionnaire de police statuant comme « commission de police » habilitée à infliger une amende administrative soit « intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues » peut faire légitimement éprouver à la requérante « des doutes quant à l'indépendance et à l'impartialité structurelle de la Commission » (arrêt *Belilos*, préc. § 67) ; enfin la présence au sein d'un tribunal de premier degré d'un magistrat qui a, dans la même affaire, exercé des fonctions de juge d'instruction a « de quoi inspirer ... des appréhensions légitimes » au requérant (arrêt *De Cubber*, préc. § 30).

Difficile question d'ailleurs que celle de la compatibilité des fonctions d'instruction et de jugement dans une même affaire, comme le montrent deux espèces voisines dans lesquelles la Commission a conclu pourtant en sens contraire. Dans l'affaire *Ben Yaacoub c/ Belgique* (rapport du 7 mai 1985 ; arrêt de radiation du rôle du 27 nov. 1987<sup>17</sup>, série A, n° 127) la Commission a conclu (par six voix contre quatre) à la violation de l'article 6 § 1 au motif que la même personne avait instruit la cause en chambre du conseil (cette dernière ayant statué périodiquement sur le maintien de l'inculpé en détention provisoire) puis participé à la composition de la juridiction de jugement ; dans l'affaire *Hauschildt* précitée (rapport du 16 juill. 1987) la Commission a conclu (il est vrai par neuf voix contre sept et en arguant de distinctions qu'on peut ne pas trouver totalement convaincantes<sup>18</sup>) à la non-violation du texte (§ 114) : « De l'avis de la Commission, on ne peut raisonnablement conclure qu'un tribunal est partial du seul fait qu'un juge, qui prend part au verdict de culpabilité ou au prononcé de la peine en première instance ou en appel, a antérieurement décidé de maintenir l'accusé en détention provisoire ou pris diverses décisions procédurales à son endroit... ». La Cour allait se

17. Cf. chron. L.E. Pettiti, cette *Revue*, 1988.359 et s.

18. Cf. not. (rapport § 112) « La distinction capitale avec l'affaire *Ben Yaacoub* est que, contrairement à un système supposant l'intervention d'un juge d'instruction (le système belge et non le système danois), les juges n'ont pris aucune initiative durant l'enquête : ils ne sont intervenus qu'à la demande du procureur de la République ou de l'avocat de la défense... ».

séparer de la Commission et conclure à la violation de l'exigence d'impartialité, en une motivation nuancée qui mérite qu'on en cite de larges extraits. Tout en comprenant les « doutes » sur l'impartialité du juge suscités chez le prévenu par la situation rappelée plus haut, la Cour énonce : (§ 49) ... « mais on ne saurait pour autant les considérer comme objectivement justifiés dans tous les cas : la réponse varie suivant les circonstances de la cause ». Suit un examen par la cour du déroulement de la procédure pénale danoise, et notamment du rôle du magistrat opérant en cours d'instruction, qui lui fait dire : (§ 50) ... « les questions qu'un magistrat doit trancher de la sorte avant les débats ne se confondent pas avec celles qui dicteront son jugement final. En se prononçant sur la détention provisoire et sur d'autres problèmes de ce genre avant le procès, il apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons de la police ont quelque consistance ; lorsqu'il statue à l'issue du procès, il lui faut rechercher si les éléments produits et débattus en justice suffisent pour asseoir une condamnation. On ne saurait assimiler des soupçons à un constat formel de culpabilité...

Qu'un juge de première instance ou d'appel, dans un système comme le danois, ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité ». La chose est importante à noter : pour la Cour le fait qu'un juge ait accompli des actes d'instruction et même statué sur la détention provisoire d'un inculpé avant de le juger ne constitue pas *ipso facto* une violation du devoir d'impartialité qui lui incombe, tout au moins dans les systèmes qui ignorent l'institution du juge d'instruction... Pour elle en effet, tout dépend des « circonstances » ; c'est donc à partir des circonstances particulières de l'affaire *Hauschildt* que la Cour (par douze voix contre cinq) va retenir une violation de l'article 6 § 1 : (§ 51) ... « En l'espèce la Cour ne peut qu'attribuer une importance spéciale à un fait : dans neuf des ordonnances prorogeant la détention provisoire de M. Hauschildt, le juge ... s'appuya explicitement sur l'article 762 § 2<sup>19</sup> de la loi... En la prolongeant à leur tour avant l'ouverture des débats en appel, les magistrats, qui contribuèrent ensuite à l'adoption de l'arrêt final, se fondèrent eux aussi sur le même texte à plusieurs reprises...

(§ 52) Or pour appliquer l'article 762 § 2, un juge doit entre autres s'assurer de l'existence de « soupçons particulièrement renforcés » que l'intéressé a commis les infractions dont on l'accuse. D'après les explications officielles, cela signifie qu'il lui faut avoir la conviction d'une culpabilité « très claire »... L'écart entre la question à trancher pour recourir audit article et le problème à résoudre à l'issue du procès devient alors infime.

Partant, dans les circonstances de la cause l'impartialité des juridictions compétentes pouvait paraître sujette à caution et l'on peut considérer comme objectivement justifiées les craintes de M. Hauschildt à cet égard ».

La Cour possède décidément le secret des raisonnements balancés qui font que jusqu'à la dernière ligne, maîtrisant parfaitement l'art de la casuistique et ... du suspense, son arrêt autorise toutes les conclusions. C'est pourquoi, en l'espèce, quelle que soit la force de sa démonstration fondée sur la spéci-

19. L'article 762 § 2 de la loi danoise énonce : « Un suspect peut être placé en détention provisoire s'il existe des soupçons particulièrement renforcés qu'il a commis une infraction passible de poursuites de la part du parquet, et pour laquelle la loi prévoit une peine d'emprisonnement de six ans au plus et si, à la lumière des renseignements recueillis quant à la gravité de l'affaire, l'intérêt public paraît exiger que le suspect ne soit pas en liberté ».

ficité de l'hypothèse prévue par l'article 762 § 2, certains préféreront la simplicité lapidaire de l'opinion concordante du juge De Meyer : « Je souscris pleinement au dispositif et à la majeure partie des motifs de l'arrêt mais ne puis en approuver le paragraphe 50.

Les fonctions "antérieures au procès", et relatives à la détention provisoire ou à la réclusion cellulaire, que certains juges exercèrent en l'espère en vertu des articles 760, 762 et 770 § 3 de la loi danoise sur l'administration de la justice tels qu'ils s'appliquaient à l'époque, ne différaient pas essentiellement de celles que le juge d'instruction avait remplies dans l'affaire *De Cubber*.

Selon moi, la simple circonstance qu'un juge du fond a auparavant exercé de telles fonctions dans l'affaire dont il se trouve saisi justifie objectivement des appréhensions légitimes quant à son impartialité, et cela vaut non seulement pour les fonctions remplies en vertu de l'article 762 § 2, mais aussi pour celles qui relèvent des autres dispositions citées ci-dessus ».

Comme on vient de le constater, la notion d'impartialité et plus largement celle de « tribunal indépendant et impartial » manifeste de manière exemplaire le caractère vivant de la jurisprudence européenne. Au moment où un thème à la mode est celui des droits de l'homme de la troisième et même de la quatrième génération<sup>20</sup>, on aurait tort de croire que tout a été dit sur ces « classiques »... La Cour ne cesse de peaufiner les analyses, de ciseler les distinctions au fil de ses arrêts. Et si l'on a présent à l'esprit que nombre d'Etats frappent à la porte du Conseil de l'Europe et pour certains sont prêts à y entrer (Hongrie, Pologne, Tchécoslovaquie...), on ne peut s'empêcher de penser que la notion de « tribunal indépendant et impartial » n'a pas fini de faire parler d'elle...

Septembre 1990

20. Cf. J. Leimbacher, *Die Recht der Natur*, Bâle-Francfort, 1988.

## A. – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

### I. – DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

André VITU

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

#### 1. *La complicité par abstention*

Un arrêt, dont une partie seulement, celle relative à une difficulté de procédure, a été rapporté au *Bulletin criminel* (n° 488) mais que le *Recueil Dalloz* a publié en entier (Crim. 19 déc 1989, D. 1990. 198, note D. Mayer), vient de fournir à la Cour de cassation l'occasion d'aborder une nouvelle fois, à propos d'une affaire de parricide, un problème délicat, celui de savoir si la complicité par abstention est punissable. A lire l'article 60 du code pénal et la liste des agissements matériels par lesquels, aux yeux de la loi, doit se manifester l'attitude d'un complice pour être punissable, la question devrait se résoudre toujours par la négative : la complicité par inaction, par indifférence, par refus de faire obstacle à une infraction, ne saurait en aucun cas constituer l'acte positif de provocation, de fourniture d'indications ou de moyens, d'aide ou d'assistance, seul visé par la loi. Cette solution de principe n'étonnera pas, si l'on se souvient que l'article 60, demeuré inchangé depuis 1810, porte la marque de la philosophie individualiste qui venait de triompher à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et qui s'exprime dans l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société... ») : reflet de cette conception politique, le code pénal napoléonien entendait ne frapper que des comportements matériels positifs nuisibles à la société ou à autrui, mais pas (sauf de rarissimes exceptions) des attitudes strictement négatives.

Mais la doctrine sait et la jurisprudence admet que cette position de principe doit être nuancée : l'individualisme juridique, comme l'individualisme social, a reculé depuis deux siècles, au profit de ce que l'on a parfois appelé une conception solidariste des rapports humains. Partant de là, on considère actuellement qu'il est des comportements passifs auxquels il serait choquant de ne pas pouvoir appliquer la qualification d'actes de complicité, du moins sous certaines conditions. A cet égard, des exemples sont souvent cités : ils vont du débitant de boissons, qui n'empêche pas les tapages faits, la nuit, dans son établissements et qui trouble le repos du voisinage (Crim. 25 juin 1858, *Bull. crim.* n° 183 ; 14 nov. 1924, *ibid.* n° 382 ; 17 févr. 1988, *ibid.* n° 80) au douanier qui ferme volontairement les yeux sur les agissements de fraudeurs connus de lui (Crim. 27 oct. 1971, *Bull. crim.* n° 384, cette *Revue*, 1972.375, obs. A. Légal et 385, obs. A. Vitu), en passant par l'expert-comptable qui, sans chercher à vérifier les éléments chiffrés fournis par son client, établit un bilan inexact (Crim. 15

janv. 1979, *Bull. crim.* n° 21), ou par le membre du directoire d'une société qui omet de s'opposer aux abus de biens sociaux dont se rend coupable le président de cet organisme (Crim. 28 mai 1980, D. 1981. I.R. 137, obs. G. Roujou de Boubée, cette *Revue*, 1981.401, obs. P. Bouzat).

La synthèse de ces cas, où la jurisprudence a retenu la complicité par aide ou assistance, a été présentée, autour de la notion de collusion, par le professeur A. Decocq (« Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance », J.C.P. 1983. I. 3124). Celui-ci a parfaitement démontré que, pour être constitutive de complicité, la collusion doit satisfaire à des exigences précises, faute desquelles il y aurait méconnaissance grave du principe de la légalité criminelle. La collusion punissable suppose, cumulativement réunis, le *pouvoir* (d'origine légale ou, parfois, contractuelle) de s'opposer effectivement à l'infraction, et la *volonté* de laisser le coupable principal accomplir les actes délictueux dont on *sait* qu'ils se commettent actuellement ou vont se commettre prochainement ; ainsi s'instaure une sorte d'entente entre l'auteur de l'infraction et celui qui n'est qu'un spectateur acquiesçant. Précisons que cette entente est quelque chose de moins net, de moins formel, que le concert frauduleux ou entente matérielle organisée que l'on découvre dans la complicité « ordinaire » : il s'agit ici d'une entente à mi-mot, d'une entente parfois muette, mais cependant très réelle et aux effets palpables, puisque l'auteur principal sait qu'il peut compter sur le silence approbateur d'un tiers et qu'il a les mains libres.

Dans ces conditions, la complicité par abstention devient alors punissable. Mais qu'on le remarque bien : les agissements matériels constitutifs de la complicité s'estompent et l'intention délictueuse du collaborateur passif devient prédominante ; elle doit être établie à partir d'éléments extérieurs suffisamment éclairants pour ne laisser place à aucun doute sur la psychologie du complice par abstention. Car la tentation, qu'il faut éviter, serait de céder à une appréciation laxiste de ces éléments pour mieux baptiser complicité par aide ou assistance un comportement passif quelconque et créer, indirectement, une véritable présomption de collusion. La Chambre criminelle a-t-elle cédé à une tentation de ce genre dans l'arrêt précité ? Le commentaire publié au *Recueil Dalloz* le donne à penser, mais l'analyse des faits révèle que l'hésitation est possible et que l'on se trouve dans l'un de ces cas où il suffit de peu de choses pour passer d'une solution juridique à son contraire : la frontière ne peut pas être tracée d'une façon toujours absolument sûre. Voici ces faits.

Dans une famille où alcoolisme, altercations et violences règnent depuis longtemps, le fils tue volontairement son père d'un coup de feu. L'imputation de parricide ne fait aucun doute ; mais comment apprécier l'attitude de l'épouse de la victime et mère du coupable ? Trois éléments majeurs sont relevés contre elle. Premier point : quelques jours avant le crime, cette femme avait alerté les gendarmes et obtenu qu'ils viennent au domicile familial « confisquer » les armes que son mari détenait, ainsi qu'un fusil et un pistolet qui se trouvaient dans la chambre de son fils ; mais, circonstance troublante, elle avait tu à ce moment-là l'existence d'un autre fusil que les gendarmes n'avaient donc pu saisir et dont le fils allait faire usage peu après. Autre fait : le jour du drame, pressentant peut-être ce qui allait se passer, cette femme était restée à un autre étage de la maison, ce qui lui avait évité d'intervenir et d'avoir à empêcher le geste meurtrier. Enfin il ressortait du dossier que, mère abusive et dominatrice, elle exerçait sur ses enfants (le fils parricide et son frère, celui-ci non impliqué dans la poursuite) une emprise psychologique importante (un « empire total », selon la chambre d'accusation) et qu'elle avait sans doute inspiré le crime, même s'il n'était pas positivement prouvé qu'elle y avait provoqué d'une façon expresse.

A ces faits, on aurait pu appliquer la qualification d'omission d'empêcher un crime (art. 63, al. 1<sup>er</sup> c. pén.) ou, d'une façon moins convaincante peut-être, celle de refus de porter secours à une personne en danger (art. 63, al. 2). Plus répressive, la chambre d'accusation avait retenu la complicité de parricide ; mais, par un scrupule légitime et afin de rattacher sa décision à une disposition expresse du code pénal, elle avait choisi d'y voir une complicité « par fourniture d'instructions ». Or ce choix ne

pouvait échapper à la critique : il n'était nullement démontré que la mère eût précisé à son fils les conditions de temps, de lieu, de moyen à employer, pour que l'infraction pût être commise avec succès : aucun des actes positifs que suppose la fourniture d'instruction n'apparaît clairement en l'espèce, aucun concert frauduleux n'était démontré.

On comprend que la Chambre criminelle ait évité de reprendre à son compte l'affirmation d'une complicité par instructions fournies et qu'elle ait penché, sans le dire expressément, vers la complicité par aide ou assistance, entendues comme constituant la collusion définie précédemment. Mais est-il sûr que les conditions auxquelles la collusion est subordonnée se trouvaient réunies en cette affaire dramatique ? On dira peut-être que la première, celle du pouvoir d'empêcher la commission du crime, était satisfaite puisque la mère exerçait sur ses enfants un empire total, et que cet empire lui aurait permis, si elle l'eût voulu, de faire obstacle au geste meurtrier de son fils. Mais on répondra négativement, avec D. Mayer, si l'on estime que l'appréciation de l'emprise psychologique qu'une femme peut exercer sur ses enfants est chose délicate à apprécier, voire impossible pour qui essaie de l'évaluer de l'extérieur. A quoi l'on peut ajouter qu'au pouvoir juridique d'empêcher (pouvoir d'origine légale ou contractuelle), seul admis dans les arrêts plus anciens concernant la collusion (A. Decocq, *loc. cit.*), la Chambre criminelle ouvre une nouvelle porte vers un pouvoir psychologique permettant d'intervenir pour s'opposer efficacement à l'infraction : n'est-ce pas aller trop loin, dans un domaine, celui du psychologique, toujours difficile à cerner et à comprendre ?

Sur la seconde exigence, l'hésitation est également possible. L'accusation dira qu'en laissant une arme à la portée de son fils la mère créait intentionnellement les conditions favorables à une explosion homicide. Mais la défense pourrait répondre que rien n'établissait que cette femme avait eu la volonté de voir le geste fatal s'accomplir, ni même qu'elle en eût espéré, au fond d'elle-même, la réalisation : tout au plus avait-elle commis une imprudence en omettant de signaler à la gendarmerie l'existence de cette arme, mais cela suffisait-il pour qu'on pût alléguer que, par cette omission, elle avait, en connaissance de cause, facilité la commission de l'infraction ?

L'arrêt du 19 décembre 1989<sup>1</sup> n'est donc pas une décision de principe : les membres de la Chambre criminelle ont voulu laisser aux magistrats et aux jurés de la cour d'assises le soin de statuer selon leur intime conviction dans une affaire où tout se ramenait à l'appréciation, singulièrement délicate, de la psychologie d'une femme.

## 2. La récidive correctionnelle et la procédure de comparution immédiate

Lorsque, après avoir été condamné à un emprisonnement ne dépassant pas un an, un individu commet, dans les cinq années qui suivent l'expiration de sa peine ou sa prescription, le même délit (ou un délit légalement assimilé), il doit être frappé d'une peine d'emprisonnement « qui ne pourra être inférieure au double de celle précédemment prononcée, sans toutefois qu'elle puisse dépasser le double du maximum de la peine encourue » (art. 58, al. 2, c. pén.). Ainsi, du moins à lire ce texte de la façon qui paraît de prime abord la plus évidente, l'auteur d'un vol (infraction que l'article 382 c. pén. punit d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende), qui aurait été frappé une première fois d'une privation de liberté de dix mois, pourrait être condamné pour un nouveau vol à un emprisonnement choisi entre vingt mois (double de la première peine) et six ans (double du maximum indiqué à l'art. 381).

Or ce n'est pas ainsi que la Cour de cassation a entendu le texte dont il s'agit. Dès la promulgation de la loi du 26 mars 1891 qui a remodelé l'article 58 et introduit, dans son alinéa 2 nouveau, ce que l'on appelle couramment la petite récidive correc-

1. V. également à propos de cet arrêt le commentaire de G. Levasseur, dans sa chronique « Infractions contre les personnes », cette *Revue*, 1990.337, n° 2.

tionnelle, la Chambre criminelle a donné de cette disposition une interprétation tout à fait originale et affirmé le caractère spécial de cette forme de récidive, qu'on ne devrait rattacher, en aucune façon, à la grande récidive correctionnelle (art. 58, al. 1<sup>er</sup>) ou à la petite récidive criminelle (art. 57). Pour la Haute juridiction, la fixation du maximum de la peine frappant le récidiviste obéit, dans l'article 58, alinéa 2, à un système de récidive progressivement aggravée, comportant trois échelons. Si la première peine, par son doublement, ne dépasse pas le maximum prévu pour le délit actuellement poursuivi, le juge pourra prononcer un emprisonnement compris entre le doublement de la première peine et ce même maximum ; si, autre hypothèse, une fois doublée, la première peine atteint ou excède ce maximum, alors cette peine doublée servira à la fois de minimum et de maximum, sans que le juge puisse prononcer une sanction plus sévère qui irait jusqu'au double du maximum fixé par le texte violé ; si enfin la première peine, une fois multipliée par deux, dépasse le double du maximum prévu par le texte violé (ce qui suppose, comme on le voit dans la pratique, qu'elle sanctionnait déjà une récidive précédente), le juge ne peut retenir ce doublement : il doit se contenter de prononcer le double du maximum encouru, butoir que l'article 58, alinéa 2, lui impose de ne pas dépasser.

Sans jamais s'infléchir, la jurisprudence de la Chambre criminelle s'est exprimée en plus d'une quarantaine d'arrêtés publiés au *Bulletin criminel*, dont les plus anciens remontent à l'année 1894 (Crim. 9 févr. 1894, *Bull. crim.* n° 38, D. 1894. 1. 109, note Sarrut, S. 1895. 1. 153, note E. Villey ; 21 juill. 1894, *Bull. crim.* n° 198, D. 1897. 1. 237) et dont les quatre derniers sont postérieurs à la seconde guerre mondiale (Crim. 26 janv. 1955, *Bull. crim.* n° 65 ; 12 déc. 1967, *ibid.* n° 325 ; 11 oct. 1978, *ibid.* n° 269, D. 1979. I.R. 38, obs. M. Puech ; 26 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 37). Tous, sans exception, sont des décisions de cassation, ce qui est révélateur des résistances parfois très vives opposées par les cours d'appel (ainsi cinq arrêts de cassation ont été rendus en 1912, cinq autres en 1913) sous l'influence, vraisemblablement, des critiques doctrinales. Approuvée par un seul auteur (J. A. Roux, note sous Crim. 9 avr. 1903, S. 1905. 1. 105 et *Cours de dr. crim. fr.* 2<sup>e</sup> éd. I, p. 285, texte et note 42), cette jurisprudence a en effet été sévèrement jugée par la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup> (Sarrut, Villey, Laborde, Garraud, Vidal et Magnol, Donnedieu de Vabres, Bouzat et Pinatel), qui lui a reproché de méconnaître les travaux préparatoires de la loi de 1891 et l'analyse grammaticale de l'article litigieux, et d'instaurer un système de peine fixe (échelons 2 et 3 de la trilogie indiquée ci-dessus) à contre-courant de l'individualisation de la peine que la loi du 26 mars 1891 contribuait précisément à développer. Mais actuellement cette jurisprudence massive de la Chambre criminelle est acceptée par les auteurs contemporains qui, à l'imitation d'Emile Garçon (*Code pénal annoté*, 1<sup>re</sup> éd., art. 56 à 58, n° 238 et s. ; 2<sup>e</sup> éd., n° 222 et s.), se contentent d'en exposer le contenu et d'en citer les principales décisions (Merle et Vitu, Mme Rassat, Puech, J. H. Robert, Thomas, Vassogne et Bernard) : sans doute se soucient-ils peu de « ferrailer » sur cette question dont on sait qu'elle s'évanouira complètement lorsque, bientôt peut-être, le futur code pénal en instance d'élaboration au Parlement aura été complètement voté (V. les art. L. 132-9 et L. 132-10 du projet, dans lesquels la difficulté est totalement évacuée).

Cette jurisprudence de la Chambre criminelle, le tribunal correctionnel d'Arras l'avait (volontairement ou involontairement ?) ignorée dans un jugement inédit du 23 janvier 1989, à propos d'une affaire où se mêlaient la petite récidive correctionnelle et la procédure de comparution immédiate dans les circonstances suivantes. Déjà condamné pour vol à cinq mois d'emprisonnement, un nommé B. avait été arrêté en flagrant délit de tentative de vol avec effraction (fait que l'art. 382, al. 1<sup>er</sup> c. pén. frappe d'un emprisonnement de un an à cinq ans, et d'une amende de 5 000 à 200 000 F). Il avait alors été poursuivi selon la procédure de comparution immédiate, régie par les articles 395 et suivants du code de procédure pénale et utilisable lorsque le maximum de l'emprisonnement prévu par la loi pour l'infraction en cause est au moins égal à deux ans (un an en cas de flagrant délit), sans excéder cinq ans. Mais,

au vu du passé judiciaire du prévenu, le tribunal correctionnel avait estimé que B. encourait une peine d'emprisonnement pouvant atteindre dix années (doublement du maximum prévu par l'art. 382, al. 1<sup>er</sup>) et il avait décidé qu'était nulle la procédure de comparution immédiate et ordonné la mise en liberté de l'intéressé.

Sur appel du procureur, la cour d'appel de Douai, le 9 mars 1989 (arrêt devenu définitif et communiqué par le conseiller R. Lévy) s'empresse de censurer le jugement attaqué, en rappelant aux magistrats du tribunal la jurisprudence classique de la Chambre criminelle : dans le cas d'espèce, et selon le premier échelon du système admis par la Haute juridiction, la peine qui menaçait B. devait être choisie entre dix mois d'emprisonnement et cinq ans d'emprisonnement, et cette constatation suffisait à légitimer l'utilisation que le parquet avait faite de la comparution immédiate.

A quoi la cour d'appel ajoute un autre argument tiré de l'article 395 du code de procédure pénale et qu'on peut présenter comme suit. A supposer même que l'interprétation de l'article 58 (al. 2) donnée par le tribunal d'Arras eût été la seule exacte, la procédure de comparution immédiate aurait cependant pu être utilisée. L'article 395 exige en effet que le maximum de l'emprisonnement « prévu par la loi pour l'infraction poursuivie » n'excède pas cinq ans ; or ce maximum « prévu par la loi », ce n'est pas le maximum « encouru » par le délinquant qui va être jugé. En d'autres termes, pour apprécier les conditions d'application de la comparution immédiate, il importe seulement de scruter le texte de la loi applicable à l'infraction poursuivie (en l'espèce, l'art. 382, al. 1<sup>er</sup>), sans se préoccuper de l'éventuelle situation de récidiviste du prévenu. La solution a été expressément voulue par le Parlement, lorsque fut votée la loi du 2 février 1981, dite « Sécurité et Liberté », qui instituait la procédure de saisine directe dont découle directement celle de comparution immédiate modelée par la loi du 10 juin 1983 — et qu'à l'initiative de M. Peyrefitte, Garde des Sceaux, le Sénat substitua à l'expression « peine encourue » celle de « peine prévue par la loi » (*J.O. déb.* Sénat, 16 nov. 1980, p. 4761 et s. ; en ce sens également la Circ. min. du 7 févr. 1981, publiée au D. 1981. spéc. p. 113, col. 2 et 3 ; J. Francillon, supplément au J.C.P. 1981, n° 179 ; J. Pradel, « La loi du 2 février 1981 et ses dispositions de procédure pénale », D. 1981. Doctr. 101 et s. spéc. p. 104, texte et note 30).

La solution imposée par l'article 395 permet au parquet un choix objectif très simple, sans avoir à se préoccuper du passé du délinquant qu'il ignore peut-être (malgré l'informatisation du casier judiciaire). Elle vaut d'ailleurs, non seulement à l'égard d'un récidiviste dont il n'y a pas, en l'état, à examiner le *cursus* pénal, mais également pour un prévenu, auteur de coups et violences volontaires correctionnels, qui prétendait invoquer l'excuse atténuante de provocation pour échapper à la procédure de comparution immédiate en alléguant que, au cas de délit, l'article 326 du code pénal réduit la peine prévue par la loi à un emprisonnement de six jours à six mois, c'est-à-dire inférieur au seuil de deux ans (un an s'il y a flagrance) prévu par l'article 395 du code de procédure pénale. Là encore, la simple vérification de la « peine prévue par la loi » suffit à lever toute difficulté et à éviter, à ce stade de la procédure, des discussions qui ne doivent trouver place qu'à l'audience.

La procédure de comparution immédiate était donc parfaitement légitime dans le cas jugé à Arras. Mais, en appel, et après avoir rétabli, fort exactement, les motifs de droit qui appuyaient cette légitimité, la cour de Douai a finalement relaxé le prévenu pour des raisons de fait qu'il est sans intérêt d'évoquer ici.

### 3. L'application de l'amnistie à certaines infractions commises en matière économique

La loi du 20 juillet 1988 portant amnistie a donné naissance à un contentieux parasite, dû à la rédaction de son article 29-12° qui exclut du pardon légal « les infractions prévues par les articles 17, 31, 34, 35 et 52 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup>

décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et par les textes pris pour l'application de cette Ordonnance », cette dernière formule visant, pour l'essentiel, le décret du 29 décembre 1986, ainsi que certains arrêtés ministériels en matière de prix. Ce contentieux est apparu à propos de diverses infractions que le décret cité (art. 33) frappe de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe et dont les textes incriminateurs sont insérés, non dans ce décret, mais dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 : ainsi pour les contraventions de refus de vendre à un consommateur ou de subordination de la vente à l'achat d'une quantité déterminée de marchandises ou à l'achat d'un autre objet (art. 30, Ord. 1986 ; cour d'appel de Basse-Terre, 6 sept. 1988, inédit), de défaut de publicité des prix (art. 28, Ord. 1986 ; Lyon, 7 déc. 1988, inédit) et de vente avec primes (art. 29, Ord. 1986 ; Toulouse, 10 nov. 1988, inédit ; Bourges, 22 juin 1989, inédit ; Douai, 17 nov. 1989, cette *Revue*, 1990.558). Ce contentieux aurait pu apparaître semblablement pour l'omission de communiquer à des revendeurs les barèmes de prix et les conditions de vente (art. 33, Ord. 1986) ou pour la vente de produits ou la proposition de services avec utilisation irrégulière du domaine public (art. 37, Ord. 1986).

Ces cinq décisions d'appel — la chose est assez curieuse — ont été unanimes pour écarter l'application de l'article 29-12° reproduit ci-dessus et faire bénéficier de l'amnistie les auteurs des contraventions dont il s'agit. Or les quatre premières ont été cassées par la Chambre criminelle (celle de Basse-Terre par Crim. 13 févr. 1989, *Bull. crim.* n° 65 ; celle de Lyon par Crim. 17 mai 1989, *ibid.* n° 198 ; celle de Toulouse par Crim. 17 mai 1989, *ibid.* n° 199 ; enfin celle de Bourges par Crim. 26 févr. 1990, *ibid.* n° 92) ; seul l'arrêt de la cour d'appel de Douai paraît être devenu définitif au moment où ces lignes sont rédigées. Par quel raisonnement ces différentes décisions d'appel ont-elles été conduites à neutraliser l'exclusion de l'amnistie contenue dans l'article 29-12° de la loi de 1988 ? Quelle argumentation a, au contraire, amené la Chambre criminelle à confirmer l'exclusion de l'amnistie pour les contraventions dont il s'agit ?

En faveur de la position bienveillante retenue par les cours d'appel, on pourrait d'abord soutenir que, dans l'article 29-12°, les rédacteurs de la loi du 20 juillet 1988 ont énuméré de façon précise, et apparemment limitative, les cinq articles de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 concernant les infractions économiques pour lesquelles l'amnistie est exclue (art. 17, 31, 34, 35 et 52) et que cette liste légale ne vise pas les articles 28, 29, 30, 33 ou 37, dont certains étaient invoqués contre les contrevenants poursuivis : les contraventions définies par ces textes non mentionnés échapperaient donc à l'emprise de l'article 29-12° pour rejoindre le flot immense des contraventions ordinaires que l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1988 couvre du manteau de l'oubli. Reproduit dans l'un des attendus de l'arrêt rendu le 26 février 1990 par la Chambre criminelle, c'est ce raisonnement qu'avait suivi la cour d'appel de Bourges à propos de la contravention de vente avec prime.

L'arrêt de la cour d'appel de Douai avait attaqué le problème sous un angle différent, tout en s'inspirant également d'une interprétation strictement littérale de l'article 29-12°. Pour cette juridiction, « les infractions prévues ... par les textes pris pour l'application de cette ordonnance... » ne pouvaient être que les contraventions dont, tout à la fois, l'incrimination et les pénalités se trouvent contenues dans le décret du 29 décembre 1986 (ce qui est le cas, en matière de vente avec primes, pour les contraventions aux règles concernant la valeur maximale et le marquage des menus objets, services de faible valeur ou échantillons constituant des primes autorisées : art. 23 et 25 du décret). En revanche, sur les infractions dont, seules, les pénalités sont contenues dans le décret du 29 décembre 1986 alors que leur incrimination est insérée non dans ce décret mais dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, la formule d'exclusion de l'article 29-12° n'a plus de prise : ces infractions ne sont pas, au sens le plus rigoureux de l'expression « prévues ... par les textes pris pour l'application » de l'ordonnance, mais prévues par cette ordonnance elle-même et seulement sanctionnées par le décret. La dissociation de la norme et de la sanction entre ces deux corps

de textes aurait donc pour effet de rendre inopérante l'exclusion décidée par la loi d'amnistie.

Pour sa part, dans ses arrêts de cassation, la Chambre criminelle a ignoré superbement ces argumentations : après avoir rappelé le libellé de l'article 29-12° de la loi d'amnistie, elle s'est contentée d'affirmer que les contraventions en cause « relèvent du décret du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ». Or toute la question est là : ces contraventions relèvent-elles vraiment du décret de 1986 ? Il ne suffit pas de l'affirmer pour détruire les arguments opposés, et surtout celui qui s'exprimait dans la décision de relaxe de la cour de Douai. S'il est exact que l'interdiction des ventes avec primes à des consommateurs ou le défaut de publicité des prix relèvent du décret de 1986, c'est seulement pour l'amende de police qui les frappe ; pour l'incrimination, elles lui échappent et appartiennent à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Cette dichotomie, dont on pourrait s'étonner, est justifiée en ce que les incriminations contenues dans les articles 28, 29, 30, 33 et 37 devaient obligatoirement être l'oeuvre du législateur parce que portant atteinte au régime de la propriété ou des obligations civiles ou commerciales, réservé au domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution, — tandis que les pénalités, pour ces infractions estimées modestes par le législateur lui-même, entraient dans l'orbite du pouvoir réglementaire, seul habilité à promouvoir des sanctions contraventionnelles (art. 37 de la Constitution).

Or, quelque opinion que l'on ait sur cette dichotomie, elle existe et l'on ne peut en négliger les conséquences au regard de la loi d'amnistie en affirmant sans nuance, comme l'a fait la Chambre criminelle, que les contraventions dont il s'agit appartiennent en leur totalité au décret du 29 décembre 1986 et sont exclues du pardon légal par l'article 29-12° de la loi de 1988. C'est pourquoi, sauf meilleure démonstration, la position adoptée par la Cour de cassation ne saurait emporter l'adhésion. Et l'on se prend, une fois de plus, à regretter que les rédacteurs de la loi du 20 juillet 1988 n'aient pas, plus simplement, visé les articles 28, 29, 30, 33 et 37 dans les listes des exclusions écrites dans l'article 29-12° de la loi d'amnistie : par cette précision, on aurait évité, sans peine, un contentieux inutile.

## II. – INFRACTIONS CONTRE LA CHOSE PUBLIQUE

Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE

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

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Infractions contre la chose publique » dans ce numéro. Ils la trouveront dans le prochain numéro.

### III. — INFRACTIONS CONTRE LES PERSONNES

Georges LEVASSEUR

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

#### I. *Meurtre*

##### I. — Meurtre aggravé. Circonstance aggravante de barbarie

Il est rare que la circonstance aggravante de barbarie se présente devant les tribunaux (V. cependant Crim. 9 juin 1977, *Bull. crim.* n° 211 et nos obs. cette *Revue*, 1978.98). On sait qu'elle transforme en assassinat tout crime commis avec cette circonstance (et non seulement le meurtre, art. 303 al. 1 c. pén.) et que la loi du 2 février 1981 ajoutant un alinéa 2 à l'article 303 donne une qualification criminelle à tout délit commis à l'aide de torture ou d'acte de barbarie. On rapprochera cette circonstance de la Convention de New York du 10 décembre 1984 réprimant la torture, ratifiée par la France et publiée par le décret du 9 novembre 1987.

La Chambre criminelle a rappelé (V. l'arrêt préc. du 9 juin 1977) le 8 novembre 1989 (*Bull. crim.* n° 407), que l'emploi de tortures ou actes de barbarie constitue « une circonstance aggravante réelle, inhérente au fait principal même ». Pour cette raison, « il doit être posé autant de questions concernant cette circonstance que de crimes aggravés retenus contre l'accusé » (lequel avait été condamné pour assassinat, vol qualifié et tentative de vol qualifié), contrairement à ce que soutenait le pourvoi. de même une question sur cette circonstance devait-elle, en raison de son caractère objectif, être posée pour le co-accusé, quand bien même il ne serait pas contesté que les manoeuvres en question puissent avoir été employées par un seul d'entre eux (V. pour la circonstance aggravante de réunion : Crim. 30 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 47).

Le caractère objectif de cette circonstance aggravante est admis par les auteurs (Garçon, *Code pénal annoté*, 2<sup>e</sup> éd. par Rousselet, Patin et Ancel, article 303, nos 4 et 7 ; Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3<sup>e</sup> éd. V. n° 1899 et s. ; Goyet, *Droit pénal spécial*, 8<sup>e</sup> éd. par Rousselet, Arpaillange et J. Patin, n° 602-b, p. 413 ; Vouin, *Droit pénal spécial*, 6<sup>e</sup> éd. par M.-L. Rassat, N.B. sous n° 149, p. 198 ; Mme M.-L. Rassat, *Droit pénal*, n° 399, p. 585).

L'appréciation du caractère de « tortures ou actes de barbarie » relève des juges du fond (Vitu, *Droit pénal spécial*, II, n° 1724 ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3<sup>e</sup> éd. p. 109 ; Crim. 5 août 1972, *Bull. crim.* n° 262 ; Crim. 11 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1. somm. 158 et obs. J.-P. Doucet ; V. comme exemple récent d'application : Crim. 13 sept. 1986, *Gaz. Pal.* 1987. 1. somm. 102, note J.-P. Doucet).

##### II. — Légitime défense. Absence de responsabilité civile

En déclarant le 13 décembre 1989 (*Bull. crim.* n° 478) que « la légitime défense de soi-même exclut toute faute et ne peut donner lieu à une action en dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression, ou en faveur de ses ayants droit » la Chambre criminelle a consacré une solution admise de longue date (Crim. 17 mai 1900, *Bull. crim.* n° 185 ; Crim. 19 mai 1904, S. 1906. I. 472 ; Crim. 16 déc. 1921, *Bull. crim.* n° 476 ; Crim. 31 mai 1972, *Bull. crim.* n° 184 ; Crim. 5 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 276) et enseignée par les pénalistes depuis le XX<sup>e</sup> siècle (Garçon, *op. cit.* article 328, n° 120 et s. ; P. Garraud, *Précis de droit criminel*,

n° 132, p. 329 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 14<sup>e</sup> éd. n° 350 ; Pradel, *Droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd. n° 283 ; Puech, *Droit pénal général*, n° 839, p. 302 ; comp. J.-J. Robert, *Droit pénal général*, p. 268-269).

La formule « il n'y a ni crime ni délit » est ici parfaitement exacte, à la différence de sa présence dans l'article 64. Le code de 1791 était plus précis, qui affirmait : « en cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime et il n'y a lieu de prononcer aucune peine *ni même aucune condamnation civile* ».

Certes, l'article 372 du code de procédure pénale permet à la cour d'assises d'accorder, en dépit de l'acquittement, des dommages-intérêts à la partie civile, mais seulement en relevant à la charge de l'accusé une faute résultant des faits qui sont l'objet de l'accusation, et ce, sans contredire pour autant la non-culpabilité du crime poursuivi. Or comment trouver une faute à la charge de l'accusé acquitté si la légitime défense est un droit (certains disent même un devoir) ?

L'article 372 du code de procédure pénale ne peut jouer que lorsque l'acquittement ne découle pas de la légitime défense, ce que la cour est en mesure de connaître et de constater (Stefani, Levasseur et Bouloc, *op. cit.* n° 721-a). Certains ont peut-être cependant raison de suggérer (J.-P. Doucet) que la légitime défense fasse l'objet d'une question spéciale, et soit ainsi distinguée des autres causes de non-culpabilité. Cela s'était fait au début du XIX<sup>e</sup> siècle sans entraîner de nullité (Garçon, *op. cit.* article 328, n° 121). Notre collègue Vitu sera peut-être amené d'ailleurs à se pencher sur notre espèce qui relève directement de la chronique de droit pénal général.

### III. — Élément moral

Dans une précédente chronique (cette *Revue*, 1990.337, n° 1-II) nous avons rappelé l'attention dont doit faire l'objet l'élément moral du meurtre, en particulier l'*animus necandi* (*dolus specialis*). On retrouve le problème de l'élément moral, s'agissant cette fois de toutes les violences volontaires (*dolus generalis*) dans un arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1990, *Droit pénal*, juillet 1990, n° 215, obs. Véron) non publié au *Bulletin*.

Une ancienne tête couronnée avait été renvoyée devant la cour d'assises pour coups ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Désireux de récupérer un canot pneumatique enlevé à son yacht et amarré à un autre (celui de P.), l'inculpé s'était muni d'une carabine de calibre 30 M.I. approvisionnée d'un chargeur de 29 cartouches. Un personnage qui ne participait pas à l'altercation, H., avait été blessé mortellement.

La chambre d'accusation estimait non établie l'intention de causer des blessures à H. ni même à P., mais retenait que X. avait commis une faute en se munissant d'une arme puissante et en tirant un coup de feu, accomplissant ainsi « un acte volontaire dont il n'avait pas mesuré les conséquences ». La Chambre criminelle a constaté qu'« en l'état de ces énonciations *qui ne caractérisent pas de façon certaine la volonté délibérée de porter des coups ou d'exercer des violences sur une personne* », la cour avait violé l'article 311 alinéa 1 actuel du code pénal.

Sur l'élément moral dans les violences volontaires, voir G. Levasseur (*Rép. pén. v° Coups et blessures*, nos 26 et s). L'auteur doit avoir voulu porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui, peu importe le dommage qu'il entendait provoquer (fût-ce une simple émotion violente) et, *a fortiori*, celui qu'il a en fait réalisé (ce dernier élément n'aura d'influence que sur la sanction encourue). Le mobile n'a pas d'importance (nos obs. à cette *Revue*, 1970.867 et 1977.817). Certes l'existence de l'élément moral est appréciée par le juge, d'après son intime conviction en fonction des éléments de la cause, encore faut-il qu'il motive cette conviction ; or les éléments fournis par la chambre d'accusation de Bastia étaient insuffisants pour justifier la qualification qu'elle adoptait ; ils suggéraient davantage, semble-t-il, celle d'homicide involontaire (Crim. 11 juill. 1990, n° W.89.80-898, décision sur laquelle nous reviendrons).

Il n'est pas sûr que la présente décision soit parfaitement conciliable avec celle rendue le 30 mai 1989 (*Gaz. Pal.* 30 janv. 1990) qui n'a pas davantage été publiée au *Bulletin*. En l'espèce le sieur T. avait été poursuivi pour violences volontaires à l'aide d'une arme, à la suite d'un accident de chasse. Sa condamnation a été approuvée car la cour d'appel constatait qu'il avait « volontairement tiré un coup de fusil dans une direction proche du groupe de personnes qu'il avait aperçu et que, ce faisant, il avait pris le risque de les blesser, même s'il ne pensait pas que son tir fût dangereux, ce dont il aurait pu se douter étant donné qu'il est un chasseur expérimenté ». Habituellement ces accidents de chasse sont qualifiés violences involontaires (V. par ex. *Crim.* 13 nov. 1974, *Gaz. Pal.* 1975. 1. 173 note Jenny, et nos obs. cette *Revue*, 1976.424). La présomption du caractère dommageable des agissements (cf. *Levasseur, op. cit.* nos 27 et 28) se trouve ainsi étendue au caractère intentionnel de ceux-ci, ce qui peut paraître exagéré.

## 2. Violences volontaires

### I. — Droit de correction

L'existence du droit de correction, dans la mesure où il fait échapper l'auteur des violences aux poursuites pénales (reconnu par l'art. 319 al. 2 c. pén. tunisien), est aujourd'hui volontiers mise en doute. Les anciens auteurs y voyaient un fait justificatif, tiré de l'autorisation de la loi, au profit des parents et des instituteurs (R. Garraud, *Traité théorique et pratique...* 3<sup>e</sup> éd. V. , ° 1987 ; Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire*, 3<sup>e</sup> éd. n° 412 avant-dernier al. ; P. Garraud, *Précis de droit criminel*, 15<sup>e</sup> éd. n° 140, p. 341 ; Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel*, 9<sup>e</sup> éd. n° 185. 1, p. 345).

La jurisprudence récente ne l'avait laissé subsister que sous forme de pouvoir disciplinaire de l'instituteur (Trib. pol. Bordeaux, 18 mars 1981, D. 1982. 182, note Mlle Danièle Mayer, et nos obs. cette *Revue*, 1982.347). Or la revue *Droit pénal* a publié en avril et juillet 1990 deux décisions qui montrent qu'en ce qui concerne le droit de correction paternelle la jurisprudence ne le reconnaît plus guère. Le 24 octobre 1989 (*Droit pénal*, avr. 1990, n° 130) la cour de Pau a condamné pour blessures volontaires une mère qui, rencontrant sa fille mineure de 16 ans dans la rue vers minuit, lui avait administré une gifle.

Le 21 février 1990 (*Droit pénal*, juill. 1990, n° 216, note Véron) la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi du nommé H. condamné pour avoir infligé des violences sérieuses à l'enfant de six ans fils de sa concubine, alors que le prévenu ne voyait dans ces faits qu'une « petite correction en raison de toutes les bêtises que l'enfant faisait ». La Chambre criminelle observe « que les juges relèvent qu'il importe peu que la mère ait consenti à cette correction, dès lors que les violences commises par leur nature et par leurs conséquences dépassaient, même en l'absence d'une incapacité de travail, les limites de l'exercice d'un droit de correction, lequel en toute hypothèse n'appartenait pas à H. ». Le commentateur renvoie, à juste titre, aux développements qu'il consacre au droit de correction dans son *Droit pénal spécial* (3<sup>e</sup> éd. p. 122).

### II. — Circonstances aggravantes (infirmité permanente)

G. ayant tiré un coup de feu sur T. l'atteignit au visage et la blessure entraînant la perte de l'œil droit de la victime. La chambre d'accusation de Paris le renvoya devant la cour d'assises. A l'appui du pourvoi que G. forma, avait été alléguée la légitime défense ; la chambre d'accusation n'en avait pas tenu compte et avait relevé qu'il était certain « que T. n'était pas armé et que l'inculpé avait dû prendre son revolver dans sa boîte à gants, donc à un instant où il était encore dans sa voiture, nécessairement avant qu'eut débuté l'agression physique dont il a incontestablement été l'objet ». Le pourvoi a été rejeté (*Crim.* 21 févr. 1990, *Droit pénal*, juill. 1990, n° 214) ; la cour d'assises aura à apprécier si l'accusé se trouvait ou non en état de légitime défense (question qui relève de la chronique de droit pénal général), mais la chambre d'accu-

sation était bien fondée à estimer qu'il y avait suffisamment de charges pour que l'on pût douter, au stade de l'instruction, que ce fait justificatif fût réalisé, et retenir en conséquence la qualification de violences volontaires ayant entraîné une incapacité permanente.

### III. — Excuse de provocation

Une personne irascible avait tiré deux coups de revolver sur la conductrice d'un véhicule, laquelle ne fut pas atteinte. Poursuivi pour violences avec arme n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail supérieure à huit jours, il avait été condamné par la cour de Rennes. Celle-ci avait rejeté l'excuse de provocation tirée des différends graves et divers existant entre lui et la victime.

Le pourvoi en cassation a été rejeté le 6 novembre 1989 (*Droit pénal*, juill. 1990, n° 220, obs. Véron). La provocation étant définie par l'article 321 comme consistant en « coups ou violences graves contre les personnes », le rejet du pourvoi était inévitable. Comme dans l'affaire jugée le 6 novembre 1989 (*Bull. crim.* n° 391 et nos obs. cette *Revue*, *supra* p. 339, n° 2-III) la Chambre criminelle souligne que le prévenu n'a pas allégué la légitime défense, dont l'appréciation lui paraît sans doute plus souple, mais qui doit être invoquée devant les juges du fond. Cette relative souplesse n'eut sans doute pas permis pour autant d'exonérer le comportement agressif du prévenu.

Sur le délit de violence ou voie de fait consistant en une simple émotion causée à la victime, notamment à l'aide d'une arme à feu, voir nos observations à cette *Revue*, 1989.320, n° 3 et les nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales (*adde Rép. pén.* v° *Coups et blessures*, nos 14 à 22 ; *ibid.* v° *Votes de fait*, nos 12 à 22).

## 3. Homicide involontaire.

### I. — Homicide commis par un membre du corps médical

a) La revue *Droit pénal* (avr. 1990, n° 122) signale, avec les observations de M. Véron, un arrêt de la Chambre criminelle du 17 octobre 1989, non publié au *Bulletin* et dont le commentateur souligne la conformité à la jurisprudence.

La jeune D. hospitalisée dans le service du Dr. T. était décédée d'une occlusion intestinale. La faute du chirurgien consistait (de l'avis des experts) à ne pas avoir procédé la veille à une laparotomie, « aucun autre examen que ceux pratiqués n'étant susceptible de conduire à un plus grand degré de certitude dans un délai utile » ; il en était d'autant plus ainsi que « aucun élément objectif du dossier ne permet de dire que l'état de santé de la jeune D. la contre-indiquait ». Dans ces conditions, cette négligence, dont l'arrêt attaqué constatait qu'elle était en relation directe avec le décès de la malade, justifiait la condamnation intervenue.

On notera l'importance qu'il y a, en ce domaine, à intervenir avec célérité (V. déjà : *Crim.* 25 mai 1982, *Bull. crim.* n° 134 et nos obs. cette *Revue*, 1983.264, n° 3-II-a ; *Crim.* 30 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1984. 1. 146 et nos obs. cette *Revue*, 1984.318, n° 1-b ; *Crim.* 27 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 369).

b) Au contraire, la Chambre criminelle a approuvé le 11 janvier 1990 (*Droit pénal*, juill. 1990, n° 219, obs. Véron, arrêt non publié au *Bull. crim.*) l'arrêt prononçant la relaxe de B. directeur d'une clinique où un nourrisson était décédé. Ici la relation de cause à effet ne pouvait être établie car les divers experts désignés n'avaient pu parvenir à un accord sur les causes de la mort, « rien n'ayant laissé prévoir que l'enfant décéderait au cours de la nuit ».

Notons qu'ici la poursuite était dirigée non contre un praticien mais contre la direction de la clinique. Il fallait donc établir une faute dans l'administration ou la gestion de celle-ci ayant pu être la cause du décès. Aussi la partie civile reprochait-elle à B.

« de ne pas avoir donné pour règle, dans son établissement, de faire examiner systématiquement par un pédiatre tous les nouveau-nés », mais la cour avait observé qu'une telle obligation ne saurait s'appliquer aux nourrissons déjà examinés par un médecin choisi par leurs parents, ce qui avait été le cas.

On reprochait également au directeur de n'avoir pas soumis l'enfant à une surveillance renforcée à raison des « incidents de l'état de santé du nouveau-né ». Or ce dernier avait été soigné par une infirmière l'après-midi précédant la nuit du décès, en sorte qu'on ne relevait, ni dans le nombre ni dans la qualité du personnel s'étant occupé de l'enfant, une défaillance imputable à l'organisation de la clinique dirigée par le prévenu. Pour bien marquer la frontière entre les obligations des techniciens médicaux et celles du directeur de la clinique, l'arrêt attaqué avait souligné « qu'il n'appartenait pas à ce dernier, en l'absence de toute demande formulée par un membre du personnel médical ou para-médical, *seul qualifié à cet effet, d'intervenir spontanément afin de veiller à ce que tel examen soit pratiqué ou telle surveillance renforcée* »

## II. — Asphyxie

Les asphyxies constituent l'une des têtes de chapitre de la rubrique des homicides involontaires (*Rép. pén. v° Homicide*, nos 155-159). L'arrêt de la Chambre criminelle du 15 février 1990 (*Droit pénal*, juill. 1990, n° 218, non publié au *Bull. crim.*) s'ajoute à une longue série rencontrée au cours de cette chronique, où se côtoient les bailleurs (Crim. 7 févr. 1968, *Bull. crim.* n° 39, et nos obs. cette *Revue*, 1968.855 ; Seine, 15 déc. 1971, cette *Revue*, 1973.123 ; Crim. 11 juill. 1977, *Bull. crim.* n° 261, et nos obs. cette *Revue*, 1978.99, n° 2-II-b), les gérants d'immeubles ou administrateurs de biens (Crim. 14 mars 1973, *Gaz. Pal.* 1973.1. somm. 149 ; Crim. 1<sup>er</sup> juill. 1976, D. 1976. I.R. 271, et nos obs. cette *Revue*, 1978.99, n° 2-II-a ; Crim. 11 juill. 1977, *Bull. crim.* n° 261 et nos obs. cette *Revue*, 1978.100 ; Crim. 13 sept. 1988, *Bull. crim.* n° 321 et nos obs. cette *Revue* 1989.320, n° 2-II) et surtout les installateurs (Crim. 23 oct. 1968, *Bull. crim.* n° 264 et nos obs. cette *Revue*, 1969.405, n° 2-III ; Crim. 20 nov. 1973, *Bull. crim.* n° 254 ; Crim. 17 juill. 1974, *Bull. crim.* n° 332 et nos obs. cette *Revue*, 1974.591 ; Crim. 24 mai 1977, *Bull. crim.* n° 186 ; Crim. 22 mars 1988, *Bull. crim.* n° 142 et nos obs. cette *Revue*, 1988.781, n° 2-I), voire même *Gaz de France* (Crim. 23 oct. 1968, *Bull. crim.* n° 264 et nos obs. cette *Revue*, 1969.405) ou des entrepreneurs dont les travaux avaient détérioré les conduites (Crim. 5 févr. 1974, *Bull. crim.* n° 54 et nos obs. cette *Revue*, 1975.700).

Il s'agissait cette fois de la responsabilité des installateurs. Le boulanger M., désirant remplacer le fuel par le gaz pour chauffer son four, avait confié ces travaux à X. qui changea le brûleur, et à Y. qui raccorda l'appareil au réseau de Gaz de France. M. fut retrouvé mort dans son fournil et l'enquête attribua son décès à une asphyxie provoquée par le refoulement de l'oxyde de carbone dont l'évacuation n'était pas assurée. X. et Y. furent poursuivis et condamnés pour homicide involontaire.

Y. prétendait, dans son pourvoi comme devant le juge d'appel, qu'ayant été seulement chargé d'effectuer les branchements son rôle s'était borné à contrôler les tuyauteries posées par ses soins. L'arrêt attaqué avait estimé au contraire qu'en acceptant de délivrer le certificat de conformité pour des travaux auxquels il avait participé il savait, « en sa qualité de professionnel, qu'à défaut de la ventilation précitée n'avaient pas été respectées les règles de sécurité imposées » par l'arrêté ministériel. Il avait donc commis une faute ayant concouru à la réalisation des dommages et son pourvoi a été rejeté, l'appréciation de la cour d'appel ayant été prise souverainement en fonction des éléments de preuve contradictoirement débattus.

## 4. Abandon de famille

Nous avons signalé (cette *Revue*, 1989.745 n° 8) l'arrêt du 29 mai 1989 (*Bull. crim.* n° 217) condamnant pour insolvabilité organisée un époux divorcé qui cherchait es-

sentielle, par cette manoeuvre, à éviter le paiement des pensions dues à son épouse et ses enfants.

a) Dans l'affaire jugée par la cour de Paris le 19 décembre 1989 (*Droit pénal*, juill. 1990, n° 223, obs. Véron), le mari était poursuivi à la fois pour abandon de famille et organisation de son insolvabilité. Il a été relaxé de ce dernier chef, car il n'était pas prouvé qu'il fut propriétaire des oeuvres d'art vendues par sa seconde épouse et dont le prix avait été versé à un intermédiaire, ni qu'il ait eu l'intention de se rendre insolvable pour échapper au versement de la pension alimentaire. Mais il a été condamné du chef d'abandon de famille, n'ayant pu établir qu'il avait été dans « l'impossibilité absolue de payer » cette pension (on sait que l'article 357-2, al. 3 présume que le défaut de paiement est volontaire) ; la cour semble au surplus avoir été impressionnée par le fait qu'il exerçait une activité d'intermédiaire dans les marchés internationaux.

b) Le 1<sup>er</sup> février 1990 (*Bull. crim.* n° 55) la Chambre criminelle a eu à connaître d'une affaire rappelant celle du 29 mai 1989. Le sieur M. avait été relaxé à la suite d'une poursuite pour insolvabilité frauduleuse prévue par la loi du 8 juillet 1983 ajoutant au code pénal un article 404-1. Son but avait de faire échec au paiement de la pension de prestation compensatoire ordonnée à son encontre.

La cour de Limoges avait estimé que l'article 404-1 devait être interprété strictement et ne visait que le patrimoine et non pas « le salaire qui, étant la rémunération d'un travail, ne peut être assimilé à un patrimoine mais constitue un revenu ». En fait le sieur M. avait démissionné de son emploi. Le pourvoi de son ex-épouse, partie civile, a été accueilli. La Chambre criminelle a expressément décidé « que le fait par le débiteur de renoncer volontairement à un emploi rémunéré, ce qui a pour résultat de diminuer l'actif de son patrimoine, entre dans les dispositions de l'article 404-1 du code pénal ».

## 5. Non-représentation d'enfants

### I. — Tribunal compétent

« Le délit prévu par l'article 357 du code pénal est commis *au lieu où doit être accomplie la remise du mineur conformément aux dispositions de la décision de justice dont l'exécution doit être assurée* ; il s'agit, dans les hypothèses où cette décision l'exige, *du lieu spécifique désigné expressément par la juridiction civile*, et non du domicile des personnes ayant le droit de réclamer l'enfant ».

C'est ce que la Chambre criminelle a décidé le 4 janvier 1990 (*Bull. crim.* n° 8, *Gaz. Pal.* 3 juill. 1990, obs. Doucet) dans un arrêt de rejet contre une décision confirmant une décision d'incompétence. Le sieur V. avait déposé une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction de Versailles, où se trouvait son domicile alors qu'il était bénéficiaire d'un droit de visite. Il se plaignait de n'avoir pu exercer ce droit dans deux établissements scolaires de Montpellier où ses filles étaient pensionnaires. Comme une décision civile du 28 novembre 1985 fixait dans cette même ville le lieu de la remise des mineurs, le juge de Versailles était bien incompétent et le pourvoi a été rejeté.

La solution ici adoptée remonte, semble-t-il, à un arrêt du 18 mai 1905 (S. 1905. I. 253) et le problème a été examiné plus récemment dans une chronique du doyen Légal (cette *Revue*, 1967.438, n° 1) à propos d'un arrêt du 27 octobre 1966 (*Bull. crim.* n° 244) également commenté par nous-même un peu plus tard (cette *Revue*, 1967.665, n° 4-II). L'arrêt de 1905 faisait remarquer que le lieu où la remise de l'enfant doit être effectuée pouvait être, suivant le cas, soit le domicile de celui des parents qui a le droit de réclamer l'enfant (c'est sans doute pourquoi, dans la présente espèce, le mari avait saisi le tribunal de son domicile et c'était là d'ailleurs un des moyens du pourvoi), soit tout autre lieu désigné par la décision judiciaire dont il s'agit d'assurer l'exécution.

Soulignons que le doyen Légal ne se prononçait pour le domicile du bénéficiaire du droit de visite que dans l'hypothèse où le tribunal n'aurait rien précisé, ce qui n'était pas le cas de la présente espèce. Dans l'affaire de 1966, la mère titulaire du droit de garde (et de nationalité anglaise) vivait en Ecosse et le jugement civil donnait un droit de visite au père pendant les vacances à condition d'aller le chercher et d'aller le reconduire. L'infraction avait donc été commise par un étranger à l'étranger, et les tribunaux français étaient incompétents. Le seul fait rattachant l'infraction à la France était la décision statuant sur les droits de garde et de visite ; le mari en tirait argument pour soutenir que l'élément matériel de l'infraction était complexe, et qu'il fallait appliquer la règle de l'article 693 du code de procédure pénale ; la Chambre criminelle a estimé au contraire que la décision judiciaire ne constituait qu'une condition préalable et non une circonstance caractérisant un des éléments de l'infraction (V. chron. Légal et Levasseur préc.).

Un arrêt de cassation du 27 novembre 1968 (*Bull. crim.* n° 320) avait décidé, en « chapeau », que l'infraction de non-représentation « est consommée au lieu où doit être effectuée la remise du mineur ». La décision attaquée estimait que l'enfant en question devait être mis à la disposition du père à Montpellier. Or le jugement du 23 novembre 1966, statuant sur le droit de visite attribué à la mère, décidait que celle-ci pourrait voir son fils à Montpellier, et, en outre, le prendre chez elle pendant les vacances « à charge pour le mari d'accompagner l'enfant tant à l'aller qu'au retour ». C'était donc bien au domicile de la mère que le délit avait été commis lorsque l'enfant n'avait pas été remis à son père qui était venu l'y chercher en conformité de la décision civile. Cassant la décision de compétence de la cour d'appel de Montpellier, et annulant la procédure antérieure, la Chambre criminelle avait renvoyé la cause devant le tribunal correctionnel de Corbeil dans le ressort duquel l'infraction avait été commise.

Signalons enfin qu'un arrêt du 16 juillet 1969 (*Bull. crim.* n° 238 et nos obs. cette *Revue*, 1970.101, n° 3) reprenait dans son chapeau la formule de 1905 : « toute personne obligée de représenter un enfant à ceux qui ont le droit de le réclamer doit remplir cette obligation au domicile de ces derniers ou au lieu fixé par la décision judiciaire dont il s'agit d'assurer l'exécution » ; dès lors le délit de non-représentation d'enfant est commis au lieu où doit être accomplie la remise du mineur ». Comme dans l'affaire de 1966 les tribunaux français étaient incompétents car si la décision civile était française, le père tunisien était tenu d'aller prendre l'enfant chez sa mère (en Suisse) et de l'y reconduire, ce qu'il s'était gardé de faire, ayant conservé l'enfant près de lui en Tunisie. Là encore la Cour de cassation estima que l'article 693 du code de procédure pénale était inapplicable. Il résulte clairement de cette décision que la compétence du tribunal du domicile du titulaire du droit de visite ne peut s'appliquer qu'à défaut de fixation d'un autre lieu par la décision civile, ainsi que le soutenait le doyen Légal.

Ce qu'il importe de bien noter, c'est que l'article 357 du code pénal entend sanctionner l'inexécution d'une décision de justice, un « *contempt of court* » ; il faut donc se reporter en premier lieu à la localisation précise opérée par la décision civile pour fixer le lieu où la représentation de l'enfant devait avoir lieu dans le cas de l'espèce ; si aucune précision n'y figure on pourra estimer que le délit a été commis au domicile du bénéficiaire du droit de visite ou de garde.

## II. — Élément moral de l'infraction

L'élément moral du délit de non-représentation implique évidemment la connaissance, par le prévenu, de la décision de la juridiction civile qu'on lui reproche d'avoir bafouée. Il faut ensuite que l'intéressé se soit refusé sciemment et intentionnellement à l'exécution de cette décision.

Les époux C. avaient obtenu le droit de recevoir et héberger leurs petits-enfants ; les parents de ceux-ci, les époux B. firent appel de cette décision et s'opposèrent à son exécution, car ils croyaient, disaient-ils, que leur recours était suspensif. La

Chambre criminelle, le 1<sup>er</sup> février 1990 (*Droit pénal*, juill. 1990, n° 221, non publié au *Bull. crim.*) a approuvé la condamnation dont ils avaient fait l'objet. La prétendue erreur de droit invoquée « ne constitue ni un fait justificatif ni une excuse admise par la loi ». D'autre part toute la procédure suivie démontrait qu'ils avaient bien connaissance de leur obligation de remettre les enfants aux grands-parents, d'autant plus que la décision leur avait été signifiée à personne.

La simple « connaissance légale » de la décision semble en effet être le préliminaire indispensable de l'élément moral (A. Vitu, *Droit pénal spécial*, II, n° 2166, p. 1759 ; Véron, *Droit pénal spécial*, 3<sup>e</sup> éd. p. 277). Il n'est pas nécessaire qu'une sommation ait été faite, ni même qu'une signification de la décision (qui avait d'ailleurs eu lieu dans la présente espèce) soit intervenue (Crim. 6 oct. 1959, *Bull. crim.* n° 407 ; Crim. 4 mai 1961, *Bull. crim.* n° 238). M. Véron estime cependant (*loc. cit.*) que cette situation risque de se modifier, du fait que, en matière d'abandon de famille qui est extrêmement voisine, la Chambre criminelle exige aujourd'hui une notification de la décision qui soit conforme à l'article 503 du nouveau code de procédure civile (Crim. 5 mars 1980, *Bull. crim.* n° 80 et nos obs. cette *Revue*, 1981.90, n° 3-1, exposant la jurisprudence précédente).

### III. — Opposition ou mauvaise volonté des enfants concernés

La Chambre criminelle a rendu le 12 décembre 1989 (*Droit pénal*, avr. 1990, n° 126, *Gaz. Pal.* 3 juill. 1980, obs. Doucet, non publié au *Bull. crim.*) un arrêt conforme à une jurisprudence déjà ancienne (V. nos obs. cette *Revue*, 1976.974, n° 4 ; 1977.339, n° 4 ; 1985.811, n° 5 ; 1986.102, n° 3-a).

La Cour de Metz avait condamné la dame R. en adoptant les motifs des premiers juges, à savoir « qu'il appartient au parent, à qui la garde des enfants a été confiée, d'user de son autorité pour inciter les enfants à suivre le parent bénéficiant du droit de visite, et d'hébergement, afin de lui permettre d'exercer ce droit sans difficulté ». Elle ajoutait d'ailleurs que « le comportement de la prévenue, qui conforte ses enfants dans leur refus de suivre leur père, est de nature à rendre particulièrement pénible ou impossible l'exercice de son droit ».

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi de la prévenue en soulignant qu'il ne résultait de ces énonciations « aucune circonstance exceptionnelle de nature à expliquer la résistance des enfants à l'exercice des droits de visite ». On notera que l'âge des enfants n'était pas mentionné, ce qui n'était pourtant pas sans importance.

La formule utilisée par les juges du fond, et faisant grief au parent récalcitrant de son manque d'autorité parentale, paraît remonter à un arrêt du 17 janvier 1929 et fut reprise une quinzaine de fois par la Chambre criminelle (V. les réf. dans nos obs. cette *Revue*, 1976.974, n° 4) désireuse de réagir contre l'indulgence montrée fréquemment par les juridictions inférieures.

Assez vite cependant (Crim. 12 mai 1954, D. 1955, note Bouzat, J.C.P. 1954. II. 8226, note Vitu) la Cour de cassation réservait l'existence de « circonstances exceptionnelles » susceptibles de faire disparaître l'élément moral de l'infraction. Il fallut attendre un arrêt du 23 janvier 1968 (nos obs. cette *Revue*, 1968.635) pour que la Chambre criminelle admette qu'une espèce présentait bien cette caractéristique ; d'autres décisions (Crim. 14 mars 1972, nos obs. cette *Revue*, 1973.103, n° 3-b ; Crim. 28 nov. 1973, *Bull. crim.* n° 444) suivirent dans le même sens. Cependant le 21 février 1973 (*Bull. crim.* n° 92 et nos obs. cette *Revue*, 1974.103) la Cour de cassation manifestait qu'elle n'entendait pas se départir de sa rigueur, et a reproché à la mère de n'avoir rien fait pour vaincre la résistance de ses fils ; on notera qu'en la présente espèce la mère semblait avoir même appuyé activement la résistance de ses enfants.

Sur ce problème qui n'a guère perdu de son acuité en dépit de l'évolution des mœurs, on consultera, outre nos observations précitées : Vitu (*op. cit.* II, n° 2167 et les notes) ; Vouin (*op. cit.* 6<sup>e</sup> éd. par Mme M.-L. Rassat, n° 280-2<sup>e</sup>-b, p. 410 et s.) ; Véron (*op. cit.* 3<sup>e</sup> éd. p. 277).

Les observations de M. Doucet rappellent que la jurisprudence a parfois admis que le parent poursuivi avait pu agir sous l'empire d'une contrainte morale. L'auteur cite : Dijon, 19 déc. 1984 (*Gaz. Pal.* 1985. 1. 256, note Doucet et nos obs. cette *Revue*, 1985.811, n° 5) ; Agen, 22 mai 1985 (*Gaz. Pal.* 1985. 2. 587, note Doucet, nos obs. cette *Revue*, 1986.102 a et obs. Vitu, cette *Revue*, 1986.87). Ajoutons : Lyon, 19 déc. 1984 (*Gaz. Pal.* 1985. 1. 256 et la note).

## 6. Tapage nocturne

Cette rubrique peut paraître secondaire, eu égard au flot de la criminalité, et elle est apparue rarement dans cette chronique (V. cependant cette *Revue*, 1975.706, n° 3).

La décision rendue le 17 janvier 1990 (*Bull. crim.* n° 30, *Droit pénal*, juill. 1990, n° 224) par la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît cependant devoir être signalée ici, en particulier à l'issue d'un été dont la sécheresse a créé de graves problèmes à l'agriculture. Divers cultivateurs, pour procéder à l'arrosage de leurs terres, utilisaient une motopompe, laquelle fonctionnait essentiellement la nuit (on sait que l'arrosage est déconseillé au moment où le soleil brille). Des plaintes furent formulées par les habitants d'immeubles voisins, en particulier une famille dont les jeunes enfants voyaient leur sommeil perturbé. Le tribunal de police avait condamné les prévenus. Dans le pourvoi en cassation qu'ils formulèrent, ceux-ci faisaient valoir qu'on ne pouvait incriminer le bruit résultant des travaux de certaines professions, dès lors que ces travaux sont exécutés dans des conditions normales : ils invoquaient ainsi implicitement une sorte de permission de la loi entendue dans un sens particulièrement large. Ils en concluaient que les motopompes étant indispensables à l'arrosage de leurs récoltes, le bruit qu'elles provoquaient ne pouvait donner lieu à des poursuites. C'était donc à la fois l'élément matériel et l'élément moral de la contravention qui se trouvaient en cause.

La Chambre criminelle a estimé pourtant que ces deux éléments étaient réalisés. D'une part les faits étaient établis par un constat d'huissier ainsi que par les attestations de voisins de la victime, et les prévenus eux-mêmes avaient reconnu « avoir utilisé » des motopompes bruyantes en juillet et août 1988. D'autre part les agriculteurs avaient été avertis par la victime du trouble causé et n'avaient pris « aucune mesure telle que la pose d'isolants autour des moteurs » pour réduire ce trouble. Le fait que les motopompes avaient « été mises en fonctionnement en dehors des heures d'apparition du soleil » établissait le caractère nocturne du tapage incriminé (c'est l'occasion de relire « Nocturne » du doyen Carbonnier, *Mélanges Levy-Bruhl*, p. 345).

La Chambre criminelle a affirmé que « même en l'absence de toute volonté de nuire, et même si des bruits peuvent résulter de l'exercice d'une profession, la contravention de tapage nocturne est caractérisée dès lors que le prévenu a eu conscience du trouble causé au voisinage par l'installation dont il était responsable et n'a pris aucune mesure pour y remédier ».

Cette formule figurait déjà dans un arrêt du 19 novembre 1985 (*Bull. crim.* n° 361) où il s'agissait du fonctionnement d'un concasseur mal isolé dans une usine de fabrication de plâtre et de ciment.

Ne touchons-nous pas ici à la face répressive du délicat problème des obligations de voisinage cher aux civilistes, et au difficile équilibre à réaliser pour la protection des intérêts individuels et collectifs dans une société en évolution ? (Sur le tapage nocturne à l'intérieur d'un immeuble et la gêne qu'il cause à certains de ses occupants, V. *Crim.* 4 févr. 1970, *Bull. crim.* n° 50). La jurisprudence insiste à bon droit sur le souci que doit avoir l'exploitant d'une industrie, même non réglementée, d'infliger à ses concitoyens la gêne la plus minime à supposer qu'elle soit inévitable. Jusqu'où l'Etat peut-il prohiber totalement une telle gêne ? Ici les valeurs sociales protégées peuvent entrer en conflit, et il appartient alors au législateur seul de faire un choix en fonction des nécessités du moment (y compris les nécessités économiques).

## IV. – INFRACTIONS CONTRE LES BIENS

Pierre BOUZAT

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

### 1. *Escroquerie. Abus de confiance.*

M. C. avait été salarié de la Compagnie d'assurances Eagle Star jusqu'à ce que cette compagnie résilie son contrat, le 2 février 1988. Quelle était la qualité exacte de M. C. au sein de la compagnie ? Le jugement du tribunal de Saint-Malo du 2 février 1990 (inédit) n'est pas très clair sur ce point ; il ne semble pas prouvé que la compagnie d'assurances ait véritablement donné un mandat de démarcheur à M. C. Quoi qu'il en soit, M. C. avait, dans les années précédant la rupture du contrat, fait souscrire un certain nombre de contrats d'assurances en bonne et due forme ; mais, la compagnie ne voyait jamais ces contrats lui arriver et encore moins les primes que M. C. avait encaissées. Elles étaient pourtant importantes : pour près de 40 000 F. Après la rupture du contrat, M. C. continua à faire souscrire des polices d'assurance et les primes arrivèrent encore moins que les précédentes dans les caisses de la compagnie.

M. C., inculpé d'escroquerie, a été condamné à un an de prison. Les faits étant prouvés et reconnus, la condamnation était certaine. Mais est-ce que la qualification d'escroquerie était exacte pour tous les faits ? Indiscutablement, pour les faits postérieurs à la rupture du contrat, il y avait usage de fausse qualité. Pour les faits antérieurs, il y avait escroquerie si M. C. n'avait pas la qualité de démarcheur attribuée par la société, mais, s'il l'avait, il y aurait plutôt eu abus de confiance, à notre sens. On peut d'autant plus en discuter que M. C. n'avait jamais été inscrit au registre des métiers. Mais, en tout cas, le tribunal n'a pas fait dans le détail et a prononcé condamnation pour escroquerie en bloc. Après tout !

Curieusement dans cette affaire : aucune des victimes ne s'était portée partie civile, à la seule exception de la compagnie d'assurances qui réclamait le franc symbolique pour le préjudice commercial et moral. La défense avait fait habilement état de la négligence de la société d'assurance qui avait donné du matériel de prospection à M. C. sur sa bonne mine sans demander quels étaient ses antécédents et ne s'était pas inquiétée de savoir s'il était en règle avec le registre des métiers ; or, il ne l'était pas. Décidément, il y a beaucoup de laxisme dans le monde des affaires, le petit comme le grand ! Le tribunal, s'il n'a pas suivi la défense qui demandait l'acquiescement, a tout de même été sensible à ses arguments et a accordé le sursis pour la moitié de la peine d'un an de prison.

### 2. *Crédit-bail immobilier. Escroquerie. Abus de confiance.*

Le crédit-bail immobilier est une institution qui, si elle est utile, comporte des risques au point de vue sécurité, pour le crédit-bailleur comme pour le fournisseur propriétaire de la chose. C'est ce que montre un arrêt de la cour de Nancy du 26 septembre 1989 (*Gaz. Pal.* 17-19 déc. 1989, somm. de jurispr. p. 17, note E.-M. Bey).

a) Une première situation était simple : le crédit-preneur n'avait pas restitué au propriétaire fournisseur l'équipement fourni bien qu'il ait été livré, ainsi que l'attestait le procès-verbal de livraison. Il y avait abus de confiance.



b) La deuxième situation était un peu compliquée : il s'était produit (cela arrive assez rarement) des manoeuvres frauduleuses pour escroquer le crédit-bailleur (généralement, il s'agit d'un procès-verbal fictif ou de complaisance). La cour de Nancy décide que le défaut de restitution par le crédit-preneur de l'équipement crédit-baillé prétendument non livré alors qu'il a fait l'objet d'un procès-verbal de livraison signé par le locataire constitue une escroquerie, lorsqu'il y a eu montage d'un scénario destiné à amener le propriétaire-bailleur à payer, au vu de cette pièce, le prix d'une chose inexistante. M. Bey fait très justement remarquer dans sa note l'utilité et la fonction du procès-verbal de livraison de l'équipement crédit-baillé, qu'on appelle aussi procès-verbal de réception.

### 3. Escroquerie. Faux et usage de faux. Peine complémentaire de publication des décisions.

Deux mots seulement (parce qu'il s'agit avant tout d'une question de droit pénal général) sur un arrêt de la Chambre criminelle, du 12 juin 1989 (inédit), qui rappelle, après bien d'autres, comme nous l'avons souvent signalé dans cette chronique, que trop de juridictions prononcent des peines complémentaires qui ne sont pas prévues par la loi. C'est ainsi que la cour de Douai, le 19 janvier 1989, « après avoir déclaré B. W. coupable des délits d'escroquerie, de faux et d'usage de faux, et l'avoir condamné de ces chefs à trois mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à 30 000 F d'amende, avait ordonné, à titre de peine complémentaire, l'insertion de son arrêt dans un journal local, aux frais du condamné ». La Cour suprême n'a eu qu'à déclarer simplement : « les juges du second degré ne pouvaient, sur l'action publique, prononcer une mesure de publication qui n'est pas prévue par les textes sanctionnant les délits d'escroquerie, de faux et d'usage de faux ».

### 4. Usure. Abus de confiance.

#### a) Usure.

Nous avons souvent exposé dans cette chronique (V. cette *Revue*, 1977.109, 599, 826 et 1990), que la jurisprudence était sévère pour les prêteurs en décidant notamment que, pour la détermination du taux effectif global du prêt comme pour celle du taux effectif pris comme référence, doivent être ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus, de quelque manière que ce soit, dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels. Sévérité parfaitement justifiée car les prêteurs cherchent toujours à utiliser des combinaisons permettant de tourner la loi, notamment en ce qui concerne l'évaluation des frais, commissions ou rémunérations de toute nature.

Un arrêt de la cour de Dijon du 23 novembre 1989 confirmant sur le fond un jugement du tribunal correctionnel de Chalon-sur-Saône du 21 avril 1989 (J.C.P. 1990. II. 21497, note Yves Husset) se conforme à cette sévérité. On lira les détails de l'affaire dans la note très complète de M. Husset. Rapportons simplement que M. C. qui depuis 1982 exploitait un cabinet de gestion de dettes et de recouvrement de créances orienta son activité, à partir de 1983, vers le prêt de capitaux, son rôle consistant à mettre en relation des clients ayant des difficultés financières importantes avec des personnes qui possédaient des capitaux à placer. Les juges ont noté que, « toutes les transactions étant réalisées en espèces avec rédaction d'une simple reconnaissance de dette comportant le montant de la somme à rembourser, les modalités de paiement, à l'exclusion de la somme prêtée, des intérêts au taux effectif global et des frais du dossier », « que c'est C. qui fixait le taux des remboursements, particulièrement élevé pour attirer une clientèle de prêteurs peu scrupuleux et de plus soucieux

d'échapper au fisc, et facilement accepté par une clientèle d'emprunteurs aux abois et méconnaissant les mécanismes bancaires ; qu'il n'avait pas hésité à utiliser les fonds dont il disposait pour pratiquer à son profit des taux usuraires ». Ils ont jugé « que la quasi-totalité des prêts devaient être considérés comme usuraires, dès lors qu'ils excédaient de plus de 25 % le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent la date du prêt par les banques ».

Les faits reprochés avaient été commis principalement en 1983. Depuis, le dispositif légal de l'usure a été réformé par la loi du 31 décembre 1989 dite loi Neiertz relative au surendettement des ménages et mise en application le 1<sup>er</sup> mars 1990. Cette réforme a d'ailleurs suscité des critiques touchant au calcul du taux effectif global d'intérêt (T.E.G.) (V. note Husset).

#### b) Abus de confiance

C. n'était pas seulement un usurier, mais pratiquait aussi l'abus de confiance. Les juges ont constaté que dans le cadre de son activité de gestion de dettes, C. avait retenu des sommes d'argent qui lui avaient été remises en vue d'en faire un usage déterminé ; qu'ainsi D. se voyait saisir son véhicule automobile par la société de leasing qui n'était pas remboursée alors qu'il avait versé des échéances entre les mains de C. ; qu'ainsi M. B. remettait à C. une somme de 45 000 F à charge pour lui de la remettre à son père ; que néanmoins celui-ci ne reçut jamais l'argent, que C. avait dû, sous la menace, remettre à un autre prêteur pour honorer une échéance. Ils ont décidé justement que le délit d'abus de confiance était caractérisé.

On notera que de trop nombreux gestionnaires de dettes avaient commis des abus de confiance semblables à ceux de M. C. La pente était bien glissante en la matière ! Aussi le Conseil national de la consommation avait demandé l'interdiction de l'activité de gestion de dettes. Ce qui a été fait par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1986. On notera enfin que l'arrêt de Dijon, réformant sur les pénalités, a élevé la peine de dix-huit mois de prison dont treize avec sursis à vingt-quatre mois, mais assortis d'un sursis total (avec mise à l'épreuve, il est vrai). Ce n'est pas cher !

### 5. Interdiction bancaire d'émettre des chèques.

On sait que, d'après l'article 65-4 du décret-loi du 30 octobre 1935 modifié par la loi du 3 janvier 1975, l'injonction faite aux banques de ne plus permettre à leurs clients d'émettre des chèques s'adresse non seulement au client coupable, mais aussi aux cotitulaires du compte s'il s'agit d'un compte collectif, à la fois pour ce compte et pour les autres comptes bancaires dont ils pourraient être individuellement titulaires (V. Merle et Vitu, *Droit pénal spécial*, Ed. Cujas, 1982, n° 730, p. 586). Interprétant largement ce texte, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 9 octobre 1989 (*Gaz. Pal.* 20-22 mai 1990, chron. de droit criminel avec le concours du professeur J.-P. Doucet, p. 17), a décidé que cette interdiction « empêche le représentant d'une personne morale, qui en est frappé, d'émettre, tant en qualité de mandataire social qu'à titre personnel, des chèques autres que ceux qui sont certifiés ou qui permettent de retirer des fonds auprès du tiré ».

La cour de Riom dont l'arrêt du 28 décembre 1988 a été cassé avait, « pour relaxer le prévenu du chef de complicité de banqueroute par détournement d'actif, énoncé notamment que ce banquier n'avait nullement excédé les pratiques professionnelles usuelles en vigueur laissant son client user d'un compte personnel dans la mesure où l'interdiction bancaire ne frappait que le compte de la société dont celui-ci était le mandataire, les deux comptes étant ouverts dans la même agence ».

L'interprétation de la Chambre criminelle paraît plus conforme à l'esprit de la loi de 1975 que celle de la cour de Riom.

## 6. *Marques. Usage sans autorisation.*

Nous avons eu maintes fois l'occasion dans de récentes chroniques (V. cette *Revue*, 1989.749 et 750 et 1990, n° 3) de signaler que la jurisprudence hésite sur l'interprétation de l'article 422-2° : il y a des interprétations sévères et d'autres plus modérées. C'est ce que montre à nouveau un arrêt de la cour de Colmar du 3 février 1988 et un arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 1990 (le second cassant le premier) (D. 1990. I.R. 77).

L'article 422-20 punit ceux qui auront fait usage d'une marque sans autorisation de l'intéressé. La question se pose de savoir à quel moment est constituée l'absence d'autorisation et comment elle doit être prouvée. L'arrêt de la Cour suprême ici relevé opte pour l'interprétation la plus sévère. Il déclare : « le délit d'usage d'une marque sans autorisation prévu par l'article 422, 2° du code pénal est constitué dès l'instant où son auteur ne peut justifier de l'autorisation du titulaire de la marque, l'absence de celle-ci impliquant, sauf preuve contraire, l'intention coupable du prévenu ». On peut estimer à la lecture de cette décision qu'il y a une sorte de présomption de l'intention coupable !

La cour de Colmar avait opté pour l'indulgence : « pour relaxer des prévenus poursuivis du chef d'usage d'une marque sans autorisation de l'intéressé, après avoir relevé que les prévenus n'avaient pas été autorisés à faire usage de la marque litigieuse dans des dépliants publicitaires personnalisés diffusés par la voie postale et sous la forme d'un pseudo article de presse d'un journal dont le titre constitue une marque déposée, relatant la remise, aux destinataires de chacun de ses envois, du premier prix d'un concours organisé par les prévenus, la cour de Colmar avait retenu que la réalisation du délit suppose la réunion d'un fait matériel, utilisation concrète d'une marque régulièrement déposée et d'une intention délictuelle, celle de profiter, d'une manière quelconque, du crédit attaché à ladite marque, tirée de la volonté de l'usager soit de détourner une partie de la clientèle attachée à la marque protégée, soit de pratiquer une forme de parasitisme commercial en profitant de manière frauduleuse du crédit attaché à la marque ». A la vérité, la formule de la cour de Colmar ne donne pas une solution nette car si elle s'étend longuement sur le contenu de l'intention délictuelle, elle ne dit pas à quel moment celle-ci doit être constituée et comment elle doit être prouvée.

## V. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE FINANCIER

Jean COSSON

*Conseiller honoraire à la Cour de cassation*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Infractions contre l'ordre financier » dans ce numéro. Ils la trouveront dans le prochain numéro.

## VI. – INFRACTIONS CONTRE L'ORDRE ÉCONOMIQUE

Jean-Claude FOURGOUX

*Avocat à la cour d'appel de Paris*

### *Banqueroute. Relaxe. Requalification en infraction fiscale (non)*

On peut être surpris de voir un procureur général former un pourvoi contre un arrêt qui, relaxant un prévenu du chef de banqueroute pour tenue irrégulière de comptabilité, a refusé de requalifier en infraction fiscale d'omission de passation d'écritures (infraction à l'art. 1743 1<sup>er</sup> c. gén. imp.), faute de plainte préalable de l'Administration.

La Chambre criminelle rejette le pourvoi (16 oct. 1989, *procureur général Douai*, inédit).

Cette procédure, du fait de la personnalité du demandeur, révèle un déviationnisme inquiétant contre lequel la Cour de cassation a dû s'élever à plusieurs reprises.

Il n'est pas rare que les moyens d'enquête et de vérification exceptionnels prévus par un texte économique, comme les ordonnances de 1945 ou celle du 1<sup>er</sup> décembre 1986, soient utilisés artificiellement pour servir à la recherche d'infractions de nature fiscale.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 1983 (J.C.P. 1984. *Ed. G.* 20160 et la note de R. Drago et A. Decocq) avait été amené à annuler l'article 89 de la loi des finances pour 1984 relatif à la recherche d'infractions en matière d'impôt sur le revenu et de taxe sur le chiffre d'affaires en relevant que « pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celle de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de cet article auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive ».

La Cour de cassation considérait déjà comme un détournement de procédure l'utilisation des règles propres à la législation économique pour rechercher des infractions autres (par ex. Crim. 17 déc. 1974, J.C.P. 1975. *Ed. G.* 18154, note H. Guerin). Elle en a fait à plusieurs reprises l'application.

Il est bon que la Cour suprême ait mis obstacle maintenant à ce qu'une procédure de droit commun avortée serve de prétexte à condamnation pour fraude fiscale sans les garanties rigoureuses prévues par les textes spécifiques dans la phase de recherche de la preuve.

### *Concurrence. Saisine du Conseil. Prescription. Actes interruptifs. Plaintes antérieures à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*

Le Conseil de la concurrence ne peut connaître des faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation et leur sanction (Ord. du 1<sup>er</sup> déc. 1986, art. 27).

La réforme des ordonnances de 1945 et la dépénalisation qui l'accompagnait ont eu pour effet de faire disparaître certaines qualifications pénales.

Cependant la 1<sup>re</sup> chambre, Section concurrence, de la cour de Paris a jugé le 27 septembre 1990 (aff. *Lubrifiants du Midi c/ Total et autres*, BOCC 11 oct. 1990) que, des plaintes dénonçant des faits, de nature à constituer des infractions pénales, aux juridictions répressives de la même manière qu'une lettre saisissant la Commission de

la concurrence, sont des actes interruptifs à condition que, dépénalisés, les faits soient susceptibles d'être examinés par le Conseil, c'est-à-dire qu'ils entrent dans les prévisions des articles 7 à 10 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique).

C'est ainsi qu'une plainte reprochant à une compagnie pétrolière une entente avec un distributeur sera prise en considération dans une procédure devant le Conseil tendant à faire sanctionner ces faits considérés comme continus.

Il n'en est pas de même d'une plainte pour refus de vente et pratiques discriminatoires, pratiques individuelles qui ne sont plus de la compétence du Conseil.

Grâce à une telle analyse, la cour de Paris a pu considérer que dans le cadre de la compétence du Conseil, découlant des articles 7 à 10 de l'ordonnance, l'examen de faits dénoncés à partir de 1982 pouvait être poursuivi bien que la saisine du Conseil soit de 1987.

Une pratique d'entente peut, suivant le cas, être ponctuelle ou continue notamment s'il s'agit d'un accord qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence qui n'a pas été dénoncé et qui est toujours en vigueur.

### *Concurrence. Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Article 48. Conditions d'autorisation des visites et perquisitions*

La Cour de cassation continue de veiller avec une grande rigueur à l'utilisation de la procédure d'enquête dite lourde de l'article 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 en examinant les conditions dans lesquelles sont demandées et accordées les autorisations judiciaires.

Le 12 décembre 1989 (PA 24 sept. 1990) la Chambre criminelle cassait sans renvoi une ordonnance qui avait autorisé les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à effectuer des visites et des saisies de documents sans constater que la demande d'autorisation qui lui était soumise était présentée dans le cadre d'une enquête demandée soit par le ministre chargé de l'Economie, soit par la Conseil de la concurrence.

Le même moyen était retenu dans un arrêt rendu le 19 décembre 1989. Dans cette seconde affaire (PA 24 sept. 1990) la Chambre criminelle reprochait au président du tribunal de s'être contenté, pour donner son autorisation, de retenir seulement que les informations fournies laissent présumer que les entreprises visées se livraient à des pratiques anticoncurrentielles, ce qui ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler si le bien fondé de la demande a été vérifié.

Cette jurisprudence va dans le sens de la chaîne d'arrêt (Ch. mixte, 15 déc. 1988, *Gaz. Pal.* 1989. 1. 223, concl. Jeol, note J.-P. Doucet ; A. Viala, « Le point sur les visites domiciliaires. Perquisition en matière fiscale et en droit de la concurrence », *Gaz. Pal.* 1989. 1. Doctr. 122 ; notre étude « Concurrence : ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, article 48, visites et saisies, conditions d'autorisation », *Gaz. Pal.* 1989. 1. Doctr. 127 ; nos obs. cette *Revue*, 1989.333) qui a sévèrement rappelé les juges sous l'influence du premier président de la Cour de cassation, à leur devoir de contrôle *in concreto* des demandes de l'Administration, ce qui est dans l'esprit de l'arrêt du Conseil constitutionnel précité.

On voit en filigrane s'inscrire sans cesse le souci d'assurer le respect des droits de l'homme particulièrement fragiles et menacés dans des procédures administratives exceptionnelles.

### *Infraction économique. Revente à perte. Hypermarchés. Directeurs. Délégation d'autorité. Exonération (non)*

Le directeur d'un hypermarché était poursuivi en raison de pratiques de vente à perte à l'époque réprimées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 juillet 1963, modifiée par l'article 32 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, article 32.

Il se prévalait d'une délégation d'autorité au chef du département des produits de grande consommation.

La cour d'appel de Lyon, en le condamnant à une amende de principe, dans un arrêt en date du 18 octobre 1989, avait retenu que « la politique des prix conduite par une grande surface, le calcul des prix de vente et leur alignement sur la concurrence, relèvent de la responsabilité de son directeur et font partie intégrante de ses prérogatives sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la délégation de pouvoir invoquée ».

La Chambre criminelle, dans un arrêt du 17 juillet 1990 (inédit), rejette le pourvoi en décidant que, s'il est vrai que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui fixe les conditions de constatation, de poursuite et de répression des infractions à la loi du 2 juillet 1963, n'édicte aucune présomption de responsabilité contre le dirigeant de l'entreprise où les pratiques illicites sont constatées, ce dernier ne saurait s'exonérer en invoquant une délégation de pouvoir dès lors que la fixation des prix de revente incriminés relève des fonctions de direction qu'il assume personnellement.

La distinction entre la présomption de responsabilité et le refus de tenir compte d'une délégation d'autorité en raison des fonctions de direction du déléguant ou de sa mission de chef d'entreprise est purement artificielle et parfaitement déroutante (V. par ex. en matière de publicité mensongère, nos obs. cette *Revue*, 1988.809 et les renvois).

Si le cadre sub-déléguant ou le chef d'entreprise est retenu comme responsable malgré la délégation, du seul fait que sa fonction ne lui permettait pas de déléguer sans qu'il soit établi qu'il ait eu connaissance ou qu'il ait participé aux actes délictueux, s'il est condamné en raison de ses prérogatives (*sic*), ne s'agit-il pas d'une présomption ou plus d'une responsabilité du fait d'autrui inexorable ?

La question fort ancienne, dont l'importance a pris de l'acuité en raison notamment du développement de la taille des entreprises et de la nécessité de spécialiser en déléguant — forcément ! — les responsabilités pour une efficacité meilleure, n'en est pas résolue pour autant.

En réalité, c'est au coup par coup que les tribunaux devront rechercher, en se fondant sur les éléments plus techniques ou économiques que juridiques, si véritablement le déléguant a ou n'a pas conservé la charge du respect de la réglementation sur laquelle il devait veiller.

Dans le cas d'une grande surface dépendant d'une entreprise exploitant plusieurs magasins c'est souvent le directeur qui assume la charge de la responsabilité du respect de toutes les réglementations.

Il se trouve lui-même ainsi délégataire mais ne peut-il à son tour sensibiliser, par une délégation, les chefs de rayon ou de département sous ses ordres, qui sont plus aptes à surveiller sur le terrain l'application des exigences réglementaires ?

Quand on connaît le nombre de références de produits mis en vente dans un hypermarché (par milliers ou dizaines de milliers), on se demande comment le directeur peut répondre sans déléguer de la vérification de toutes les mentions sur les étiquettes comme des prix pratiqués.

Par contre, il est évident qu'il serait responsable, ne serait-ce que pour ne pas s'être informé, si le grief de revente à perte portait sur la majorité des produits faisant l'objet d'une promotion assortie d'une publicité propre au magasin.

Un philosophe politique disait qu'il faut plier les faits aux mythes et non l'inverse. De grâce ne condamnez pas sur des mythes mais sur des faits sinon nous allons nous retrouver avec une jurisprudence « mythée » !

## VII. — INFRACTIONS CONTRE LA QUALITE DE LA VIE : ENVIRONNEMENT

Jacques-Henri ROBERT

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

La personne à qui a été délivrée une autorisation administrative de rejet d'effluents dans un cours d'eau, en application soit de la loi sur la police des eaux (loi du 16 déc. 1964) soit de celle relative aux installations classées (loi du 19 juill. 1976), jouit-elle d'une cause d'exonération si, en ayant observé les conditions de cet acte, elle pollue la rivière de la manière que prohibe l'article L. 232-2 du code rural (ancien art. 407 et plus anciennement encore 434-1) ?

La question est difficile mais non pas nouvelle et elle a déjà reçu dans le passé une réponse judiciaire : c'est non, car l'incrimination du code rural est indépendante des lois de police (Crim. 26 juin 1956, *Bull. crim.* n° 489 ; Crim. 11 avr. 1970, D. 1972. 113, note Despax ; Rouen, 21 oct. 1982, *RJF*, 1983.151, note Y. Reinhard, J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, Paris, Masson, 1983, n° 195). La solution appartient au droit pénal général car on enseigne que, sauf disposition légale expresse, l'administration ne saurait autoriser les citoyens à violer la loi, norme supérieure à ses règlements (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, t. 1, 6<sup>e</sup> éd., 1988, n° 438 ; W. Jeandidier, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1988, n° 255 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, n° 830). Mais quelques décisions juridictionnelles ont ébranlé la foi que l'on portait naguère à ces maximes : la Chambre criminelle a, par deux fois, admis que le classement « X » accordé à un film cinématographique en justifiait le caractère pornographique, ordinairement incriminé par les articles 283 et R. 38, 9<sup>e</sup> du code pénal (Crim. 25 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 37 ; J.C.P. 1979. II. 19143 ; cette *Revue*, 1979. 832, obs. Levasseur ; Crim. 6 mai 1986, *Bull. crim.* n° 152 D. 1987, Somm. 150, obs. Colombet). Et, pour ce qui concerne le droit de l'environnement, un arrêt un peu sibyllin n'interdisait pas de penser que l'autorisation administrative de déverser des déchets dans la mer pouvait justifier la pollution de ce milieu (Crim. 13 févr. 1986, *Bull. crim.* n° 59 ; cette *Revue*, 1986.877 et nos obs.).

La Chambre criminelle s'est à nouveau frottée à la question, mais à propos cette fois de la pollution des rivières, en rendant son arrêt du 15 mars 1988 (*Rev. jur. env.* 1988. 479 ; code permanent environnement et nuisances, *Bulletin* 1989, n° 125 § 208). L'exploitant d'une tannerie, installation classée soumise à autorisation, avait été condamné par la cour d'appel de Nîmes pour pollution de rivière. Il forma un pourvoi dont le principal argument était ainsi formulé. « Dans ses conclusions demeurées sans réponse, Mercier (le prévenu) avait fait valoir qu'il avait fait fonctionner les installations de dépollution suivant les indications, normes et seuils définis par l'Administration pour un débit minimum de 500 litres/seconde et que les faits qui lui étaient reprochés s'étaient produits au cours d'une période aiguë de sécheresse, laquelle constituait un cas de force majeure de nature à faire disparaître l'infraction qui lui était reprochée ; faute de s'être expliquée sur ce moyen péremptoire des conclusions, la cour d'appel n'a pas légalement justifié la déclaration de culpabilité ». L'usiner avait aussi allégué que les pompages massifs de l'EDF et d'une collectivité locale avaient ajouté leurs effets à ceux de la sécheresse et contribué à la « force majeure » invoquée par lui comme moyen de défense. Aux conclusions ainsi articulées, la cour d'appel (Nîmes, 14 mai 1987) avait seulement répondu que le délit était purement

matériel et son arrêt fut cassé pour le motif suivant : « d'une part selon l'article 64 du code pénal il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ; cette disposition est générale et s'applique quelle que soit la nature de l'infraction ; d'autre part, les juges doivent répondre aux chefs péremptoires des conclusions dont ils sont saisis ».

Cette décision contribue à traiter, sans le résoudre tout de go, le problème de l'effet exonératoire des autorisations administratives. En effet, si le prévenu s'était borné à alléguer seulement la sécheresse et les prélèvements des autres usagers de l'eau, son pourvoi n'aurait pas eu le même succès car, à supposer ces circonstances établies, elles ne constituent pas un état de contrainte qui autorise quiconque à polluer la rivière dans son étiage. Si l'argumentation de l'exploitant de l'usine a pu prospérer c'est parce qu'il avait, ordinairement, le droit de déverser certains effluents dans la rivière, lesquels ne nuisaient pas au poisson quand le débit était normal ou au moins supérieur à celui prévu par l'administration. La cassation ne peut donc se comprendre que par la considération de l'autorisation administrative. Reste à découvrir en quoi elle contribue à la solution de la question dont il s'agit.

L'autorisation est une des modalités de l'exercice d'une police administrative. Elle est instituée quand une activité donnée présente certains dangers mais ne mérite pas pour autant d'être interdite : toute personne qui désire l'entreprendre n'a pas le droit d'apprécier elle-même le risque que son projet comporte et doit confier le choix de ce pronostic à l'administration, laquelle refuse ou délivre l'autorisation en l'assortissant ou non de conditions à respecter par le pétitionnaire. Ainsi faut-il une autorisation pour lâcher dans l'atmosphère des effluents radioactifs de manière à ne pas compromettre la santé des riverains ; un permis de construire pour édifier une maison, de telle sorte qu'on évite l'anarchie urbaine ; et évidemment une autorisation pour exploiter une installation réglementairement classée dont on redoute des nuisances écologiques, etc.

Ce raisonnement du droit administratif doit être rapproché de la structure d'un certain type d'infractions pénales : celles dont l'élément matériel comprend d'une part un comportement de l'agent et d'autre part un dommage engendré par ce comportement, par exemple l'homicide involontaire ou, justement, la pollution d'eau ; l'agent entreprend une activité à risque, par exemple tirer un coup de feu ou déverser une substance toxique, un dommage en résulte et le juge pénal doit apprécier le lien entre l'un et l'autre des événements. Il le fait en se plaçant rétroactivement à la place du prévenu et en se demandant quelle était, au moment où celui-ci a agi, la probabilité que le dommage se réalise : si elle était nulle, c'est qu'un événement extérieur imprévisible est intervenu dans la chaîne des causalités et a faussé le pronostic formé par le prévenu ; cette situation est celle de la « force majeure » que le droit pénal reçoit sous le nom de « contrainte » (sur ce problème de vocabulaire, cf. M.-L. Rassat, *J.-Cl. Pénal*, art. 64-65, n° 67).

Or, c'est précisément dans le pronostic d'un éventuel dommage que s'immisce l'administration quand elle délivre une autorisation : elle décide d'avance que l'activité projetée par le pétitionnaire ne mettra pas en péril l'intérêt protégé par l'incrimination, si elle est conduite sous certaines conditions. Il s'agit de savoir si ce pronostic administratif obligatoire est ou non exonératoire du point de vue pénal.

A cette question, il n'y a pas de réponse unique. En délivrant un permis de conduire ou en homologuant un modèle d'automobile, l'administration ne justifie pas d'avance les accidents que causeront le conducteur et son véhicule : elle décide seulement qu'ils ne présentent pas de dangers insupportables. Mais en établissant un plan de chasse au grand gibier, elle garantit aux chasseurs qu'ils ne pourront pas être condamnés pour mauvais traitements à animaux ou chasse sur le terrain d'autrui, s'ils ont respecté les lois, les règlements, le plan et les usages de leur sport ; plus radicalement encore, un permis de construire est un bouclier efficace contre les condamnations pénales pour violation des règles de l'urbanisme, puisque la déclaration de

culpabilité est subordonnée à l'annulation préalable de cette autorisation (art. L. 480-13 c. urb.).

Ainsi, l'autorisation administrative insérée de la manière qu'on a dite dans la structure d'une infraction, a des effets pénaux variables. Quel est cet effet dans le cas considéré de la pollution d'eau résultant de rejets conformes aux prescriptions de l'autorité ? La réponse de l'arrêt commenté est celle-ci : le prévenu n'est pas automatiquement exonéré de sa responsabilité pénale, mais l'autorisation doit être prise en compte par le juge pénal pour qu'il apprécie si le prévenu s'est ou non trouvé soumis à un état de contrainte.

Explicitons : le pronostic administratif est qu'il n'y aura pas de dommage causé au poisson, par le déversement autorisé, défini par ses caractéristiques physiques et si ce pronostic se révèle faux à raison de circonstances que le prévenu ne pouvait ni prévoir ni empêcher, alors le délit de l'article L. 232-2 du code rural n'est pas consommé. L'hypothèse se réalise quand, par exemple, le débit d'une modeste rivière vient à diminuer en quelques instants parce qu'en amont, une vanne a été fermée ou qu'un pompage massif a été opéré, ce que justement le prévenu alléguait dans l'espèce étudiée. L'effet de l'autorisation est modeste, mais non point nul car un rejet occasionnel, opéré dans les mêmes circonstances, par exemple, par un camionneur non autorisé, resterait coupable malgré la réduction du débit de l'eau.

Ce raisonnement suppose bien établie une particularité de l'incrimination de l'article L. 232-2 : le déversement d'une substance toxique n'est pas en soi punissable si le poisson n'en est pas incommodé. L'arrêt commenté contient d'ailleurs là-dessus une précision intéressante : le pourvoi reprochait à la cour d'appel de Nîmes de l'avoir condamné au motif qu'il avait déversé des substances « *de nature* à détruire le poisson ou à lui nuire ». La Cour de cassation prend le grief au sérieux, même si elle le rejette, car elle se donne la peine de scruter l'arrêt attaqué pour y déceler la preuve que le poisson a « *effectivement* » souffert, cette preuve étant notamment que les juges du fond ont accordé une réparation aux parties civiles. Cette jurisprudence scrupuleuse est assise sur plusieurs précédents (Crim. 16 oct. 1963, S. 1964. 89; note Rérolle ; Crim. 14 nov. 1963, *Bull. crim.* n° 323 ; Crim. 10 déc. 1969, J.C.P. 1969. II. 16250, note Blin ; Crim. 28 mai 1975, *Bull. crim.* n° 137, J.-H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *op. cit.* n° 191).

L'association de la force majeure et de l'autorisation administrative peut encore se rencontrer dans le cas où l'autorité de police a fait un pronostic faux sur les effets de l'effluent : le débit de la rivière a été mal mesuré, la résistance des poissons surestimée et la toxicité des rejets sous-estimée, etc. Une telle erreur peut, en théorie, constituer la contrainte de l'article 64 du code pénal si elle est invincible pour le prévenu. Mais on ne risque guère de voir cette situation se réaliser car la personne qui sollicite une autorisation de rejet doit elle-même constituer un dossier technique tellement fourni qu'on ne la croira pas quand son avocat soutiendra que l'Administration l'a induite en erreur.

## VIII. – INFRACTIONS RELEVANT DU DROIT SOCIAL

Antoine LYON-CAEN

*Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue*, de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Infractions relevant du droit social » dans ce numéro. Ils la trouveront dans un prochain numéro.

## IX. – PROCÉDURE PÉNALE

André BRAUNSCHWEIG

*Président de chambre honoraire à la Cour de cassation*

### 1. INSTRUCTION. Transport sur les lieux. Présence de l'inculpé. Avis au conseil.

Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt d'une chambre d'accusation renvoyant la dame C. devant la cour d'assises sous l'accusation de complicité d'assassinat, la Chambre criminelle constate qu'au cours de l'information, le juge d'instruction s'est transporté sur les lieux en présence du procureur de la République, régulièrement avisé, et de l'inculpée, mais sans qu'avis en ait été donné au conseil de celle-ci, ni que soit constatée une circonstance ayant pu y faire obstacle.

Dans son arrêt rendu le 15 février 1990 (*Bull. crim.* n° 78), la Cour de cassation déclare que le respect des droits de la défense impose au magistrat instructeur, qui envisage de se transporter sur les lieux en présence de l'inculpé, d'en donner préalablement avis au conseil de ce dernier, dans les conditions prévues par l'article 92 du code de procédure pénale pour le procureur de la République, sauf impossibilité dûment constatée.

La Chambre criminelle considère donc qu'en l'espèce, le juge d'instruction a méconnu ce principe, même s'il n'a posé aucune question à l'inculpée durant le transport et que le procès-verbal qu'il a établi est entaché de nullité. En conséquence elle casse l'arrêt attaqué, non sans avoir reproché à la Chambre d'accusation de s'être abstenue de constater cette irrégularité alors que l'article 206 du code de procédure pénale lui en faisait obligation.

Il est à noter que c'est la première fois que la Haute juridiction publie un arrêt portant sur une telle omission, ce qui permet de penser qu'heureusement le cas est exceptionnel.

### 2. INSTRUCTION. Interprète.

C., étudiant de nationalité hongroise, interpellé pour des attentats aux moeurs, avait été entendu par des gendarmes, dont l'un, parlant la langue anglaise dans laquelle pouvait s'exprimer le suspect, avait assisté celui-ci en qualité d'interprète. Au cours de l'information, le juge d'instruction avait demandé à ce gendarme de prêter de nouveau son concours comme interprète, lors de l'interrogatoire de l'inculpé.

La chambre d'accusation a renvoyé l'intéressé devant la cour d'assises, après avoir rejeté la demande qu'il avait présentée et qui tendait à l'annulation des procès-verbaux de gendarmerie et ceux du juge d'instruction, au motif qu'ils avaient été établis avec l'aide d'un interprète ne parlant pas le hongrois.

A l'appui de son pourvoi contre cette décision, C. a repris le même grief, en prétendant en outre, que si les dispositions concernant les interprètes ne sont pas applicables à l'enquête préliminaire, il en est autrement en matière d'enquête de flagrance.

Le 13 février 1990 (*Bull. crim.* n° 73) la Chambre criminelle a néanmoins rejeté ce pourvoi, en affirmant d'abord que les dispositions de l'article 102 du code de procédure pénale ne sont pas applicables à l'enquête menée en cas de crime flagrant. Et cette réponse ne fait que compléter logiquement sa jurisprudence relative à l'enquête préliminaire (*Crim.* 16 févr. 1961, *Bull. crim.* n° 104).

La Cour de cassation déclare en second lieu que lesdites dispositions « n'imposent pas qu'un témoin ne parlant pas le français soit nécessairement entendu dans sa langue d'origine dans une autre langue étrangère ».

L'arrêt de la Chambre criminelle ne peut qu'être approuvé, les droits de la défense étant assurés dès lors que l'étranger est mis en mesure de comprendre les questions qui lui sont posées, et d'y répondre, quelle que soit la langue utilisée.

### 3. NULLITES DE L'INFORMATION. Procédure ultérieure à l'acte vicié.

Saisie en application de l'article 171 du code de procédure pénale, une chambre d'accusation a rendu un arrêt annulant, pour défaut de saisine du juge d'instruction, notamment le procès-verbal de première comparution de C., inculpé de proxénétisme, et prescrivant la cancellation dans douze procès-verbaux des mentions relatives à cette inculpation.

S'étant pourvu contre cet arrêt, C. a soutenu que la juridiction ne pouvait se borner à ordonner la cancellation desdites mentions, et qu'elle aurait dû prononcer la nullité des actes postérieurs à l'inculpation.

Statuant le 24 avril 1990 (*Bull. crim.* n° 151) la Chambre criminelle, après avoir rappelé que « lorsque la chambre d'accusation annule un acte d'information, elle doit, en vertu de l'article 172 du code de procédure pénale, rechercher si l'annulation s'étend à tout ou partie de la procédure ultérieure », procède à l'examen de la procédure.

Elle relève d'abord qu'à l'exception de celui « côté D. 119 » les procès-verbaux critiqués, s'ils font référence à l'inculpation de C., ne portent pas sur les faits motivant celle-ci, et qu'en l'absence de rapport de causalité entre ces pièces et les actes annulés « le demandeur ne saurait se faire un grief des cancellations ordonnées qui, bien que non prévues par l'article 173 du code de procédure pénale et à ce titre irrégulières, ne lui causent aucun préjudice ».

Elle constate en revanche, que le procès-verbal « côté D. 119 » porte sur les faits reprochés à l'inculpé et que « dès lors, cet acte apparaît susceptible de présenter un rapport de causalité avec le procès-verbal de première comparution déclaré nul ».

La Cour de cassation conclut « qu'en s'abstenant de procéder à l'examen complet de cet acte et le cas échéant, d'en prononcer l'annulation, la chambre d'accusation n'a pas sur ce point, donné de base à sa décision » que l'arrêt doit, en conséquence être cassé mais seulement en ce qu'il a omis de statuer sur l'annulation du procès-verbal « côté D. 119 », toutes autres dispositions étant maintenues.

Cet arrêt a le mérite, non seulement de rappeler l'obligation faite à la chambre d'accusation par l'article 172, de rechercher quelle doit être l'étendue de l'annulation, mais aussi de condamner en termes clairs, le procédé de la cancellation auquel parfois, les juridictions d'instruction du second degré ont la tentation de recourir.

Il est intéressant, en outre, de comparer cette décision avec un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 19 juillet 1989 (*Bull. crim.* n° 293) et portant sur l'application de l'article 170 du code de procédure pénale selon lequel, « lorsque la chambre d'accusation prononce l'annulation d'un procès-verbal d'interrogatoire de l'inculpé pour violation des dispositions des articles 114 ou 118 du même code, la nullité s'étend à la procédure ultérieure ».

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, celle-ci constate qu'après avoir, à bon droit, prononcé l'annulation des procès-verbaux d'interrogatoire de deux inculpés la chambre d'accusation a considéré que ces actes « n'avaient eu aucune conséquence sur la procédure », et elle n'a pas annulé la procédure ultérieure.

La Chambre criminelle estime que cette méconnaissance des dispositions de l'article 170 précité, lesquelles n'autorisent pas les juges à apprécier si l'annulation doit être limitée à l'acte vicié, doit entraîner la cassation.

La comparaison de ces deux décisions de la Chambre criminelle met donc bien en évidence les conséquences différentes qu'entraîne l'annulation d'un acte, selon qu'elle découle de l'application de l'article 170 ou bien de l'article 172.

#### 4. CHAMBRE D'ACCUSATION. *Chambre du conseil.*

Deux arrêts récents de la Chambre criminelle viennent de préciser que l'article 199 du code de procédure pénale exige qu'une absence totale de publicité soit observée lors des débats en chambre du conseil de la chambre d'accusation.

Dans une première affaire, alors qu'elle était réunie pour statuer sur un placement en détention provisoire, une chambre d'accusation a été saisie de conclusions de la défense tendant à faire constater que les débats ne se tenaient pas en chambre du conseil. Pour y répondre la juridiction énonce dans son arrêt « qu'il est constant et qu'il n'est pas contesté que, lors du dépôt des écritures ... n'étaient présents à l'audience que trois avocats à l'exclusion de toute autre personne étrangère à la procédure » et les juges en déduisent « qu'il s'agit en l'espèce d'auxiliaires de justice tenus par leurs fonctions au secret professionnel ; que leur présence n'entraîne pas violation du secret de l'instruction de la présente affaire » et que « dans ces conditions la présence de ces trois personnes n'était pas de nature, compte tenu de leur qualité, à rendre publique l'audience de la chambre d'accusation et à lui ôter son caractère d'audience tenue en la chambre du conseil ».

La Chambre criminelle estime cependant que la prescription de l'article 199 du code de procédure pénale « implique la seule présence des conseils des parties et, le cas échéant, de ces dernières si les juges ont ordonné leur comparution ; que cette exigence exclut toute publicité, même restreinte, à la présence d'auxiliaire de justice n'assistant pas ces parties ». Aussi casse-t-elle la décision de la chambre d'accusation, par arrêt du 14 novembre 1989 (*Bull. crim.* n° 412).

Quelques semaines après sa première décision, dans une nouvelle affaire, la même chambre d'accusation a été saisie d'un incident absolument semblable et a alors rendu un arrêt reprenant mot pour mot sa motivation antérieure. Or, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 8 février 1990 (*Bull. crim.* n° 69) commence elle aussi par utiliser une motivation identique à celle de son arrêt précédent pour critiquer celle de la cour d'appel, mais elle n'aboutit cependant pas à la même conclusion. Elle rejette en effet, le pourvoi dont elle a été saisie, après avoir déclaré « qu'il n'est ni démontré, ni même allégué que la présence de deux avocats extérieurs à la cause ait eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur à l'occasion de débats consacrés au seul examen d'une demande de mise en liberté ; que l'irrégularité ainsi commise ne saurait dès lors, en vertu des dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale, entraîner la nullité de la décision attaquée... ».

Sans qu'il y ait certes, contradiction entre ses deux décisions puisque l'une et l'autre dénoncent la violation de l'article 199 précité, on peut toutefois s'étonner que dans deux cas similaires, la Cour de cassation juge opportun d'utiliser l'article 802 dans la seconde espèce, alors qu'elle ne l'a pas fait dans la première.

Les deux arrêts, en revanche, présentent l'intérêt de souligner la différence qui existe entre la procédure devant la chambre du conseil, laquelle ne pouvant être imposée que par la loi, doit être suivie dans des conditions très strictes, et la mesure de huis clos prévue par les articles 306 et 400 du code de procédure pénale, dont l'opportunité ainsi que l'étendue sont laissées par la loi à l'appréciation des juges, « à leur conscience » (Crim. 11 déc. 1968, *Bull. crim.* n° 339 ; J.C.P. 1969. 15898, note M.-L. Rasset ; cette *Revue*, 1969.419, obs. J. Robert) et dont l'exécution incomplète ne porte pas atteinte aux droits de la défense (Crim. 10 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 68).

Et il n'est pas inutile de rappeler que la publicité restreinte prescrite par les articles 14 et 20 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, est encore plus large que le huis clos, puisque ces textes prévoient que sont admis à assister

aux débats devant les juridictions pour mineurs, un certain nombre de personnes dont notamment les membres du barreau.

### 5. CONTRAINTE PAR CORPS. *Insolvabilité du condamné.*

Déclarés coupables de fraudes fiscales, les époux F. se sont pourvus contre l'arrêt de la chambre correctionnelle d'une cour d'appel qui a prononcé contre eux, à la demande de l'administration des impôts, partie civile, la contrainte par corps pour le recouvrement des impôts éludés et des pénalités y afférentes.

Les intéressés ont formé un pourvoi contre cette décision en prétendant que la cour d'appel ne pouvait prononcer la contrainte par corps à leur encontre, sans rechercher, comme ils le lui avaient demandé, si leur état d'insolvabilité n'était pas de nature à les exempter de cette mesure.

La Chambre criminelle a rejeté ce pourvoi le 18 mai 1989 (*Bull. crim.* n° 484) en déclarant que l'arrêt attaqué n'a pas méconnu les dispositions de l'article 752 du code de procédure pénale, car ce texte ne s'oppose qu'à l'exécution de la contrainte par corps contre les condamnés justifiant de leur insolvabilité dans les conditions qu'il prescrit, et non au prononcé de cette mesure.

### 6. CASIER JUDICIAIRE. *Exclusion au bulletin n° 2 d'une mention de condamnation. Non application à une sanction disciplinaire.*

Un notaire destitué par une cour d'appel méridionale statuant en matière disciplinaire, a été condamné ultérieurement par un tribunal correctionnel, pour abus de confiance, à 15 mois d'emprisonnement avec sursis. Par cette décision la juridiction a dit que la mention de cette condamnation serait exclue du bulletin n° 2 du casier judiciaire de l'intéressé et a relevé celui-ci de l'incapacité d'exercer la profession de notaire résultant de la destitution prononcée contre lui par la cour d'appel.

Un pourvoi dans l'intérêt de la loi ayant été formé contre ce jugement par le procureur général près la Cour de cassation, d'ordre du Garde des Sceaux, la Chambre criminelle a, le 4 janvier 1990 (*Bull. crim.* n° 3) censuré l'interprétation erronée du code de procédure pénale faite par les juges correctionnels. Elle rappelle, en effet, que selon l'article 775-1, aliéna 2, de ce code, l'exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire n'emporte relèvement que des interdictions, déchéances ou incapacités résultant d'une condamnation à une sanction pénale, et que par ailleurs, l'article 55-1 du code pénal ne permet au condamné de demander le relèvement que d'une interdiction, déchéance ou incapacité, résultant de plein droit d'une condamnation pénale, ou prononcée par une juridiction répressive.

Une sanction disciplinaire échappant donc aux prévisions de ces textes, ceux-ci ont été méconnus par le tribunal correctionnel qui a ainsi excédé ses pouvoirs. La Chambre criminelle en conséquence, casse dans l'intérêt de la loi, le jugement mais seulement en ce qu'il a relevé le notaire de l'interdiction d'exercer sa profession en raison de sa destitution, et dit n'y avoir lieu à renvoi.

### 7. EXTRADITION. *Chambre d'accusation*

#### 1. — *Dispositions de la loi du 10 mars 1927 non applicables lorsque l'Etat français est requérant.*

La France ayant obtenu l'extradition du sieur L., celui-ci a interjeté appel de l'ordonnance du juge d'instruction rejetant sa demande en nullité de l'extradition, mais la chambre d'accusation de Paris a confirmé ladite ordonnance.

A l'appui du pourvoi qu'il a formé contre cette décision l'intéressé a produit un moyen faisant grief à la chambre d'accusation d'avoir violé les dispositions de l'article 14 de la loi du 10 mars 1927, en siégeant en chambre du conseil et hors sa présence.

Le 21 novembre 1989 (*Bull. crim.* n° 430) la Chambre criminelle a rejeté son pourvoi en relevant que les prescriptions de ce texte (audience publique et présence de l'extradé) « concernent seulement la procédure devant être suivie lorsque la chambre d'accusation est saisie d'une demande d'extradition formée par un gouvernement étranger et ne régissent pas la procédure devant les juridictions d'instruction ou de jugement qui, en vertu de l'article 23 de la loi précitée, se prononcent sur la nullité prétendue d'une extradition accordée à la France ». Elle approuve donc la chambre d'accusation d'avoir observé, comme elle le devait, les règles ordinairement applicables devant elle.

## II. — *Juridiction compétente lorsque l'étranger est détenu pour autre cause.*

Selon les articles 11 et 12 de la loi du 10 mars 1927, dans les vingt-quatre heures de son arrestation, l'étranger est interrogé sur son identité par le procureur de la République et écroué à la maison d'arrêt du chef-lieu de la cour d'appel, dans le ressort de laquelle il a été arrêté.

Un arrêt de la Chambre criminelle rendu le 12 décembre 1989 (*Bull. crim.* n° 475) vient de préciser l'interprétation qu'il convient de donner à ces dispositions lorsque l'intéressé est détenu pour autre cause.

A la suite d'une demande d'extradition présentée le 26 septembre 1988 à l'égard de L. par le gouvernement espagnol, le procureur de la République de Toulouse, en application de l'article 11 précité, a procédé à l'interrogatoire de cet étranger, alors détenu à la maison d'arrêt de cette ville en exécution d'une condamnation prononcée par la cour d'appel de Pau, et l'a placé sous écrou extraterritorial. Au terme de la procédure prévue par les articles 13 et 14 de la loi de 1927, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Toulouse a émis un avis favorable à la demande d'extradition, après avoir écarté l'exception d'incompétence soulevée devant elle. L. soutenait en effet, qu'une première demande d'extradition avait été transmise au procureur général près la cour d'appel de Rennes, mais que ce magistrat, dans le seul but de rendre compétente la cour d'appel de Toulouse, n'avait pas saisi sa propre juridiction et l'avait fait transférer à la maison d'arrêt de Toulouse, ce qui constituait un détournement de procédure.

Après avoir noté que la précédente demande d'extradition formée en 1987 ne concernait qu'une partie des faits objet de la nouvelle demande présentée par le gouvernement espagnol le 28 avril 1989 au procureur général près la cour d'appel de Toulouse, la Chambre d'accusation relève que si les transferts successifs de L. ont retardé la mise en oeuvre de la procédure d'extradition, elle a été valablement saisie dès lors que la nouvelle demande d'extradition est parvenue au procureur général quand cet étranger était détenu à Toulouse.

Dans son arrêt de rejet la Chambre criminelle déclare que « c'est à bon droit que la chambre d'accusation s'est reconnue compétente pour se prononcer sur l'ensemble de la demande d'extradition du 26 septembre 1988 ; qu'en effet, lorsqu'un étranger est déjà détenu pour une autre cause, comme en l'espèce, l'arrestation, au sens de l'article 11 de la loi du 10 mars 1927, est opérée au lieu où il se trouve détenu lorsque le procureur de la République procède aux formalités édictées par ce texte qui déterminent la saisine de la chambre d'accusation ».

## B. — CHRONIQUE LÉGISLATIVE

Bernard BOULOC

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

(Textes publiés au *Journal officiel* du 1<sup>er</sup> avril au 30 juin 1990)

### I. — DROIT PENAL GENERAL

#### 1. *Incidence sur le droit pénal de la réforme de l'internement des aliénés*

Le système français, jusqu'à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 sur les droits et la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation (*J.O.* 30 juin 1990, p. 7664), reposait d'une part sur la notion de démente totale au temps de l'action, de nature à exclure toute responsabilité pénale (art. 64 c. pén. ; cf. Stéfani, Levasseur et Bouloc, *Droit pénal général*, 13<sup>e</sup> éd. nos 363 et s. ; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, 6<sup>e</sup> éd. I, n° 591 et s.) et d'autre part sur des mesures de placement — volontaire ou d'office —, qui reposaient sur des notions différentes de l'aliénation. Aussi bien, une personne pouvait ne pas être démente au sens de l'article 64 du code pénal, mais pouvait relever de l'article L. 343 du code de la santé publique (internement administratif décidé par le préfet), une autre pouvait relever de l'article 64 du code pénal mais non de l'article L. 343 du code de la santé publique (V. J.-H. Robert, *Rép. pén. v° Aliénés*, nos 46 et s.). De plus et surtout, les conditions de mise en oeuvre des dispositions du code de la santé publique pouvaient susciter des craintes, car un certain arbitraire pouvait se révéler (V. J. Prévault, *L'internement administratif des aliénés*, p. 89, p. 181, etc.). Sans doute, à première vue, la matière ne relève pas spécifiquement du droit pénal. Néanmoins, du fait des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et notamment de son article 5-1-e et de son article 5-4, comme d'ailleurs de certaines décisions intervenues à propos de l'internement d'aliénés (V. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 323 et s. et p. 339 et s. ; B. Bouloc, « Remarques sur les décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. pén. suisse*, 1990. 20 et spéc. p. 36 à 38), il convenait de revoir notre législation qui, on le sait, sous couvert d'internement administratif, institue en fait une mesure de sûreté (cf. Stéfani, Levasseur et Bouloc, *op. cit.* n° 510). Avec la loi du 27 juin 1990, c'est donc un nouveau régime qui est institué, avec des garanties diverses et notamment un contrôle par l'autorité judiciaire. Bien évidemment, il ne saurait être question, dans le cadre de cette chronique, d'examiner de manière exhaustive le dispositif nouveau ; on se bornera à signaler ce qui répond à une meilleure prise en compte des impératifs découlant de la protection de la liberté individuelle.

Trois questions méritent dès lors attention : les principes généraux concernant l'hospitalisation des malades mentaux, les modes d'hospitalisation sans le consentement de l'intéressé, et les dispositions répressives.

## a) Les principes généraux concernant l'hospitalisation des malades mentaux.

Le premier principe posé par le nouvel article L. 326-1 du code de la santé publique est que nul ne peut être, sans son consentement (ou celui de son représentant légal) être hospitalisé ou maintenu en hospitalisation dans un établissement psychiatrique, à moins que l'on se trouve dans un des cas prévus par la loi et notamment les articles L. 333 à L. 350 du code de la santé publique. Toute personne hospitalisée (ou sa famille) dispose du droit de s'adresser au praticien ou à l'équipe de santé mentale, publique ou privée, de son choix, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du secteur psychiatrique correspondant à son lieu de résidence (principe du libre choix du praticien).

De plus et surtout, la personne hospitalisée conserve ses droits liés à l'exercice des libertés individuelles ; elle en dispose comme si elle était hospitalisée pour une autre cause. Tout au plus, en cas d'hospitalisation sans son consentement, la personne peut voir ses droits limités en fonction de son état de santé et à la mise en oeuvre de son traitement, lequel doit respecter la dignité de la personne et faciliter la réinsertion du malade (art. L. 326-3 nouveau c. santé publ.).

De manière précise, le malade doit être informé de sa situation juridique et de ses droits ; il peut communiquer avec les autorités chargées du contrôle des établissements, saisir la commission départementale des hospitalisations psychiatriques prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix, émettre ou recevoir des courriers, consulter le règlement intérieur de l'établissement, exercer son droit de vote et se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix. A sa sortie de l'établissement, le malade hospitalisé conserve la totalité de ses droits de citoyen, sous réserve des dispositions des articles 492 et 508 du code civil (tutelle ou curatelle) sans que ses antécédents psychiatriques puissent lui être opposés (art. L. 326-5 c. santé publ.). D'autres dispositions ont trait à la mise en oeuvre d'une sauvegarde de la justice, à la conservation du domicile d'origine et à la désignation d'un curateur à la personne.

Un autre grand principe concerne le contrôle des établissements et des personnes hospitalisées. Les établissements accueillant des malades atteints de troubles mentaux sont visités sans publicité préalable une fois par semestre par le préfet (ou son représentant), le président du tribunal de grande instance (ou son délégué), le juge d'instance et le maire de la commune, tandis que le procureur de la République doit procéder à une visite une fois par trimestre. A l'occasion de ces visites inopinées, les autorités reçoivent les réclamations des malades (ou de leur conseil) et procèdent à toutes vérifications utiles. Elles contrôlent le respect des dispositions concernant les droits des malades (art. L. 326-1, L. 326-2 et L. 326-3 c. santé publ.) et signent le registre de l'établissement (art. L. 332-2 c. santé publ.). En outre, l'article L. 332-3 nouveau institue une commission départementale des hospitalisations psychiatriques, composée d'un psychiatre désigné par le procureur général près la cour d'appel, d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel, et de deux personnalités qualifiées désignées l'une par le préfet, l'autre par le président du conseil général, l'une devant être un psychiatre et l'autre un représentant d'une organisation représentative des familles de personnes atteintes de troubles mentaux. Ces personnes ne peuvent exercer des fonctions d'administration dans un établissement hospitalier accueillant des malades mentaux et elles sont astreintes au secret professionnel. Cette commission est informée de toute hospitalisation sans le consentement du malade, de tout renouvellement et de toute levée d'hospitalisation, elle établit un bilan de l'utilisation des procédures d'urgence, elle examine la situation des malades et obligatoirement ceux dont l'hospitalisation sur demande d'un tiers se prolonge au-delà de trois mois, elle saisit le préfet ou le procureur de la République de la situation des personnes hospitalisées, elle visite les établissements accueillant des personnes sans leur consentement, reçoit les réclamations de celle-ci, adresse chaque année un rapport d'activité au préfet et au procureur de la République et le présente au conseil départemental de santé mentale, et peut proposer au président du tribunal de grande instance une demande de sortie immédiate d'une personne hospitalisée sans son consentement ou retenue dans un établissement défini à l'article L. 331 du code de la santé publique.

*b) Les modes d'hospitalisation sans le consentement de l'intéressé*

Deux types d'hospitalisation sont prévus : l'hospitalisation sur demande d'un tiers et l'hospitalisation d'office. Sur demande d'un tiers (qui doit être manuscrite et signée), il faut deux certificats médicaux (de moins de 15 jours) attestant que les troubles mentaux rendent impossible le consentement et que l'état de l'intéressé impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier (art. L. 333 c. santé publ.). Le directeur de l'établissement doit vérifier cette demande, et s'assurer de l'identité de la personne. Exceptionnellement, il peut prononcer l'admission au vu d'un seul certificat médical émanant éventuellement d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil (art. L. 333-2 c. santé publ.). Dans les 24 heures de l'admission, un certificat est établi par un psychiatre de l'établissement qui ne peut pas être l'un des médecins ayant donné le certificat accompagnant la demande initiale ; ce certificat doit confirmer ou infirmer la nécessité de maintenir l'hospitalisation sur demande d'un tiers. Ce certificat et les autres sont adressés en copie au préfet et à la Commission des hospitalisations psychiatriques. Le préfet, à son tour, doit informer le procureur de la République du domicile de la personne hospitalisée et celui dans le ressort duquel se situe l'établissement. Avant la fin des quinze premiers jours de l'hospitalisation, le malade est examiné par un médecin qui établit un certificat circonstancié, au vu duquel l'hospitalisation pourra être maintenue pour une période d'un mois (et ensuite tous les mois la même procédure devra être utilisée) (art. L. 337 c. santé publ.). A défaut de certificat, l'hospitalisation devra être levée. Lorsque l'hospitalisation n'est plus nécessaire, un certificat circonstancié est établi, mentionnant la disparition des troubles ayant justifié l'hospitalisation (ce certificat est porté à la connaissance du préfet, des procureurs de la République et de la personne ayant demandé l'hospitalisation) (art. L. 338 c. santé publ.). D'autres dispositions ont trait à d'autres demandes de mainlevée.

Quant à l'hospitalisation d'office, elle est toujours décidée par le préfet (à Paris c'est le préfet de police) (art. L. 342). Il est nécessaire que soit établi un certificat médical circonstancié indiquant que la personne peut compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, ce certificat ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement accueillant le malade. L'arrêté préfectoral doit comporter des motifs et les circonstances précises rendant l'hospitalisation nécessaire. L'arrêté, ainsi que ceux qui seront pris en application de la loi, doit être inscrit sur un registre spécial comparable à celui que doivent tenir les établissements.

En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un avis médical ou la notoriété publique, le maire et les commissaires de police à Paris peuvent prendre des mesures provisoires, à charge d'en référer au préfet dans les vingt-quatre heures, les mesures provisoires cessant de plein droit au bout de quarante-huit heures à défaut de décision préfectorale (art. L. 343).

L'autorité judiciaire, lorsqu'elle estime qu'une personne bénéficiant d'un non-lieu ou d'une relaxe sur la base de l'article 64 du code pénal pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, doit aviser le préfet immédiatement ainsi que la commission de l'article L. 332-3, le préfet devant prendre toute mesure utile, au vu d'un avis médical portant sur l'état actuel du malade (art. L. 348).

Dans les quinze jours, puis un mois après l'hospitalisation initiale, puis ensuite tous les mois, le malade est examiné par un psychiatre de l'établissement qui établit un certificat médical circonstancié confirmant ou infirmant s'il y a lieu les observations du précédent certificat.

Dans les trois jours précédant l'expiration du premier mois d'hospitalisation, le préfet peut prononcer le maintien de l'hospitalisation d'office, et ce pour une durée de trois mois. Ensuite l'hospitalisation peut être maintenue pour des périodes de six mois, étant admis que l'hospitalisation peut prendre fin à tout moment sur avis d'un psychiatre ou proposition de la commission de l'article L. 332-3.

S'il y a eu hospitalisation d'office, à la suite d'une saisine de l'autorité judiciaire, la fin de l'hospitalisation ne peut intervenir que sur les décisions conformes de deux psy-

chiatres n'appartenant pas à l'établissement et choisis par le préfet sur une liste établie par le procureur de la République après avis de la direction de l'action sanitaire et sociale du département dans lequel se trouve situé l'établissement.

Le préfet doit informer dans les vingt-quatre heures le procureur de la République, le maire du domicile et la famille de toute hospitalisation d'office, renouvellement ou sortie (art. L. 349).

Dans tous les cas d'hospitalisation sans le consentement de l'intéressé, la loi prévoit la possibilité de sorties d'essai (art. L. 350) et surtout la possibilité pour l'intéressé, son tuteur, son conjoint, son parent de saisir par simple requête le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'établissement. Ce magistrat statuera en la forme des référés, après débat contradictoire et après éventuellement toutes vérifications nécessaires, et il pourra ordonner la sortie immédiate. Le même droit appartient au procureur de la République et à la personne ayant demandé l'hospitalisation, le juge pouvant même se saisir d'office (art. L. 351). Il s'agit d'une disposition de nature à protéger efficacement les libertés individuelles.

### c) Dispositions pénales

La nouvelle loi du 27 juin 1990 comporte enfin un dispositif pénal plus étoffé et plus menaçant que les anciennes dispositions.

L'article L. 352 punit d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 500 à 15 000 F, le directeur d'un établissement d'hospitalisation qui aura retenu une personne hospitalisée sans son consentement alors que sa sortie aura été ordonnée par le préfet en application de l'article 338, ou de l'article L. 346 ou par le président du tribunal de grande instance ou lorsque la personne aura bénéficié de la mainlevée de l'hospitalisation en application des articles L. 337, L. 338, L. 339 ou L. 345 du code de la santé publique.

L'article L. 353 punit d'un emprisonnement de cinq jours à un an et d'une amende de 2 500 à 20 000 F le directeur d'un établissement d'hospitalisation qui aura admis une personne sur demande d'un tiers sans avoir obtenu la remise de la demande d'admission et des certificats prévus par les articles L. 133 et L. 333-2, qui aura omis d'adresser au préfet dans les délais prescrits les certificats médicaux et le bulletin d'entrée établis en application de l'article L. 334 alinéa 2, qui aura omis d'adresser au préfet dans les délais prescrits les certificats médicaux établis en application des articles L. 337, L. 344 et L. 346, qui aura omis de se conformer dans le délai indiqué aux prescriptions des articles L. 341 et L. 342, qui aura omis d'aviser dans le délai prescrit les autorités mentionnées à l'article 338 alinéa 2 de la déclaration prévue par ce texte, qui aura omis d'aviser le préfet, dans les délais prescrits, de la levée de l'hospitalisation sur demande d'un tiers ou de la déclaration prévue par l'article L. 346, ou qui aura supprimé ou retenu une requête ou réclamation adressée par une personne hospitalisée sans son consentement à l'autorité judiciaire ou à l'autorité administrative.

Enfin, l'article L. 354 punit d'un emprisonnement de cinq jours à un an et d'une amende de 2 500 à 20 000 F le médecin d'un établissement d'hospitalisation qui aura supprimé ou retenu une requête ou réclamation adressée à l'autorité judiciaire ou administrative, qui aura refusé ou omis d'établir dans les délais prescrits les certificats médicaux relevant de sa responsabilité en application des articles L. 334, L. 337, L. 342 et L. 344, ainsi que le directeur d'un établissement autre qu'un établissement d'hospitalisation public agréé au titre de l'hospitalisation sans consentement qui n'aura pas pris dans le délai prescrit les mesures nécessaires à la mise en oeuvre de l'une des procédures prévues par les articles L. 333, L. 333-2, L. 342 ou L. 343 dans les cas définis à l'article L. 332 du code de la santé publique.

Par ces différentes menaces de sanctions, le législateur s'efforce d'assurer le respect des mesures nouvelles qui tendent à éviter tout arbitraire dans le domaine des troubles mentaux.

## II. — DROIT PENAL SPECIAL

### 2. Circulation automobile

a) Un arrêté du 22 mars 1990 (*J.O.* 8 avr. 1990, p. 4309) modifie un arrêté du 17 juillet 1984 sur le contrôle des émissions de gaz polluants des moteurs effectué sur les véhicules automobiles avant leur mise en circulation.

b) Un décret n° 90-403 du 9 mai 1990 (*J.O.* 17 mai 1990, p. 5900) modifie l'article R. 97 du code de la route. Sur tout véhicule ou élément de véhicule doit être fixée une plaque dite de constructeur, portant de manière apparente le nom du constructeur, le type, le numéro d'identification et les caractéristiques de poids. Il en est de même pour les véhicules de transport de marchandises de plus de 1,2 tonnes qui doivent comporter soit la plaque du constructeur accompagnée d'une plaque de dimensions, soit une plaque unique comportant l'ensemble des indications prévues pour chacune des plaques. Pour les véhicules transportant des marchandises d'un poids total en charge supérieur à 3,5 tonnes et inférieur à 12 tonnes, le décret prévoit aussi une plaque de constructeur et une plaque de dimensions. Dans tous les cas, l'indication du type, du numéro d'ordre dans la série du type ou du numéro d'identification, doivent être frappés à froid dans la moitié droite du véhicule de façon à être facilement lisibles, à un endroit accessible sur le châssis ou sur un élément essentiel et indémontable du véhicule.

c) Un arrêté du 15 mai 1990 (*J.O.* 31 mai 1990, p. 6457) modifie un arrêté du 28 septembre 1988 sur les dispositifs complémentaires de protection contre une utilisation non autorisée d'un véhicule.

d) Un décret n° 90-473 du 6 juin 1990 (*J.O.* 10 juin 1990, p. 6818) modifie les articles R. 124 et suivants en ce qui concerne les catégories de permis de conduire. Désormais, il y a le permis A (motocyclettes ou motocyclettes légères, ou tricycle et quadricycle à moteur), le permis B (automobiles ayant un poids total autorisé en charge n'excédant pas 3 500 kg, affectées au transport de personnes et comportant outre le siège du conducteur, huit places assises au maximum), le permis C (automobiles autres que la catégorie D, dont le poids total autorisé en charge excède 3 500 kg), le permis D (véhicules affectés au transport des personnes et comportant plus de huit places assises), enfin le permis E qui est soit le E(B), le E(C) ou le E(D), qui concerne la conduite de véhicules avec remorques (selon différentes distinctions). Ce dernier permis suppose pour son obtention la détention du permis B, C ou D selon les cas. Pour obtenir le permis A, il faut être âgé de 16 ans (motocyclettes légères) ; pour le permis A (autres catégories), le permis B, le permis C, le E(B) et le E(C) de 18 ans et de 21 ans révolus pour les catégories D et E(D). Certaines restrictions sont par ailleurs prévues lorsque le titulaire du permis a moins de 17 ans, moins de 21 ans ou n'est pas suffisamment expérimenté (art. R. 124-2 c. route). D'autres dispositions du décret ont pour objet de fixer les droits des personnes titulaires de permis antérieurement délivré (art. R. 125-1 c. route).

#### e) Conversion des brevets de conduite militaire en permis civils.

Un arrêté du 13 juin 1990 (*J.O.* 28 juin 1990, p. 7550) précise que les brevets délivrés par l'autorité militaire peuvent être convertis automatiquement dès lors qu'ils sont validés. La demande est normalement adressée par l'autorité militaire au préfet du lieu de stationnement de l'unité ou de la résidence déclarée de l'intéressé. Exceptionnellement, elle est présentée par l'intéressé dans un délai de deux ans, lorsque par suite d'une mesure de réforme ou de libération anticipée notamment l'autorité militaire n'a pas été à même d'accomplir cette formalité avant le retour à la vie civile. Sur le vu de certains documents énumérés à l'article 3 de l'arrêté, un permis civil est remis à l'intéressé.

f) Deux arrêtés du 13 juin 1990 (*J.O.* 28 juin 1990, p. 7551 et 7552) ont trait, l'un aux conditions d'obtention du permis de conduire au vu de diplômes ou certificats professionnels de conducteur routier, et l'autre aux conditions de délivrance et de validité des permis de conduire (il s'agit des pièces à produire en vue de l'examen du permis de conduire et des épreuves auxquelles doivent se soumettre les candidats).

g) Un autre arrêté du 13 juin 1990 (*J.O.* 28 juin 1990, p. 7557) modifie l'arrêté concernant les conditions de reconnaissance et d'échange des permis délivrés à l'étranger.

h) Un arrêté du 9 avril 1990 (*J.O.* 30 juin 1990, p. 7675) habilite les agents de la société d'exploitation des transports de Morlaix à constater les infractions affectant la circulation, l'arrêt et le stationnement des véhicules de cette société.

### 3. *Crédit et usure*

a) Un avis du 8 avril 1990 (*J.O.* 8 avr. 1990, p. 4339) fait état des taux pratiqués par les établissements de crédit au cours du premier trimestre 1990. La mobilisation des créances commerciales a été effectuée à des taux compris entre 10,70 et 17,25 %, le crédit financier à court terme à des taux compris entre 10,40 et 15,50 %; les découverts et avances à des taux compris entre 10,60 et 17,90 %.

Les crédits aux particuliers ont été consentis à des taux compris entre 14,90 et 17,96 %, tandis que les crédits immobiliers l'ont été à un taux n'excédant pas 17,15 % (crédits promoteurs).

b) A la suite de la modification apportée par la loi du 31 décembre 1989 à la loi du 28 décembre 1966 (*V. cette Revue*, 1990.600, n° 5), un décret n° 90-506 du 25 juin 1990 (*J.O.* 26 juin 1990, p. 7386) a fixé les dispositions relatives à la détermination du taux effectif global pour les catégories d'opérations de même nature comportant des risques analogues. Ce taux est calculé par la Banque de France, au vu d'une enquête portant sur les prêts en francs français effectués au cours d'un trimestre par les établissements de crédit. Le taux sera une moyenne arithmétique des taux observés. Les prêts dont les taux sont réglementés ou bonifiés par l'Etat ne sont pas pris en compte, pas plus que ceux dépassant un certain montant pour les entreprises (un arrêté du 25 juin 1990, *J.O.* 26 juin 1990, p. 7387 a indiqué qu'il s'agissait des prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans et d'un montant supérieur à 1 000 000 F, et des prêts d'une durée inférieure à deux ans d'un montant supérieur à 500 000 F). En cas de variation d'une ampleur exceptionnelle du coût des ressources des établissements de crédit entre la période d'enquête et la date de publication des taux, les taux observés par la Banque de France peuvent être corrigés pour tenir compte de cette variation.

Les prêteurs doivent porter à la connaissance des emprunteurs les seuils de l'usure correspondant aux prêts proposés. Les établissements de crédit tiennent cette information à la disposition de la clientèle comme pour les conditions générales de banque visées à l'article 7 du décret du 24 juillet 1984.

Un arrêté du 25 juin 1990 (*J.O.* 26 juin 1990, p. 7387) a fixé les catégories de prêts servant de base à l'application de la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure.

Pour les prêts aux particuliers soumis à la loi du 13 juillet 1979 sur la protection des consommateurs dans le domaine immobilier, il s'agit des prêts à taux fixe, de ceux à taux variable et des prêts-relais, pour ceux exclus du champ de cette loi, il s'agit des prêts inférieurs ou égaux à 10 000 F, des découverts en compte, prêts permanents et financement d'achats à tempérament d'un montant supérieur à 10 000 F, des prêts personnels et autres prêts d'un montant supérieur à 10 000 F.

Pour les prêts aux entreprises, cinq catégories sont déterminées : prêts consentis en vue d'achats ou ventes à tempérament, prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans à taux variable, prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans à taux fixe, des

découverts en compte et des autres prêts d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans.

En conséquence de ces indications, un avis du 26 juin 1990 (*J.O.* 26 juin 1990, p. 7424) indique quels sont les seuils de l'usure à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1990 (ils varient entre 15,27 et 16,44 % pour les prêts immobiliers soumis à la loi du 13 juillet 1979, entre 19,39 et 25,45 pour les prêts immobiliers non soumis à cette loi et entre 14,49 et 20,28 % pour les prêts aux entreprises).

#### *4. Organisation et promotion des activités physiques et sportives*

Pour l'application de la loi du 16 juillet 1984 sur l'organisation et la promotion des activités physiques et sportives, un décret n° 90-320 du 9 avril 1990 (*J.O.* 11 avr. 1990, p. 4392) prévoit les peines d'amende des contraventions de la 5<sup>e</sup> classe pour les personnes physiques ayant organisé une manifestation sportive mentionnée à l'article 18 de la loi sans avoir demandé l'agrément de la fédération intéressée, ou en cas de refus d'agrément.

#### *5. Publicité du prix de vente des carburants*

Un arrêté du 10 avril 1990 (*J.O.* 18 avr. 1990, p. 4713) modifie un précédent arrêté du 8 juillet 1988. Il précise que l'affichage des prix des carburants doit être lisible depuis la voie publique et permettre une identification précise de chaque produit et de son prix. En cas de panneau, l'ordre est le suivant : supercarburant sans plomb, supercarburant avec plomb, essence, gazole et G.P.L.

#### *6. Réglementation des plantations et semis d'essences forestières*

Un décret n° 90-357 du 17 avril 1990 (*J.O.* 22 avr. 1990, p. 4953) modifie le décret du 31 décembre 1986 pris pour l'application des articles 52-1 et 52-4 du code rural relatifs à l'interdiction et à la réglementation des semis d'essences forestières.

Un nouvel article 7 *bis* punit de la peine d'amende des contraventions de la 4<sup>e</sup> classe ceux qui ont semé ou planté des essences forestières en méconnaissance des arrêtés préfectoraux ou des décisions subordonnant à certaines conditions l'absence d'opposition à un boisement ou à une culture d'arbres de Noël, et ceux qui dans le délai d'un an à compter de la notification d'une mise en demeure du préfet s'abstiennent d'exécuter les travaux qu'elle implique.

#### *7. Courtage matrimonial*

Complétant la loi du 23 juin 1989 sur l'information et la protection des consommateurs, un décret n° 90-422 du 16 mai 1990 (*J.O.* 22 mai 1990, p. 6120) édicte des sanctions contraventionnelles (amendes prévues pour la 5<sup>e</sup> classe des contraventions), à l'encontre des professionnels qui auront omis de faire figurer dans l'annexe au contrat l'indication des qualités de la personne que recherche le cocontractant (âge, région de résidence, situation familiale et professionnelle et autres qualités jugées essentielles par le client), qui ne remet pas au cocontractant, au moment de la conclusion du contrat un exemplaire du contrat avec son annexe, qui reçoit, avant l'expiration du délai de renonciation prévu à l'article 6 de la loi, un paiement ou un dépôt sous quelque forme que ce soit, ou qui diffuse une annonce personnalisée non conforme aux prescriptions de l'article 6-III de la loi du 23 juin 1989.

#### *8. Pollution des mers par les hydrocarbures*

Une loi n° 90-444 du 31 mai 1990 (*J.O.* 1<sup>er</sup> juin 1990, p. 6495) complète la loi du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures (V. sur cette loi,

cette *Revue*, 1984.107, n° 9), afin de réprimer certains agissements définis dans des annexes à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires faite à Londres le 2 novembre 1973 (et modifiée en 1978).

Un nouvel article 4 *bis* punit des peines de l'article 1<sup>er</sup> (c'est-à-dire amende de 100 000 à 1 000 000 F et emprisonnement de trois mois à deux ans) tout capitaine d'un navire français transportant en vrac des substances liquides nocives (telles que définies dans la règle 3-1 de l'annexe II de la Convention) qui se sera rendu coupable d'infractions aux articles 1, 2, 7, 8 et 9 de la règle 5 de la même annexe concernant les interdictions de rejet de substances liquides nocives.

Un article nouveau 4 *ter* punit des peines de l'article 2 de la loi de 1983 (amende de 30 000 à 300 000 F et emprisonnement de 15 jours à un an) tout capitaine de navire français transportant en vrac des substances liquides nocives qui se sera rendu coupable d'infractions aux dispositions des 3, 4, 6 et 11 de la règle 5 de la même annexe II relatives aux interdictions de rejet de telles substances.

Un article nouveau 5 *bis* punit des peines de l'article 4 de la loi de 1983 (amende de 1 000 à 10 000 F portée au double en cas de récidive, avec un emprisonnement pouvant aller à six mois) le capitaine d'un navire qui aura jeté à la mer des substances nuisibles transportées en colis ou dans des conteneurs, des citernes mobiles, des camions citernes ou des wagons citernes en infraction aux dispositions de la règle 7 de l'annexe III de la Convention internationale.

L'article 5 *bis* 1 nouveau prévoit les peines de l'article 2 (amende de 30 000 à 300 000 F et emprisonnement de 15 jours à un an) contre tout capitaine ou responsable à bord d'un navire français soumis à la convention qui se sera rendu coupable d'infractions aux dispositions des règles 3, 4 et 5 de l'annexe V de la convention concernant les interdictions de rejets d'ordures telles que définies par la règle 1-1 de ladite annexe.

Enfin un article 5 *ter* nouveau punit d'une amende de 30 000 à 300 000 F et d'un emprisonnement de 15 jours à un an tout capitaine auquel est survenu en mer ou dans les eaux intérieures ou voies navigables françaises un des événements mentionnés par le protocole I de la convention (ou toute autre personne ayant charge du navire) qui n'aura pas établi et transmis un rapport conformément aux dispositions de ce protocole.

La loi nouvelle effectue, par ailleurs, quelques modifications dans l'ancien texte afin de l'harmoniser avec le nouveau dispositif répressif (art. 7, 8 et 11 de la loi du 5 juill. 1983).

### 9. Servitude de passage sur le littoral maritime

Un décret n° 90-481 du 12 juin 1990 (*J.O.* 14 juin 1990, p. 6933) modifie certaines dispositions réglementaires du code de l'urbanisme relatives aux servitudes de passage. L'article 4 de ce décret modifie l'article R. 160-33 qui désormais prévoit l'amende prévue pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe contre toute personne ayant enfreint les dispositions de l'article R. 160-25 ou fait obstacle à leur application (il s'agit pour les propriétaires de terrains soumis à la servitude de laisser aux piétons le droit de passage, de n'apporter aux lieux aucune modification de nature à faire obstacle au libre passage des piétons sauf autorisation du préfet, et de l'obligation de laisser l'administration établir la signalisation et faire les travaux nécessaires pour le libre passage et la sécurité des piétons).

L'alinéa 2 du nouvel article R. 160-33 du code de l'urbanisme prévoit l'amende des contraventions de la 4<sup>e</sup> classe contre toute personne ayant enfreint les dispositions de l'article R. 160-26 (obligation pour les utilisateurs de respecter les finalités définies par les art. L. 160-6 et L. 160-6-1 c. urb. : passage des piétons en vue de l'accès au rivage).

### 10. Identification permanente du cheptel bovin

Un décret n° 90-482 du 12 juin 1990 (*J.O.* 14 juin 1990, p. 6936) modifie les dispositions antérieures sur l'identification des bovins. Selon l'article 1<sup>er</sup> du décret, tout

propriétaire ou détenteur de bovins doit les faire identifier par des repères numérotés sur l'animal, l'inscription de l'animal sur un registre d'étable, l'établissement d'un document accompagnant l'animal durant sa vie.

En conséquence, l'article 8 du décret punit de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 3<sup>e</sup> classe, tout d'abord, le propriétaire ou le détenteur de bovins qui aura contrevenu à l'une des obligations instituées par les articles 1, 2, 3, 4 et 5 (différents registres ou marquages, obligation du maintien en permanence de l'identification, interdiction de la mise en vente, de l'exposition à la vente ou de la vente d'un bovin sans document d'accompagnement, présentation du document d'accompagnement en cas de transport hors de la commune de provenance, remise du document en cas d'introduction dans un abattoir, d'exportation ou d'enlèvement du cadavre) ou qui aura contrevenu à l'article 7 sur l'apposition des marques (les établissements départementaux de l'élevage ou certains organismes liés par convention en sont chargés et tiennent et mettent à jour le fichier départemental d'identification des bovins).

Le même article 8 punit de la même peine tout exploitant d'abattoir ou d'établissement d'équarrissage qui aura contrevenu à l'obligation de transmettre les documents d'accompagnement à certains responsables des services sanitaires ou vétérinaires, ainsi que toute personne qui aura manqué à l'obligation de marquage spécifique faite par l'article 7 dernier alinéa du règlement CEE 714/89 du 20 mars 1989.

### *11. Responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*

Une loi n° 90-488 du 16 juin 1990 (*J.O.* 17 juin 1990, p. 7069) complète la loi du 30 octobre 1968 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire. Elle augmente le montant maximum de la responsabilité de l'exploitant, comme en matière de transport de substances nucléaires.

L'article 18 de la loi prévoit un emprisonnement de deux mois à cinq ans et une amende de 100 000 à 1 000 000 F contre quiconque ne respectera pas l'obligation d'avoir ou de maintenir une assurance ou une autre garantie financière prévue par les articles 7 et 9-2 (cas du transport en transit). Une peine de deux mois à un an d'emprisonnement et une amende de 10 000 à 100 000 F est par ailleurs prévue contre celui qui ne pourra pas produire le certificat d'assurance ou de garantie pour un transport international non couvert par la Convention de Paris.

S'il est constaté par un procès-verbal que l'exploitant ou le transporteur ne peut fournir la justification de l'assurance ou de la garantie financière prévue par les articles 7, 9-2 et 9-3, l'autorité administrative pourra suspendre le fonctionnement de l'installation ou l'exécution du transport jusqu'à production de la justification exigée. Bien évidemment, en ce cas, toutes mesures pourront être prises par l'autorité administrative, aux frais de l'exploitant ou du transporteur pour assurer la sécurité des personnes et des biens.

### *12. Protection des consommateurs contre les clauses abusives*

Un décret n° 90-493 du 15 juin 1990 (*J.O.* 21 juin 1990, p. 7200) détermine les sanctions applicables en cas d'infraction aux dispositions de l'article 35 alinéa 4 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs.

Est puni de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe, le fait, pour un professionnel vendeur ou prestataire de services de ne pas remettre à toute personne intéressée en faisant la demande un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement. En cas de récidive, ce sont les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la 5<sup>e</sup> classe qui sont applicables.

## III. — REGIME DES PEINES ET DES MESURES DE SURETE

13. *Mise en service d'établissements classés « centre de détention »*

Deux arrêtés du 10 mai 1990 (*J.O.* 23 mai 1990, p. 6163) indiquent la mise en service à compter du 2 mai d'un centre de détention à Joux-la-Ville (Yonne) et à Saint-Mihiel dans la Meuse.

Un autre arrêté du 15 juin 1990 (*J.O.* 30 juin 1990, p. 7673) concerne la mise en service d'un centre de détention à Uzerche (Corrèze).

14. *Mise en service d'une maison d'arrêt*

Un arrêté du 14 juin 1990 (*J.O.* 30 juin 1990, p. 7673) a trait à la mise en service d'une maison d'arrêt à Osny (Val-d'Oise). Cette maison d'arrêt, comme les centres de détention, sont des établissements compris dans le « programme 15 000 », devenu « 13 000 », dont la livraison et la mise en service sont prévus jusqu'à la fin de l'année 1991.

15. *Organisation de l'administration pénitentiaire*

Deux arrêtés du 6 juin 1990 (*J.O.* 8 juin 1990, p. 6717) modifient l'organisation de la direction de l'administration pénitentiaire. Le premier arrêté définit quatre sous-directions (au lieu de trois) : la sous-direction de l'exécution des décisions judiciaires (qui traite des mesures privatives ou restrictives de liberté), la sous-direction de l'exécution de la réinsertion (qui fixe les politiques en matière de prestations d'éducation, de formation de travail et de soins), la sous-direction des ressources humaines (qui gère et assure la formation du personnel dans les établissements et les services extérieurs de l'administration pénitentiaire) et la sous-direction des affaires administratives (qui s'occupe de l'équipement et du budget, en liaison avec la direction de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la Justice).

Le second arrêté fixe les attributions des différents bureaux composant chaque sous-direction.

## IV. — DROIT PENAL DES MINEURS

## V. — PROCEDURE PENALE

16. *Amende forfaitaire minorée*

En application de la loi du 10 juillet 1989, un décret n° 90-388 du 10 mai 1990 (*J.O.* 12 mai 1990, p. 5680) règle la procédure de l'amende forfaitaire minorée.

Un nouvel article R. 49-9 du code de procédure pénale indique les tarifs : 150 F pour les contraventions de la 2<sup>e</sup> classe, 300 F pour celles de la 3<sup>e</sup> classe et 600 F pour les contraventions de la 4<sup>e</sup> classe. Au moment de la constatation de la contravention un avis et une carte de paiement sont remis au contrevenant. L'avis mentionne le montant de l'amende forfaitaire minorée, le délai de paiement et le service auquel le paiement doit être fait (art. R. 49-10 c. pr. pén.). Il mentionne aussi la procédure applicable en cas de non-paiement, notamment le délai et les modalités de la requête de l'article 529-2 du code de procédure pénale, le montant de l'amende for-

faitaire normale et celui de l'amende forfaitaire majorée en cas de non-paiement ou de défaut de présentation d'une requête dans les délais.

Le paiement de l'amende forfaitaire minorée est effectué en espèces ou par chèque entre les mains de l'agent verbalisateur qui délivre une quittance dont le modèle est fixé par un arrêté du ministre du Budget (en fait cet arrêté paraît être celui du 15 mai 1990, *J.O.* 17 mai 1990, p. 5894) qui fixe la taille du format, le nombre de volets et feuillets (signés par le comptable public qui y appose le cachet du poste lorsque le carnet a été utilisé), le deuxième feuillet étant la quittance proprement dite qui est remis au contrevenant (d'autres feuillets sont destinés au comptable public ou aux services).

Si le paiement n'est pas effectué immédiatement, le paiement peut être fait par l'apposition d'un timbre-amende sur la carte de paiement dûment remplie et renvoyée soit au service verbalisateur dans les délais prévus par l'article 529-8 du code de procédure pénale soit au comptable du Trésor. Un arrêté fixera les départements dans lesquels les amendes forfaitaires minorées peuvent être acquittées par l'envoi d'un chèque au Trésor public.

Si le paiement n'a pas lieu dans le délai, le contrevenant est redevable de l'amende forfaitaire normale selon les dispositions des articles R. 49, R. 49-3 à R. 49-8 du code de procédure pénale.

Un autre arrêté du 14 mai 1990 (*J.O.* 15 mai 1990, p. 5807) fixe les formulaires utilisés pour la constatation et le paiement des contraventions soumises aux procédures de l'amende forfaitaire ou de l'amende forfaitaire minorée. Il y a deux volets, le premier étant la carte de paiement et le second l'avis de contravention. Un troisième volet est conservé par le service, il comporte la signature de l'agent verbalisateur. Si les contraventions sont constatées par un terminal informatique portable, l'avis de contravention ne comprend pas le 3<sup>e</sup> volet, mais l'agent doit viser un état récapitulatif journalier des infractions qu'il aura constatées. Un volet n° 3 sera cependant édité en cas de contestation, cette édition devant être la reproduction des informations mises en mémoire informatique.

Les contraventions non soumises à la procédure de l'amende forfaitaire qui ont donné lieu à l'interpellation du contrevenant peuvent être constatées à l'aide du formulaire décrit par l'arrêté. Au dos du 3<sup>e</sup> volet, est établi un rapport d'infraction faisant mention des déclarations du contrevenant et comportant sa signature ainsi que celle de l'agent verbalisateur.

### *17. Listes spéciales des jurés suppléants*

Un décret n° 90-485 du 13 juin 1990 (*J.O.* 15 juin 1990, p. 6980) modifie l'article R. 41-1 du code de procédure pénale. Deux cents jurés suppléants sont prévus désormais pour les départements des Alpes-Maritimes, de la Gironde et de Seine-et-Marne en plus des départements déjà mentionnés dans l'article R. 41-1-2°. Par ailleurs, cent jurés suppléants sont prévus (au lieu de 50) pour les cours d'assises du Calvados, de la Corse-du-Sud, de la Haute-Corse, de l'Hérault, de la Meuse, des Pyrénées-Atlantiques, de la Somme, du Var et des Vosges, ces cours d'assises étant mentionnées à l'article R. 41-1-3° du code de procédure pénale.

### *18. Centralisation des procédures en cas d'accident nucléaire*

L'article 9 de la loi n° 90-488 du 16 juin 1990 (*J.O.* 17 juin 1990, p. 7069) modifie l'article 17 de la loi du 30 octobre 1968 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire. Désormais, en cas d'accident nucléaire survenu sur le territoire de la République ou si, en application de la Convention de Paris, compétence est attribuée à un tribunal français, le tribunal de grande instance de Paris est seul compétent. Toutefois, le procureur de la République et le juge d'instruction du tribunal dans

le ressort duquel a eu lieu l'accident nucléaire ont qualité pour accomplir les actes nécessités par l'urgence, lesquels seront transmis (ensuite) au tribunal de grande instance de Paris.

### 19. *Dédommagement des victimes d'infractions violentes*

Un décret n° 90-447 du 29 mai 1990 (*J.O.* 1<sup>er</sup> juin 1990, p. 6503) publie la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes faite à Strasbourg le 24 novembre 1983 et dont l'approbation avait été autorisée par la loi du 30 décembre 1988 (*V. infra* n° 20).

## VI. — DROIT PENAL INTERNATIONAL

### 20. *Indemnisation des victimes d'infractions violentes*

La Conseil de l'Europe a mis au point une convention en vue de l'indemnisation des victimes d'infractions intentionnelles de violence, ayant subi des atteintes au corps ou à la santé, comme des personnes qui étaient à la charge des victimes décédées à la suite de telles infractions.

Un titre I<sup>er</sup> de la Convention fixe les principes fondamentaux. En premier lieu, le principe est que l'Etat doit contribuer au dédommagement, si la réparation ne peut être assurée par d'autres sources, même dans le cas où l'auteur ne peut pas être poursuivi ou puni (cas peut-être de l'auteur inconnu ou de l'auteur dément). Deux catégories de personnes sont protégées : celles qui ont été atteintes dans leur corps ou leur santé suite à une infraction intentionnelle de violence, et celles qui étaient à la charge de personne décédée à la suite de cette infraction.

La charge de l'indemnisation pèse sur l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise, et ce au profit des ressortissants des Etats parties à la Convention et des Etats membres du Conseil de l'Europe résidant en permanence sur le territoire de l'Etat où l'infraction a été commise.

Le dédommagement doit couvrir au moins la perte de revenus, les frais médicaux et l'hospitalisation et les frais funéraires, et, pour les personnes à charge, la perte d'aliments. Il peut comporter une limite supérieure et un seuil minimum. Il peut aussi être réduit ou supprimé en fonction de la situation financière du requérant, du comportement de la victime ou du requérant, avant, pendant et après l'infraction, comme en cas d'implication de la victime dans la criminalité organisée ou dans une organisation se livrant à des infractions de violence, ou bien encore si une réparation était contraire au sens de la justice ou à l'ordre public. Des mesures peuvent être prises pour éviter un double dédommagement (notamment par suite de sommes versées par un organisme de sécurité sociale ou par une compagnie d'assurances ou tout autre source).

L'Etat peut être subrogé dans les droits de la personne indemnisée.

Une assistance mutuelle est prévue entre les Etats contractants ; en France, l'autorité centrale chargée de recevoir les demandes d'assistance et d'y donner suite est le bureau de la protection des victimes et de la prévention au ministère de la Justice.

D'autres dispositions de la Convention concernent l'ouverture aux Etats membres du Conseil de l'Europe, à l'entrée en vigueur de la Convention et aux réserves susceptibles d'être formulées.

On rappellera que le droit français, même avant sa récente modification par la loi du 6 juillet 1990 qui sera évidemment commentée dans la prochaine chronique législative, répondait aux dispositions essentielles de cette convention.

## C. – CHRONIQUE PENITENTIAIRE ET DE L'EXECUTION DES PEINES

### LES PRISONS FACE AU SIDA : VERS DES NORMES EUROPEENNES

Pierre DARBEDA

*Magistrat*

*« Il y aura des maladies nouvelles. C'est un fait fatal. Un autre fait aussi fatal est que nous ne saurons jamais les dépister dès leur origine. Lorsque nous aurons notion de ces maladies, elles seront déjà toutes formées, adultes pourrait-on dire. Il faut se résigner à l'ignorance de ces premiers cas évidents. Ils seront méconnus, confondus avec des maladies déjà existantes, et ce n'est qu'après une longue période de tâtonnements qu'on dégagera le nouveau type pathogène du tableau des affections déjà classées. »*

Ainsi s'exprimait, en 1933, Charles NICOLLE dans *Naissance, vie et mort des maladies infectieuses*.

L'épidémie de SIDA, qui se répand sur la planète et que les responsables de l'Organisation mondiale de la santé n'ont pas hésité à qualifier de pandémie, n'épargne pas le milieu carcéral. Les medias ont rendu un écho souvent déformé de l'impact du phénomène du SIDA au sein des établissements pénitentiaires. L'image parfois caricaturale, qui était reproduite tendait à signifier que l'institution pénitentiaire sécrétait le virus de l'immunodéficience humaine ou à tout le moins contribuait à la diffuser fortement. Or, s'il existe bien un lien réel entre le virus et la prison, celui-ci n'est qu'indirect, reflétant en définitive la présence de nombreux toxicomanes incarcérés.

Dans un contexte général marqué par l'hystérie, la peur et la réprobation morale, la focalisation des medias sur le milieu carcéral est venue jeter de l'huile sur le feu. Le VIH a réveillé les peurs ancestrales enfouies sous le vernis de rationalité de la société technicienne<sup>1</sup>.

D'aucuns n'hésitent pas à mettre en accusation l'institution pénitentiaire en dénonçant ses carences réelles ou supposées pour faire face à l'épidémie ; d'autres manifestent leur rejet des marginaux qui y sont enfermés et qui font figure de boucs émissaires et de vecteurs du contagement.

1. Les réactions à l'égard du VIH ne sont pas sans rappeler celles suscitées par la syphilis. V. notamment, *Le mal de Naples, histoire de la syphilis*, de Claude Quétel, Paris, Seghers, 1986 ; *Le Monde* 16 juill. 1987, « La syphilis avant le SIDA » par Jean-Noël Jeanneney sur l'angoisse vénérienne du début du siècle ; Alain Corbin, « Le péril vénérien au début du siècle : prophylaxie sanitaire et prophylaxie morale », in *Recherches*, n° 27 déc. 1977.

En Europe, c'est à partir de 1985 que la conscience du phénomène du SIDA par rapport aux détenus s'est manifestée dès lors qu'il devenait évident que l'importance numérique des détenus toxicomanes et que leur haut degré de séroprévalence retentiraient fortement en milieu fermé<sup>2</sup>.

Des mouvements se sont produits notamment entre 1985 et 1987. Des manifestations traduisant des réactions d'angoisse ou de panique chez les personnels et les détenus ont provoqué des troubles à cette époque dans des établissements pénitentiaires de France, Belgique, République fédérale d'Allemagne, Espagne<sup>3</sup>.

Il convient de préciser qu'à l'époque de telles réactions se produisaient dans des hôpitaux, dans des structures sanitaires diverses, en particulier dans des centres d'hébergement de toxicomanes.

Les modes de transmission du virus n'étaient pas totalement connus, spécialement de l'opinion publique, et la méconnaissance du processus de contamination engendrait des attitudes irrationnelles : ici et là certains prônèrent le dépistage systématique et obligatoire de tous les détenus, l'isolement des séropositifs. Des détenus ne voulurent plus cohabiter avec les séropositifs. Des membres du personnel de surveillance ne voulaient plus assurer leur service dans ces conditions, les personnels de police ou de gendarmerie chargés d'escorter les détenus demandaient à l'Administration pénitentiaire de leur désigner les détenus séropositifs.

Dans ce monde clos propice à la propagation des rumeurs, les risques étaient grands de céder à des tentations de simplifications manichéennes.

En 1987, lors de la réunion des directeurs d'Administration pénitentiaire du Conseil de l'Europe<sup>4</sup>, une étude appréhendait la réalité épidémiologique du VIH en milieu fermé : le taux de séroprévalence globale de la séropositivité dans les établissements pénitentiaires était évalué à 12 %. Les taux les plus forts étaient ceux de l'Espagne (25 %), de l'Italie (12,3 %), de la France (12,6 % en région parisienne, moyenne nationale estimée : 6 %) et de la Suisse (11 %). Mon propos est d'exposer brièvement l'action des organisations internationales et notamment du Conseil de l'Europe tendant à l'adoption de lignes directrices tenant compte des exigences éthiques et des réalités du milieu pénitentiaire, puis de tenter d'évaluer leur incidence sur les politiques sanitaires pénitentiaires.

### *Une stratégie internationale de lutte contre le SIDA*

Devant la confusion qui se manifestait à l'époque, les pouvoirs publics, à l'échelle internationale, européenne et nationale, esquissaient des orientations et adoptaient des mesures. Progressivement une stratégie de lutte contre le SIDA se mettait en place. Deux organisations internationales, l'O.M.S. et le Conseil de l'Europe allaient apporter une contribution substantielle à la définition d'une stratégie appropriée à la prévention de la maladie en milieu carcéral.

Sous l'impulsion du Dr. Jonathan Mann, responsable du programme spécial sur le SIDA mis en place par l'O.M.S., le principe d'une action destinée à enrayer la propagation du SIDA dans le respect des droits de l'homme était posé. Ce choix était dicté non seulement pour des raisons éthiques mais également d'efficacité. En effet, les mesures coercitives risquaient de rejeter dans la clandestinité les séropositifs et les

2. Les premiers cas de SIDA en milieu carcéral ont été décrits aux Etats-Unis en 1982. Dans cet article, il est essentiellement question du VIH.1. Les cas de VIH.2 détectés dans les établissements pénitentiaires européens sont assez rares et concernent des personnes originaires de l'Afrique de l'Ouest.

3. *Libération*, 22 août 1985, « SIDA-psychose à la prison de Gradignan » ; *Le Monde*, 3 mai 1987, « Mutinerie anti-SIDA dans une prison belge » ; *Le Matin de Paris*, 23 avr. 1987, « Le SIDA sème la panique dans les prisons espagnoles ».

4. Huitième Conférence des directeurs d'Administration pénitentiaire, 2-5 juin 1987, Rapport du Dr. Harding (Suisse).



malades. Le programme spécial sur le SIDA organisait une consultation sur la lutte contre le SIDA dans les prisons en 1987 à Genève. Cette consultation a porté sur quatre aspects majeurs : la santé en prison, le dépistage et corrélativement le consentement éclairé et la confidentialité, les besoins d'information et d'éducation des personnels et des prisonniers et enfin les modes de prise en charge des détenus.

Partant du constat des différences entre les politiques et les pratiques adoptées par les administrations pénitentiaires nationales, l'O.M.S. a pris position dans le cadre d'une déclaration commune.

Compte tenu du nombre de détenus exposés aux risques, notamment en fonction de la toxicomanie, de la prostitution et de l'homosexualité, cette organisation internationale considère que les autorités pénitentiaires ont le devoir d'informer tous les détenus des risques d'infection par le VIH liés à des comportements sexuels ou à l'injection de drogues. L'O.M.S. prend soin d'élargir le cadre dans lequel doit s'envisager la politique de lutte contre le VIH en milieu pénitentiaire :

- cette lutte doit s'inscrire dans un contexte d'amélioration nécessaire de l'hygiène générale et des services de santé dans les prisons ;
- cette lutte doit s'inspirer des principes généraux adoptés par les programmes nationaux de lutte contre le SIDA qui s'appliquent aussi bien en milieu carcéral qu'à l'extérieur ;
- il est nécessaire de consacrer des ressources humaines et financières supplémentaires afin d'éviter que les autres activités sanitaires n'en pâtissent ;
- il est nécessaire de clarifier les politiques pénitentiaires dans ce domaine qui doivent répondre aux exigences suivantes :
  - les administrations pénitentiaires doivent prendre leurs responsabilités en vue de réduire la transmission du VIH dans les prisons ;
  - les détenus doivent avoir accès aux programmes éducatifs, aux tests de dépistage, à des prestations de soins équivalentes à celles de la Communauté, à l'information sur les traitements et la liberté de refuser ces traitements ;
  - les pratiques discriminatoires doivent être proscrites : qu'il s'agisse du dépistage à l'insu des intéressés, de la ségrégation, de l'isolement à moins que leur bien-être même ne l'exige ;
  - les personnels doivent recevoir une information actualisée et une formation appropriée dans le cadre plus général de la santé et de l'hygiène du travail. Par cette formation, ils doivent être en mesure de prendre en charge de la façon la plus humaine la population incarcérée infectée par le VIH.

Parallèlement, des programmes d'éducation pour la santé doivent être mis en oeuvre pour les détenus. Les moyens de la prévention doivent être donnés y compris les préservatifs qui doivent être disponibles. La consultation O.M.S. ajoute prudemment que dans certains établissements où les conditions de détention seraient moins rigoureuses il conviendrait d'envisager la possibilité de disposer d'aiguilles stériles. On verra plus loin que cette disposition qui n'est pas appliquée pose un problème de principe.

Enfin, la consultation O.M.S. recommande la participation des établissements pénitentiaires aux programmes nationaux de lutte contre le SIDA ainsi que la participation aux travaux du Comité national de lutte contre le SIDA.

Le huitième Congrès des Nations Unies sur la prévention de la délinquance, réuni en septembre 1990 à La Havane, a adopté un projet de résolution sur cette question prenant acte de la position de l'O.M.S. et demandant aux Etats de mettre en oeuvre des programmes de prévention et de lutte contre le SIDA dans les prisons.

*Les recommandations du Conseil de l'Europe*

Au niveau européen, le Conseil de l'Europe, plus précisément le Comité des ministres a adopté le 21 novembre 1987 une recommandation concernant une politique européenne commune de santé publique de lutte contre le SIDA qui constitue l'instrument de référence dans ce domaine. Cette recommandation se réfère explicitement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette recommandation invite les Etats membres à déclarer la lutte contre le SIDA priorité nationale urgente et leur demande d'élaborer la politique de santé publique la plus appropriée pour la prévention du SIDA en arrêtant une stratégie globale comportant des programmes et des mesures scientifiquement justifiés et efficaces sans empiéter inutilement sur les droits individuels des citoyens<sup>5</sup>.

Dans le droit fil de ces choix de société conformes aux valeurs des démocraties pluralistes, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 30 juin 1988 la recommandation 1080 relative à la prévention du SIDA dans les prisons. Comme dans la société, le choix d'une coopération volontaire avec la population est naturellement maintenu pour les personnes incarcérées qui nécessitent une attention particulière, dans la mesure même où le nombre élevé des cas d'infection par le VIH est préoccupant. Les lignes directrices d'une politique européenne de la santé pour prévenir la propagation du SIDA dans les établissements pénitentiaires sont tracées<sup>6</sup>.

Ces lignes directrices inspirées par une conception de responsabilisation individuelle des prisonniers sont les suivantes :

- une information régulière sur l'infection VIH et ses conséquences est fournie à l'ensemble du personnel pénitentiaire ;
- des informations écrites sont fournies aux détenus sur les modalités et conséquences de cette infection et notamment sur les dangers des pratiques homosexuelles et de la toxicomanie par injection intraveineuse ;
- la possibilité d'obtenir un test de dépistage et de recevoir des conseils, tout en garantissant la confidentialité des résultats.

A cet égard, l'Assemblée parlementaire précise que les résultats demeurent secrets « sauf pour les autorités directement concernées par la santé et par l'administration des détenus ». Sur ce dernier point on peut observer qu'il n'y aura pas consensus, le corps médical considérant dans la plupart des Etats qu'il est le seul détenteur des informations proprement médicales.

- Les mesures ségrégatives doivent être évitées mais à une condition : que les détenus n'agissent pas de manière irresponsable. On peut penser sur ce dernier point à des détenus ayant un comportement prédateur à l'égard de codétenus ;
- le transfert des détenus qui développent la maladie doit être organisé vers les hôpitaux spécialisés et la libération des détenus « condamnés par la maladie » doit être prévue pour des raisons humanitaires ;
- l'hygiène et l'alimentation dans les prisons doivent être suffisantes pour ne pas accroître les risques du développement du SIDA chez les détenus immunodéprimés.

Un ensemble de mesures préventives sont préconisées :

- mettre des préservatifs à la disposition des détenus ; prendre des mesures rigoureuses pour empêcher l'introduction frauduleuse de drogues et de matériels d'injection en milieu carcéral ;

5. Se reporter également à la recommandation R(89) 14 du Comité des ministres sur les incidences éthiques de l'infection VIH dans le cadre sanitaire et social.

6. La 16<sup>e</sup> Conférence des ministres européens de la Justice, qui s'est tenue à Lisbonne les 21-22 juin 1988, a recommandé d'établir des principes de politique commune dans la lutte contre le SIDA et d'accorder une priorité à l'impact du SIDA sur l'administration des prisons.

— offrir une aide aux toxicomanes et en dernier ressort mettre à disposition des seringues et des aiguilles à usage unique.

L'Assemblée parlementaire charge le Comité européen pour les problèmes criminels d'élaborer des règles minima fondées sur ces orientations pour le traitement des détenus séropositifs.

### *Normes européennes, politiques nationales*

Quelle a été l'influence de ces recommandations sur les orientations de la politique sanitaire dans le monde carcéral ? Ces recommandations sont venues opportunément, soit conforter les orientations des programmes nationaux, soit infléchir dans un sens plus respectueux des libertés individuelles les politiques qui avaient opté pour des mesures coercitives et ségrégatives.

Il ne rentre pas dans notre propos d'indiquer ici les pays qui ont eu une attitude exemplaire ou qui au contraire ne respectent pas totalement les recommandations internationales.

Rappelons simplement l'existence de deux modèles de gestion des détenus séropositifs auxquels se rattachent peu ou prou les politiques de lutte contre le SIDA en prison.

— Le premier modèle, que l'on pourrait qualifier de gestion autoritaire, se caractérise par le dépistage obligatoire, l'isolement des prisonniers séropositifs, les restrictions d'accès aux ateliers et aux terrains de sport, le refus de mettre à disposition des détenus les préservatifs.

— Le deuxième modèle est celui de la gestion libérale du VIH dont les principaux caractères sont le dépistage consenti, la non-discrimination, le développement des mesures de prévention et la possibilité de se procurer des préservatifs, le soutien psycho-social, etc.

Certains Etats qui avaient adopté des mesures se rattachant au premier modèle ont modifié récemment leur politique pour se rapprocher ou se mettre en conformité avec le second modèle.

Globalement, la plupart des Etats du Conseil de l'Europe évoluent favorablement en fonction du modèle libéral fondé sur la responsabilité des détenus par rapport à leur santé.

### *Les difficultés de la prévention*

Dans le domaine de la prévention, l'accès aux préservatifs s'est le plus souvent heurté aux règles de fonctionnement des établissements pénitentiaires ou plus exactement à une certaine morale qui tend à considérer comme inacceptables les relations homosexuelles en prison. Or, le préservatif s'est révélé un moyen efficace permettant de réduire le risque d'infection au cours des rapports sexuels. Priorité doit donc être donnée à la prévention sanitaire sur une attitude finalement hypocrite puisque au cours de la nuit pénitentiaire les personnels ne contrôlent pas l'intimité des cellules.

Neuf pays européens offrent la possibilité aux détenus de se procurer des préservatifs, sous des modalités différentes : distributeur automatique, service médical, achats en cantine. Dans la mesure où la plupart des détenus sont opposés à une distribution trop voyante et par là-même stigmatisante, le mode de distribution relativement discret par le service médical doit être préféré : il assure, autant qu'il est possible, une certaine confidentialité.

Il est certain que dans la plupart des Etats la question des préservatifs, médiatisée par la presse, a suscité des réactions vives à la fois chez les personnels et les détenus, sauf dans les pays scandinaves où les préservatifs étaient disponibles via la cantine avant même l'apparition du SIDA. Les informations sur les préservatifs doivent s'inscrire dans un projet global d'information des détenus afin de les mobiliser sur l'ensemble des mesures de précautions à prendre.

La prévention du VIH a constitué par ailleurs un révélateur sur les relations sexuelles en prison. En l'absence d'étude précise sur cette question, et bien que l'on ignore la mesure réelle d'activités homosexuelles, il est certain que des relations occasionnelles existent entre certains détenus. De là la demande de certains de permettre les relations hétérosexuelles entre les détenus et leurs compagnes dans le cadre de visites conjugales. Quelle que soit la pertinence de cette observation, il paraît préférable de fonder la mise en place de visites conjugales sur le maintien des liens familiaux pour des détenus qui ne peuvent pas obtenir de permission de sortir.

La prévention du VIH a posé une autre difficulté en ce qui a trait à l'introduction clandestine de seringues et d'aiguilles hypodermiques. Bien que les contrôles classiques parviennent à limiter l'entrée de drogues et de matériel d'injection, d'aucuns s'interrogent sur le point de savoir s'il ne vaudrait pas mieux fournir aux toxicomanes du matériel d'injection stérile. Cette hypothèse ne manquerait pas de soulever des problèmes légaux et en particulier de poser la question de savoir si l'Administration ne se rendrait pas alors complice d'une incitation à l'usage de drogues.

On observe qu'aucun Etat n'autorise actuellement la mise à disposition de seringues ou d'aiguilles dans les établissements pénitentiaires. En revanche, dans certains Etats, l'eau de Javel diluée à 0,5 % permet d'assurer la prophylaxie du VIH par le nettoyage des aiguilles et répond plus largement à des exigences d'hygiène générale. C'est cette solution qui devrait être, à notre sens, préconisée dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

### *La prise en charge sanitaire*

Qu'en est-il actuellement de la prise en charge sanitaire, notamment pour les détenus malades ?

Dans une majorité d'Etats du Conseil de l'Europe, le système national ou régional de santé participe à la politique de soins VIH/SIDA pour les personnes incarcérées : cette participation prenant la forme de l'hospitalisation dans les hôpitaux et des consultations assurées dans les établissements pénitentiaires. Il existe aussi des unités de soins en milieu pénitentiaire<sup>7</sup>.

Dans le cas français, c'est par la contractualisation des relations entre l'hôpital et la maison d'arrêt que s'opèrent d'une part l'organisation de consultations spécialisées au sein des infirmeries pénitentiaires et d'autre part l'hospitalisation des détenus malades dans les services appropriés des centres hospitaliers. Ces procédures assurent aux détenus des prestations de santé équivalentes à celles dont ils auraient bénéficié s'ils avaient été en liberté et qui plus est leur permettent d'obtenir un suivi après leur libération auprès de ces centres de référence<sup>8</sup>.

La plupart des Etats européens qui développent une coopération entre les services de santé communautaires et les services de santé pénitentiaires bénéficient pour les détenus du système général de protection sociale. On a quelques raisons de penser que la lutte contre le SIDA est facilitée dans l'institution pénitentiaire dès lors que les détenus bénéficient de la protection sociale de droit commun.

7. Par exemple en Grande-Bretagne : unité de 22 lits dans la prison d'Edimbourg ; unité de 9 lits dans la prison de Brixton. Cf. *Prison Service Journal*, printemps 1990.

8. Pour la France, se reporter à la circulaire ministère de la Justice/ministère de la Santé, du 17 mai 1989.

Une évolution générale se dessine en ce sens et le SIDA a sans doute accéléré cette tendance. Caractéristique est le cas de la Norvège qui passe d'un financement spécifique de soins en milieu carcéral à une prise en charge par le système de santé local.

Quel que soit le choix de financement retenu, il est nécessaire de mobiliser les ressources humaines et financières pour assurer non seulement les soins médicaux mais aussi le « *counselling* » et le soutien psycho-social des séropositifs et des sidéens de manière à prendre en charge globalement les personnes infectées.

### *Le VIH comme révélateur*

A cet égard, le VIH a révélé l'étendue des besoins de santé de la population incarcérée et corrélativement les insuffisances de la réponse médico-sociale mise en oeuvre. Cette épidémie nécessite aussi de repenser la lutte contre la toxicomanie à la lumière de l'action préventive nécessaire pour endiguer l'infection par le VIH. D'après certaines études parcellaires, les campagnes de prévention auprès des toxicomanes ne seraient pas restées sans effet sur les taux de séroprévalence du VIH. Par ailleurs, la prévalence relativement élevée de l'hépatite B liée à l'injection de drogues ainsi que la recrudescence de la tuberculose, consécutive au VIH, rendent indispensable le renforcement du service médical des établissements pénitentiaires.

### *Libération anticipée*

Pour les détenus malades en phase terminale, l'O.M.S. et le Conseil de l'Europe recommandent qu'ils puissent bénéficier de mesures de libération anticipée.

L'exemple français permet d'illustrer l'éventail des situations et des moyens juridiques propres à assurer cette libération souhaitable pour des raisons humanitaires. Il est d'abord nécessaire de distinguer les prévenus des condamnés. Pour les premiers, leur mise en liberté dépend du juge d'instruction, le plus souvent, ou éventuellement du Procureur de la République.

Lorsqu'il s'agit de condamnés définitifs, plusieurs mesures peuvent être envisagées : la suspension de peine pour motif médical, la libération conditionnelle, le placement extérieur, la semi-liberté ou le recours en grâce.

Point n'est besoin d'insister sur ces différentes mesures — connues par ailleurs — mais il faut souligner que ces mesures peuvent être adoptées généralement dans des délais rapides — ce qui constitue un impératif dans ces pathologies particulièrement graves — car prises par le juge de l'application des peines (sauf pour la suspension de peine si la suspension excède trois mois et en matière de libération conditionnelle pour les peines supérieures à trois ans, ainsi que le recours en grâce, prérogative régaliennne).

En matière criminelle, il est possible de recourir à la grâce présidentielle reconnue par la Constitution du 4 octobre 1958 qui constitue une mesure exceptionnelle. La grâce peut être totale et libère le condamné ou elle peut être partielle auquel cas l'intéressé est mis dans les temps d'une libération conditionnelle. Sauf dans des cas très rares, la procédure du recours en grâce n'aboutit qu'après un délai qui n'est pas inférieur à trois mois. Chaque année des décrets de grâce sont pris pour répondre à des situations médicales graves, dictés par le souci du respect de la dignité humaine<sup>9</sup>.

### *Femmes incarcérées*

Il est important de ne pas passer sous silence cette minorité de détenues que sont les femmes qui cumulent souvent des handicaps assez lourds du point de vue de leur

9. En France en 1989 sur 27 grâces médicales accordées pour des condamnations à une peine privative de liberté, 14 l'ont été pour des cas de SIDA.

parcours dans la toxicomanie et leurs difficultés d'insertion socio-professionnelle. Une prise en charge plus spécifique s'impose, notamment pour celles qui sont enceintes et pour lesquelles le service médical devrait proposer un test de sérodiagnostic afin d'évaluer le risque pour la mère et l'enfant. Il est indispensable d'informer les femmes enceintes séropositives des risques encourus par l'enfant et d'envisager la possibilité d'avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse.

\*

\* \*

En conclusion, je rappellerai que la prison n'est pas sidatogène mais qu'elle est impliquée dans la lutte contre le VIH dès lors qu'elle héberge de nombreux marginaux, toxicomanes au mode de vie précaire et à risques du point de vue de la prévention.

A court terme, l'extension de la séropositivité en milieu carcéral est vraisemblable. Les prévisions à plus long terme sont extrêmement difficiles à établir dans la mesure où il demeure beaucoup d'incertitudes quant à l'évolution des groupes de toxicomanes<sup>10</sup>, à l'impact que peut produire l'action de prévention ainsi qu'à l'amélioration de la thérapeutique appliquée aux personnes infectées.

Le Conseil de l'Europe, dans un souci d'unification normative, s'attache à promouvoir des directives à la fois efficaces et respectueuses des libertés. Les Etats du Conseil de l'Europe doivent s'efforcer de suivre ces règles et de donner aux administrations pénitentiaires les moyens suffisants pour faire face à la lutte contre le SIDA.

Outre les personnes incarcérées, il apparaît tout à fait souhaitable de mettre en oeuvre également au bénéfice des populations exécutant une décision judiciaire dans la communauté des actions de prévention et dès lors qu'elles sont infectées par le virus, des mesures d'accompagnement de soutien et d'orientation vers les structures sanitaires appropriées.

10. En France, alors que les taux de séropositivité chez les toxicomanes intra-veineux variaient dans une fourchette de 50 à 70 % il y a 5 ans, les études disponibles sur les échantillons nationaux donnent des taux de prévalence de 30 à 43 %.

## D. — CHRONIQUE INTERNATIONALE

### I. — DROITS DE L'HOMME

L.-E. PETTITI

*Juge à la Cour européenne des droits de l'homme  
Ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris  
Président de l'Institut de formation en droits de l'homme au Barreau de Paris*

#### I. — *Affaire B. c/ Autriche du 28 mars 1990*

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 28 mars 1990 son arrêt dans l'affaire *B. c/ Autriche* qui portait sur les articles 5-3 et 6-1 de la Convention européenne.

##### *Les faits*

« Le 26 juin 1980, la police informa le parquet de Salzbourg des soupçons pesant sur le requérant. Le 30, le tribunal régional (*Landesgericht*) de la même ville ordonna une perquisition dans l'appartement et les bureaux d'une société de M. B. Celui-ci se vit arrêter dès le lendemain 1<sup>er</sup> juillet, sur quoi des poursuites pénales furent engagées contre lui. Après l'avoir interrogé le 3, le tribunal décida de prolonger la détention provisoire (*Untersuchungshaft*) en vertu de l'article 180 §§ 1 et 2, alinéas 1 à 3, du code de procédure pénale (...).

Une fois l'instruction achevée le 8 mai 1981, l'acte d'accusation (...) fut communiqué au requérant le 27 mai ; il devint définitif le 21 juin 1981 après le rejet de son recours par la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Linz. Il lui reprochait des actes ou tentatives, selon le cas, d'escroquerie qualifiée et commise en professionnel (*gewerbsmäßiger schwerer Betrug*), au sens des articles 146 et 147 § 3 du code pénal, ainsi que diverses infractions à la législation sur le contrôle des changes.

Le dossier contenait treize volumes, dont plus d'une centaine de pages d'expertises ; (...).

Le procès (*Hauptverhandlung*) dura plusieurs jours, au cours desquels déposèrent trente témoins. Ouverts le 9 novembre 1981, les débats furent suspendus le 12, aux fins d'un complément d'instruction demandé notamment par l'accusé ; ils ne reprirent que le 15 novembre 1982. Le compte rendu totalisait 357 pages.

Le 16 novembre, le tribunal condamna M. B. à huit ans d'emprisonnement, la période de détention provisoire devant s'imputer sur la peine. Il le reconnaissait coupable de vingt-quatre crimes (*Verbrechen*) d'escroquerie qualifiée et commise en professionnel pour des montants allant de 10 000 à 1 000 000 shillings » (§ 9 à 11).

*Le droit interne*

« L'article 180 §§ 1 et 2 du code de procédure pénale permet de placer une personne en détention provisoire — s'il existe des raisons sérieuses de la soupçonner d'avoir commis une infraction pénale — en cas de danger de fuite, de collusion ou de répétition des infractions.

D'après l'article 193, la détention ne peut durer plus de deux mois si elle ne repose plus sur le danger de collusion, ni plus de six dans les autres hypothèses. La juridiction de deuxième instance peut cependant, si le juge d'instruction ou le ministère public l'y invitent et si la difficulté ou l'ampleur de l'enquête l'exigent, la prolonger jusqu'à un maximum de trois mois dans le premier cas et, dans le second, d'un an, ou même de deux si la peine encourue atteint ou dépasse dix ans.

Jusqu'au 30 juin 1983, la détention provisoire fondée sur un motif autre que le seul danger de collusion échappait à toute limite de durée à partir de la mise en accusation définitive ou de l'ordonnance fixant la date de l'ouverture du procès ; depuis lors, les délais mentionnés plus haut cessent de courir aussitôt que commencent les débats. L'accusé pouvait et peut à tout moment présenter une demande d'élargissement (art. 194 § 2).

Selon les articles 194 et 195, pareille demande et tout recours contre une décision prolongeant la détention sont examinés par la chambre du conseil en audience non publique, en présence du prévenu ou de son avocat. A défaut d'une telle initiative de l'intéressé, la détention fait l'objet d'un contrôle d'office quand elle a duré deux mois ou que trois mois se sont écoulés depuis la dernière audience et que le prévenu n'a pas d'avocat.

La mise définitive en accusation ou la fixation de la date d'ouverture du procès entraînent la suppression des audiences de contrôle ; les décisions sur le maintien en détention incombent à la chambre du conseil siégeant à huis clos (art. 194 § 4).

La détention provisoire prend fin au plus tard au moment où le condamné commence à purger sa peine, sur la durée de laquelle elle s'impute (art. 38 c. pén.). Lorsqu'il exerce un recours auquel la loi reconnaît un effet suspensif — par exemple un pourvoi en cassation (art. 284 § 3) ou un appel relatif au taux de la peine (art. 294 § 1) —, il demeure en détention provisoire jusqu'à la décision définitive (art. 397) » (§ 25 à 28).

Le requérant se plaignait de la durée de cette détention, alors qu'il n'avait aucune responsabilité dans le prolongement de la procédure.

La Cour a relevé : « La persistance des raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention (arrêt *Stögmüller* du 10 nov. 1969, série A n° 9, p. 40, § 4). Cependant, au bout d'un certain temps elle ne suffit plus ; la Cour doit alors examiner les "motifs qui ont déterminé les autorités judiciaires à décider" pareille mesure (*ibid.* ainsi que les arrêts *Wemhoff* préc., série A, n° 7, p. 24-25, § 12 et *Ringeisen* du 16 juill. 1971, série A, n° 13, p. 42, § 104).

Quand ils se révèlent "pertinents" et "suffisants", il lui incombe de rechercher de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté "une diligence particulière" à la poursuite de la procédure (arrêt *Matznetter* du 10 nov. 1969, série A, n° 10, p. 34, § 12).

Pour prolonger la détention litigieuse, les juridictions autrichiennes invoquaient — en sus de la gravité des infractions reprochées à M. B. — les dangers de fuite, de collusion et de répétition des infractions.

La chambre du conseil écarta cependant le second d'entre eux dès le 10 septembre 1980, un peu plus de deux mois après le début de la détention, car l'enquête avait assez avancé (...).

Quant au risque de fuite, la Cour rappelle que l'éventualité d'une condamnation sévère ne suffit pas, après un certain temps, à justifier la longueur d'une détention (arrêt *Wemhoff*, préc. série A, n° 7, p. 25, § 14). Les juridictions saisies s'appuyèrent pourtant aussi sur d'autres circonstances pertinentes, comme le manque d'intégration sociale du requérant et ses contacts avec l'étranger ; elles relevèrent en outre que l'intéressé, déjà condamné pour des actes similaires, en avait commis à nouveau après sa libération en mars 1979, de sorte qu'il y avait danger de récidive (...). Il ne leur avait présenté aucune défense adéquate sur ces divers points (...) » (§ 42 à 44).

Pendant la phase de l'instruction, le juge montre la diligence voulue pour instruire cette affaire complexe, qui fait l'objet d'un complément d'information demandé par l'accusé. La Cour estime que de ce fait la durée de la détention litigieuse ne peut passer pour déraisonnable au titre de l'article 5-3. En ce qui concerne la durée même de la procédure, la prolongation résultant du délai de rédaction de jugement rendu le 28 août 1989, 33 mois après le prononcé, la Cour estime que la durée a été excessive au titre de l'article 6-1 et que les mesures prises par l'autorité judiciaire ont été insuffisantes et tardives. En conséquence la Cour retient la violation de l'article 6-1.

## II. — *E. c/ Norvège*

Le plus récent arrêt rendu le 29 août 1990 concernait l'affaire *E. c/ Norvège*. Il s'agissait d'un ressortissant norvégien condamné à un internement de sûreté de cinq ans au maximum pour voies de fait. Il séjourne ensuite temporairement dans des établissements.

« Le 3 juillet 1978, le parquet résolut d'interner le requérant, conformément à l'article 39 § 1 e), dans un pavillon de sécurité à l'établissement national de détention pénale et de sûreté d'Ila (« Ila »).

Le 8 septembre 1978, M. E. sollicita son élargissement sous tutelle de sûreté (*sikring i Frihet*). Le 18, la directeur d'Ila transmit la demande au ministère de la Justice en formulant l'avis que, malgré la difficulté de trouver une solution appropriée, il ne semblait pas adéquat de détenir l'intéressé en prison. Le 5 octobre 1978, le ministère décida néanmoins que ce dernier resterait à Ila jusqu'à nouvel ordre.

Le 10 janvier 1979, l'avocat du requérant, se référant au jugement du 26 juin 1978, invita le ministère de la Justice à libérer son client et à le placer sous tutelle de sûreté conformément à l'article 39 § 1 a) à c). Appuyée par le directeur d'Ila, sa démarche aboutit le 24 avril 1979 au résultat souhaité. Cependant, une semaine environ plus tard M. E. dut regagner Ila faute d'avoir respecté les conditions prescrites. Il bénéficia d'un nouveau régime de permission spéciale, mais refusa de retourner à Ila quand expira le temps d'absence autorisé ; la police l'y amena le 16 août 1979.

Par une lettre du 17 septembre 1979 au ministère de la Justice, le directeur d'Ila recommanda de relâcher le requérant sous tutelle de sûreté, au titre de l'article 39 § 1 a) à c). Il soulignait que le cas relevait manifestement de la psychiatrie et ne se prêtait pas à un internement pénitentiaire ; il engageait le ministère à prendre contact avec les services de santé pour confier l'intéressé à un établissement psychiatrique approprié.

Le 21 janvier 1980, le ministère de la Justice décida, en vertu de l'article 39 § 1 a) à c), de libérer le requérant à la condition, entre autres, qu'il résidât chez ses parents. En raison de plusieurs incidents violents, M. E. fut pourtant arrêté derechef ; le 15 juin 1980, le tribunal d'arrondissement de Krager le condamna à quatre-vingt-dix jours de prison, peine considérée comme subie pendant la détention provisoire.

Le requérant se plaignait de la violation de l'article 5-4, soulignant l'absence de règles de fond sur l'abandon ou la reprise de mesures de sûreté ou de contrôle judiciaire et l'absence de recours effectif. En outre il se plaignait de la durée de la procédure. La Cour constate que les voies de recours contre la décision du ministre étaient

disponibles et permettaient d'apprécier la légalité de la décision ministérielle. La Cour ne retient pas de violation sur ce point (cf. affaire *Weeks, Van Droogenbroeck, Brogan*). En ce qui concerne la durée, cinq semaines entre le dépôt de la demande de contrôle judiciaire et l'audience, puis trois semaines avant la décision, la Cour considère :

« Sans doute le juge chargé du dossier avait-il besoin de quelque temps pour mener les enquêtes nécessaires, mais les lenteurs initiales s'expliquent manifestement par des problèmes administratifs liés au fait que la saisine du tribunal eut lieu au cours des vacances. Pourtant, la Convention astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre à ses diverses exigences (arrêt *Bezicheri* du 25 octobre 1989, série A, n° 164, p. 12, § 25) et il incombe aux autorités judiciaires d'adopter les arrangements pratiques voulus, même pendant les vacances, pour assurer un traitement diligent des questions urgentes ; cela vaut en particulier lorsqu'il y va de la liberté d'un individu. Or de telles mesures ne semblent pas avoir été prises en l'espèce.

Quant à la période de trois semaines consacrée à rédiger le jugement, peut-être eût-elle été beaucoup plus brève, comme le prétend le gouvernement, si le tribunal d'Oslo avait abouti à une autre conclusion après l'audience. M. E. n'en avait pas moins droit à une décision à bref délai — positive ou négative — sur la légalité de son internement (arrêt *Sanchez-Reisse*) ».

La Cour constate de ce chef la violation de l'article 5-4.

Plusieurs affaires françaises sont inscrites au rôle de la Cour européenne saisie par la Commission, au vu du rapport de celle-ci. Citons notamment *Cardot, Letellier* pour lesquelles les arrêts interviendront en 1991 et seront commentés dans cette chronique.

### III. — *Audition de témoins*

La Cour européenne statuant sur l'application des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a eu plusieurs fois en 1989 et 1990 à examiner le problème de l'audition des témoins en matière de procédure pénale, à partir des décisions rendues au stade interne, soit en première instance, soit en appel, confrontées aux exigences de l'article 6. Elle a à chaque fois analysé les conditions du déroulement du procès par application des dispositions nationales au regard des normes de la Convention européenne, en particulier celles concernant le principe du contradictoire, le respect des droits de la défense, l'égalité des armes. Dans le passé, la Cour avait précisé sa doctrine par les arrêts *Bonisch, Barbera, Unterperpinger*. Plus récemment la Cour a siégé dans l'affaire *Windish c/ Autriche*. L'affaire *Delta* concernant la France est venue à l'audience publique du 27 août 1990 et l'arrêt devrait intervenir en cours d'année.

Rappelons quelques paragraphes pertinents des précédents arrêts.

Arrêt *Barbera, Messequé et Jabardo c/ Espagne* du 6 décembre 1988 :

« Les requérants n'ont jamais eu l'occasion de questionner une personne dont le témoignage capital avait été recueilli en leur absence et fut réputé lu à l'audience. Cf. *Unterperpinger* » (§ 86).

« La Cour conclut que la procédure en cause, considérée dans son ensemble, n'a pas répondu aux exigences d'un procès équitable » (§ 89).

Arrêt *Kamasinski* du 19 décembre 1989 :

« En matière pénale, le "procès équitable" voulu par l'article 6-1 implique pour l'accusé la possibilité de discuter les preuves recueillies sur des faits contestés, même relatifs à un aspect de la procédure et non à l'infraction incriminée en tant que telle. Comme le souligne la Commission, la déclaration reproduite émanait d'un magistrat — le président du tribunal — sur qui pesait, d'après Kamasinski, la responsabilité de n'avoir pas assuré une interprétation adéquate pendant les débats. Certes, le gouver-

nement y insiste, les informations données par le président du tribunal ne constituaient pas, au regard du droit autrichien, la raison primordiale de repousser le moyen en question. Il n'en demeure pas moins que dans la conduite de l'enquête, la Cour suprême ne respecta pas le principe du contradictoire, l'une des principales garanties d'une procédure judiciaire (V. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Feldbrugge* du 29 mai 1986, série A, n° 99, p. 17-18, § 44) ».

Pour la Cour, « il en résulta une violation de l'article 6-1 ».

Pour les affaires en cours, le cas *Windish c/ Autriche* se situait dans le contexte suivant :

le jugement écrit du tribunal régional d'Innsbruck signifié au requérant le 10 décembre 1985 se référait longuement aux déclarations des deux témoins non identifiés à la police. « Quant à la question de leur anonymat, il disait ceci :

« Le tribunal ignore le nom de ces deux femmes. La direction de la police du Tyrol n'a pas relevé les enquêteurs de leur devoir d'observer le secret ; partant, ils ne sont pas à même de divulguer l'identité des deux femmes. Cette décision lie le tribunal (...). Il convient d'ajouter à cet égard que la police a ordre de coopérer avec la population pour élucider les infractions. Les deux femmes ont demandé aux enquêteurs de ne pas révéler leur nom car elles craignaient des représailles. Ce sont des personnes simples mais dignes de foi. On peut s'en remettre aux membres du département des enquêtes criminelles pour ce genre d'appréciation. Il est donc tout à fait admissible de préserver l'anonymat des deux intéressées » (§ 16 du rapport de la Commission).

Le requérant avait contesté tous ces arguments et avait saisi la Commission européenne d'une requête visant la violation de la Convention du fait de la prise en compte de témoignages anonymes. L'arrêt interviendra prochainement.

Pour l'affaire *Delta c/ France*, les faits portaient sur les points litigieux suivants :

« La Commission observe que devant la cour d'appel le requérant demanda expressément que lesdits témoins soient entendus et confrontés avec lui à l'audience. A cette demande la cour d'appel de Paris répondit comme suit : "la demoiselle X a, après l'arrestation du prévenu, déclaré que celui-ci était bien l'homme qui lui avait arraché la chaîne, Mlle Y. a elle aussi identifié Delta comme étant coupable du vol à l'arrachée dont Mlle X. a été victime. Ces déclarations donnent à la cour l'intime conviction que le prévenu s'est rendu coupable des faits reprochés et rend inutiles les auditions des témoins demandées". »

La Commission constate, au vu de la motivation utilisée par la cour d'appel, que les preuves produites devant la cour étaient exclusivement les déclarations faites par les deux témoins devant la police. Aucune autre preuve n'est venue fonder la condamnation, par exemple les pièces à conviction qui auraient été soumises au tribunal, et le requérant n'a jamais fait aucun aveu. La Commission relève par ailleurs que le seul témoin entendu au cours de la procédure fut le gardien de la paix qui témoigna lors de l'audience de jugement en première instance non pas sur les faits qu'il avait personnellement constatés mais sur la véracité des procès-verbaux qu'il avait établis suite aux déclarations des deux jeunes filles » (§ 43 du rapport de la Commission).

Le gouvernement contestait l'interprétation de la Commission. Les débats ont eu lieu le 27 août 1990.

D'une façon générale, la pratique judiciaire française en ce qui concerne l'audition des témoins était assez en retrait par rapport aux interprétations données par la Cour européenne de l'article 6 sur ce point. La combinaison des articles 109, 427, 438, 439, 513 et 552 laissait aux juridictions, en particulier aux cours d'appel, beaucoup de latitude à ce sujet, en raison même de la place accordée à l'intime conviction dans

les motivations en France. La Cour de cassation a heureusement modifié en 1989 sa jurisprudence (affaire *Randhawa*) :

« Attendu qu'aux termes de l'article 6, § 3 *d*) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, "tout accusé a droit notamment à interroger ou faire interroger les témoins à charge" ; qu'il en résulte que, sauf impossibilité, dont il leur appartient de préciser les causes, les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils en sont requis, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins à charge qui n'ont, à aucun stade de la procédure, été confrontés avec le prévenu ;

Attendu que Sarb Randhawa, prévenu de trafic de stupéfiants et infraction douanière, a déposé devant la cour d'appel des conclusions demandant que soient entendus contradictoirement les témoins Joris Suray et Catherine Guillaume qu'il avait fait citer et sur les dépositions desquels reposait exclusivement, selon ses dires, la déclaration de culpabilité ; qu'il précisait qu'il n'avait pu à aucun moment de la procédure les faire interroger ;

Attendu que pour rejeter ces conclusions et bien qu'il fonde la culpabilité du prévenu sur les seules déclarations des témoins précités, l'arrêt attaqué se borne à relever que les témoins dont la comparution était réclamée avaient été entendus lors de l'enquête préliminaire et de l'instruction préparatoire et que le prévenu avait été informé des charges découlant de leurs déclarations ;

Mais attendu que si le refus d'entendre un témoin à charge n'enfreint pas, en tant que tel, les dispositions susvisées de la Convention, les juges pouvant tenir compte des difficultés particulières posées par l'audition contradictoire de ce témoin, tel le risque d'intimidations, de pressions ou de représailles, encore faut-il que ce refus ait lieu dans le respect des droits de la défense et que les juges s'expliquent sur l'impossibilité de la confrontation ». (*Bull.* 1989, n° 13, p. 37-38).

L'ensemble des arrêts de la Cour européenne concernant l'audition des témoins, ceux déjà rendus, ceux à intervenir en 1991, permettra une comparaison plus complète en droit comparé et éclairera davantage les juridictions internes sur l'application de l'article 6 CEDH.

## II. – DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Michel MASSE

*Professeur à la faculté de droit de Poitiers*

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la chronique « Droit pénal international » dans ce numéro. Ils la trouveront dans un prochain numéro.

## E. — CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE

### MAIS QUI SONT DONC LES HOOLIGANS ?

Reynald OTTENHOF

*Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour  
Directeur du Centre de sciences criminelles*

Le *Mondiale* s'est achevé sans que la violence tant redoutée des organisateurs, des responsables du maintien de l'ordre et des « fervents du ballon rond » n'ait explosé dans et hors des stades, transformés en étuves, sous l'effet de la chaleur moite de l'été naissant.

Est-il encore trop tôt ou déjà trop tard pour poser, dans le cadre nécessairement restreint de cette chronique, un regard plus criminologique sur un phénomène dont les médias se sont emparés, le plus souvent hors de toute référence aux analyses scientifiques plus ou moins élaborées auxquelles il a donné lieu.

D'aucuns trouveront le sujet futile, dès lors qu'il concerne le sport, secteur marginal et ludique des comportements sociaux. Les auteurs et les victimes seraient, dès lors, moins intéressants, en vertu d'une « acceptation des risques » supposée, dans un milieu où l'on glorifie la violence et où l'on gratifie la force...

Il est cependant permis de se demander si, dans ce contexte, les auteurs sont moins criminels, parce qu'ils tuent en chantant, et les victimes moins pitoyables, sous prétexte « qu'elles l'ont cherché » ? Peut-on se plaindre que « la violence est partout, dans la société » et s'étonner de la rencontrer aussi dans les gradins des stades ? Raison de plus pour l'étudier là où elle se manifeste, fût-ce hors des lieux habituels : le milieu familial, les routes, les relations de travail, le milieu politique, national ou international, y compris dans le domaine racial.

On serait tenté, par ailleurs, de minimiser un tel phénomène, dans la mesure où il semble plus aisément identifiable : ces hordes sauvages portent l'uniforme et brandissent l'étendard (de leur club). Pour les faire refluer, titubantes et hurlantes sous l'effet conjugué de la bière et de la peur, il suffirait presque de « lâcher les chiens », éduqués à flairer cet étrange cocktail. Il n'en est rien : comme tout comportement humain, le hooliganisme comporte sa part de mystère. A tel point que, passant du pluriel au singulier, nous serions plutôt tenté d'écrire : mais qui est donc ce *hooligan*, pétri de chair et de sang, d'alcool et d'adrénaline, déferlant et hurlant ? Non content d'avoir conduit l'équipe adverse à la défaite, il voudrait encore la peau de ses supporters pour crier « on a gagné ! » avec plus d'allégresse !

Les lecteurs assidus de cette chronique — s'il en est... — se demanderont sans doute pourquoi nous nous acharnons à privilégier l'approche individuelle : délinquants juvéniles, femmes incarcérées, déserteurs, terroristes, etc. « Réflexe de clinicien ! », diront certains, pour qui le qualificatif suffit à condamner le propos. Ils se trompent. Notre incompétence en la matière est trop notoire pour justifier semblable étiquetage.

Répétons-le : nous faisons nôtre cette réflexion du Révérend Père Mailloux : « Le criminel, ce grand méconnu de la criminologie contemporaine ».

Faut-il avoir peur de s'intéresser à l'approche individuelle du sujet, sous prétexte de perpétuer les erreurs de Lombroso — qu'ils n'ont pas lu — ou les crimes des nazis, qu'ils n'ont pas connus. La vérité est souvent moins glorieuse : le « criminel » fait peur, il fascine et il trouble, en excitant les fantasmes individuels et collectifs. Pour s'intéresser à lui, à sa personnalité, pour le comprendre et non le rejeter, ne faut-il pas sinon l'aimer, au moins l'aborder avec empathie ?

A dire vrai, si nous nous intéressons à l'individu, c'est que l'approche globale du phénomène (délinquance juvénile, criminalité féminine, désertion, terrorisme, etc.) nous a toujours laissé sur notre faim. De telles analyses, le plus souvent monodisciplinaires, ne dépassent que rarement le stade descriptif. Les applications susceptibles d'en résulter sont souvent décevantes pour le législateur, le juge, le travailleur social, etc. (la pratique, comme on dit quelquefois, avec une connotation péjorative...).

Mais qui sont donc les hooligans ?

Une fois encore, la réponse à cette question paraît dépendre de l'examen conjoint des trois niveaux d'interprétation que sont l'acte, le sujet et le phénomène.

I. — L'acte hooligan ne présente pas, *a priori*, une très grande *typicité*. Il s'agit davantage d'un comportement global, d'une conduite, plus ou moins délictive, qui ne prend sa coloration pénale qu'au travers d'agissements précis, déjà incriminés par la loi : coups et blessures, homicide, destruction de biens publics ou privés, incendie volontaire, ivresse publique, etc. Ce n'est que dans certains pays que s'observe un rapprochement avec des actes apparemment voisins (A). Il est permis, cependant, de situer l'analyse sur un autre plan, plus propre à mettre en évidence la spécificité du comportement analysé (B).

A. — S'agissant de proposer une analyse des actes accomplis par les hooligans, il peut paraître tentant d'effectuer un rapprochement avec des notions voisines, déjà connues des criminologues : la violence, le vandalisme, la terreur.

1. Les actes commis par les hooligans, dans leur fureur destructrice, constituent à l'évidence des actes de violence. On est donc conduit à rechercher une définition de ces actes par référence aux analyses effectuées pour rendre compte de la violence en matière de sports (V. en dernier lieu : J.-Y. Lassalle, *Sport et Délinquance*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1988. Comp. : L. Lorvellec, « Les aspects juridiques de la violence sportive », in *Mélanges en l'honneur du Doyen P. Bouzat*, Pedone, 1980, p. 285 et s.).

Une telle recherche peut se révéler décevante en notre matière, par la généralité du concept de violence, tout autant que de la matière à laquelle on l'applique. D'une part, la violence en question s'applique à un sport déterminé : le football. D'autre part, il s'agit d'une violence organisée, en bande ou en groupes, dirigée essentiellement contre des personnes déterminées (les supporters de l'équipe adverse) et accessoirement des biens en relation plus ou moins directe avec l'adversaire désigné (les installations sportives et/ou les véhicules appartenant aux supporters).

2. Dans ces conditions, on est tenté de rapprocher les actes des hooligans des actes de vandalisme. A première vue, l'assimilation peut paraître séduisante, compte tenu des résultats auxquels conduisent les débordements en question. Elle n'est toutefois pas pleinement satisfaisante. Le vandalisme est plus souvent le fait d'individus isolés, principalement en bas âge, s'attaquant à des objets revêtant un caractère symbolique. Au contraire, les actes des hooligans sont essentiellement des violences physiques di-

rigées contre les personnes, si l'on en juge par le nombre de victimes dénombrées (V. par exemple l'impressionnant tableau recensant le nombre de morts et de blessés lors d'incidents survenus au cours de matches de football *in* l'étude réalisée par le Conseil de l'Europe pour la quatrième réunion du Groupe d'experts travaillant sur la réduction de la violence parmi les spectateurs, Strasbourg, 25-26 juin 1988 ; V. Muriel Dunnard, « Violence et panique dans le stade de football de Bruxelles : approche psycho-sociale des événements », *Rev. dr. pén. et crim.* 1987. 403 et s.).

Seule une approche fine — rarement réalisée — de l'ensemble des dommages causés par les hooligans permet de caractériser avec une précision suffisante, d'un point de vue criminologique, la nature des actes accomplis, leur relation avec la situation pré-criminelle et la personnalité des auteurs. Au demeurant, de telles précisions apparaissent nécessaires non seulement dans la perspective d'une meilleure compréhension des mécanismes du passage à l'acte, mais encore des stratégies de prévention à mettre en oeuvre : réglementation de la vente d'alcool, fouilles, dissuasion policière, placement des spectateurs dans les tribunes, limitation des stimulations destinées à « chauffer » la foule, systèmes de protection et d'évacuation, etc.

A cet égard, les procès verbaux de la police, les dossiers des compagnies d'assurances, les témoignages des spectateurs, voire l'examen attentif des enregistrements filmés des événements rendront plus de services que les explications macro-sociologiques, si brillantes et séduisantes soient-elles, malheureusement fondées sur des hypothèses abstraites ou des amalgames douteux.

3. Par l'effet qu'il produit ou la crainte qu'il inspire, le comportement des hooligans suggère un rapprochement avec la terreur. Nous avons déjà montré dans cette chronique (V. cette *Revue*, 1988.371 et s.) que la violence terroriste ne prenait sa coloration spécifique qu'à raison du but poursuivi ou des moyens employés. De ce point de vue, l'acte hooligan comme l'acte terroriste ne sont guère différents. Il s'agit d'impressionner, de provoquer la panique, dans le but d'obtenir un résultat plus ou moins clairement exprimé. En l'espèce, le but recherché est l'intimidation de l'adversaire (joueurs, supporters de l'équipe adverse) afin d'obtenir la victoire recherchée, plus difficile à atteindre par les voies légitimes.

D'autre part, l'accomplissement des actes incriminés se réalise, dans l'un et l'autre cas, au travers d'une structure organisée facilitant la réalisation, diluant la responsabilité individuelle, assurant l'anonymat et dotant le groupe d'une « idéologie ».

Mais par delà cette apparente identité de finalité et de structure, la violence hooligan et la violence terreur se révèlent fondamentalement différentes.

Au plan des finalités, il n'existe guère de ressemblance entre l'enjeu essentiellement ludique qui anime les hooligans et l'enjeu politique qui motive les terroristes. Si la différence de mobile ne revêt qu'une mince influence au point de vue juridique, elle présente, au plan criminologique, un intérêt certain au regard de l'analyse différentielle des traits dominants de la personnalité et, partant, des conséquences que l'on peut en tirer à l'égard du traitement, de la prévention, voire de l'organisation de la réaction sociale.

Au plan des structures, force est de constater des différences essentielles entre les deux types d'organisation. Autant l'organisation terroriste est rigoureuse, restreinte, clandestine, structurée, autant le groupe de hooligans est en général anarchique, massif, visible et inorganisé. Nous avons déjà utilisé le terme de horde, évoquant d'avantage le regroupement animal de type grégaire que la bande organisée (V. sur ce point les analyses effectuées dans notre étude sur « Délinquance juvénile et criminalité organisée », *Mélanges en l'honneur du Doyen Bouzat*, *op. cit.* p. 377 et s.).

B. — La référence au type de structure conduit à situer l'analyse des actes commis par les hooligans au sein d'une théorie classique en criminologie, malheureusement

peu renouvelée à l'époque contemporaine (en ce sens : J. Pinatel, *Traité*, t. III, n° 280 et s. et les références citées), depuis les premières études effectuées par Tarde, en 1892 (G. Tarde, « Les crimes des foules », *Arch. anthrop. crim.* 1892, p. 353 et s.). Lorsqu'on réfère le comportement des hooligans aux crimes des foules, on est frappé de retrouver, *grasso modo*, les traits essentiels dégagés à propos de telles analyses, à savoir : l'action en commun et en masse, l'impulsion collective, la libération des tendances.

1. L'action en commun et en masse conduit à poser le problème de la dimension de la structure et par conséquent de distinguer entre le groupe et la foule, comme nous l'avons évoqué *supra*, à propos des rapprochements avec l'organisation terroriste. Il ne s'agit plus seulement d'une question d'ordre quantitatif ; elle est aussi d'ordre qualitatif puisqu'aussi bien l'action de la foule revêt un caractère passionnel, permettant d'assimiler le crime des foules et le crime passionnel, au plan explicatif.

2. L'impulsion collective, assimilée à l'impulsion passionnelle, confère à l'acte hooligan une justification pseudo-justicière. Les slogans, les chants proférés en cette circonstance attestent d'une telle finalité. Le fameux « on a gagné ! » scandé par la foule des supporters soulagés, évoque un sentiment de triomphe d'une justice immanente, fondée sur la reconnaissance des meilleurs, devant un tribunal populaire ayant contribué, par son action collective, à la manifestation de la vérité !

C'est aussi au travers de l'impulsion collective que se manifestent les mécanismes d'imitation, d'identification, de contagion et de suggestion, si bien décrits par G. Tarde. Le développement des emblèmes sportifs (maillots, casquettes, fanions, gadgets divers) objets d'une fabuleuse exploitation commerciale, favorise l'identité du groupe, dont on a pu dire à maintes reprises, qu'il était composé d'individus falots (des *losers* selon la terminologie anglo-saxonne) qui éprouvent, en revêtant l'uniforme, le sentiment d'entrer dans une autre peau.

3. La libération des tendances amène à évoquer la question si débattue de la composition de la structure, ainsi que celle des mécanismes du passage à l'acte. Sur le premier point, qui concerne la personnalité des auteurs, on renverra à la seconde partie de cette étude.

Quant à la question du *passage à l'acte*, elle conduit à distinguer entre les facteurs situationnels et les facteurs réactionnels. Les premiers méritent, comme nous l'avons souligné *supra*, une observation plus attentive que celle à laquelle on s'est livré jusqu'à présent. De là dépend une meilleure connaissance du phénomène hooligan, quant à sa nature et quant à son traitement.

Les seconds, comme le notait déjà Sighele (*in La foule criminelle*, p. 369), se trouvent potentialisés par l'ivresse que l'alcool contribue à libérer. On ne peut, dans ces conditions, que faire nôtre cette conclusion avancée par M. J. Pinatel (*Traité, op. cit.* n° 283 *in fine*) selon laquelle « le stimulus extérieur et la tendance réactionnelle sont inséparables et forment une réalité fonctionnelle ».

*A suivre...*

## F. – CHRONIQUE DE POLICE

### A PROPOS DE L'INSPECTION GENERALE DE LA POLICE NATIONALE : IGPN

Jean SUSINI

*Président honoraire de l'Association française de criminologie*

L'arrêté du 31 décembre 1986 qui crée l'Inspection générale de la police nationale n'a pas seulement réalisé une réforme de structure. Il a également déclenché une profonde révision des méthodes de contrôle.

1. Est donc créée une IGPN (fondant en une seule direction les organismes de contrôle de l'ex-SN et de l'IGS de la préfecture de police). Un arrêté du 27 juillet 1987 étendit la compétence de l'IGS PP à tous les départements de la petite et grande couronne. Les comptes rendus d'inspection, les rapports de contrôle ou d'enquête concernant ces services régionaux sont transmis directement et exclusivement au directeur de l'IGPN. Une harmonisation des compétences et des rôles...

Les attributions et les missions de l'IGPN, dont la fonction principale est l'exercice du contrôle de l'ensemble des services actifs et des établissements de formation de la police nationale, sont : le contrôle des services, les enquêtes sur les personnels actifs, administratifs et techniques de la police, les enquêtes et les études administratives ayant pour but l'amélioration du fonctionnement et toute mission portant sur ce fonctionnement. L'IGPN peut également participer à des missions confiées à l'Inspection générale de l'Administration (I.G.A.).

L'IGPN est placée sous l'autorité d'un directeur, chef du service, qui dirige les activités des membres et des personnels et en contrôle les travaux. Il est assisté par un IGPN (chef adjoint) de l'IGPN, et, en même temps, directeur de l'IGSPP et par un IGPN chargé de la coordination des services et de l'animation des contrôles et des études. Pour l'exécution de leurs missions les membres de l'Inspection générale ont libre accès dans tous les services et locaux. Les services comprennent : un cabinet central de discipline, deux délégations régionales de discipline (l'une à Lyon, l'autre à Marseille).

Concernant la saisine du service : l'article 2 de l'arrêté stipule d'emblée que l'IGPN peut être saisie de demandes d'enquêtes par les autorités judiciaires dans le cadre des dispositions du code de procédure pénale. Hormis ces cas, l'IGPN intervient sur instruction du ministre de l'Intérieur, ou, sous son autorité, du directeur général de la Police nationale, et, pour les affaires relevant de sa compétence, du préfet de police. En outre, en ce qui concerne les deux délégations régionales de discipline, elles peuvent être en cas d'urgence, saisies directement par les commissaires de la République, les commissaires de la République délégués pour la police, ainsi que les chefs de service régionaux et départementaux de police. Les délégations régionales peuvent naturellement être saisies directement par l'autorité judiciaire, des affaires surgissant dans leur ressort. Les policiers du cabinet central et des deux délégations régionales

sont officiers de police judiciaire, ont l'habilitation judiciaire nationale. Dans une circulaire du 1<sup>er</sup> décembre 1986 le Garde des Sceaux s'exprimait ainsi : « ... j'appelle votre attention sur l'intérêt qui s'attache à ce que l'IGPN soit systématiquement saisie dans tous les cas où la responsabilité pénale d'un policier est susceptible d'être engagée dans des affaires graves, complexes ou de nature à avoir un certain retentissement... ». Cette saisine s'avèrera également nécessaire dans les hypothèses où, quelle que soit la gravité des faits, l'enquête judiciaire effectuée au sein d'un service paraîtra susceptible de créer des troubles dans le fonctionnement...

2. Par *note du 1<sup>er</sup> juillet 1989*, le directeur de l'IGPN\* a défini les cinq principaux axes de travail consécutifs à la réforme : les enquêtes disciplinaires (dont nous venons d'évoquer le renforcement de la structure fonctionnelle), les contrôles, l'informatisation, les études et l'harmonisation des méthodes.

Le contrôle « est devenu un *audit opérationnel de service public* : c'est-à-dire une analyse scientifique approfondie des services en fonction de leurs objectifs. Le but est de rendre la police à la fois plus performante et plus motivée et de vérifier l'efficacité du mécanisme de la décision (de sa conception à son exécution). Le contrôle débouche sur des recommandations précises et exploitables par les directions actives concernées ». « *L'informatisation* a été mise en place dans le domaine du suivi des procédures disciplinaires, du contrôle et donc de l'audit et également de la gestion des sanctions disciplinaires au niveau national. Cet effort devrait permettre d'obtenir des statistiques fiables et peut-être de mettre en oeuvre une politique de prévention des fautes professionnelles ».

« Il entre dans la vocation d'une inspection générale de procéder soit de sa propre initiative soit sur commande, à *des études* visant à améliorer l'organisation ou le fonctionnement ».

3. Cette présentation des attributions et des efforts de mise en oeuvre d'une gestion moderne de la police opérationnelle a été approfondie dans un article de la *Revue de la police nationale* (1987) : l'IG « a vocation à vérifier si les décisions ministérielles sont bien exécutées, à veiller à une répartition correcte des tâches ... à collaborer activement à l'adaptation du service public aux nouveaux besoins des administrés et à participer à la *recherche des réformes nécessaires* ». Mais s'agissant de la police, ensemble de rôles et d'activités complexes, véritables systèmes à objectifs multiples et concomitants, soumis à des impératifs et à des servitudes d'urgence, d'obligation d'agir, l'inspection a nécessairement des perspectives originales. C'est cet aspect de contrôle d'un système en action continu au sein d'une fonction administrative traditionnelle que soulignait le directeur. Et que précisément le régime administratif français de droit « public interne » avait tendance à considérer de trop haut ou loin. La nouvelle démarche d'inspection, commandée par un souci de clarté, de pragmatisme, conduit donc à examiner sous de nouveaux angles la fonction de police. La réforme de 1986, dans un premier temps a donc visé à organiser la clarification de ce qui se passe dans *l'épaisseur propre* de la police<sup>1</sup>. En exposant la normalisation du rôle disciplinaire de l'Inspection générale le rédacteur de l'article de la *Revue de la police nationale* a évoqué à son insu la possibilité de l'évolution de l'exercice de ce rôle vers l'élaboration d'un droit policier... Ceci d'autant plus que les contrôles, de par leur modernisation, ne seront pas sans accumuler, de leur côté, des matériaux. Dans cette direction la collaboration des contrôles judiciaire et administratif peuvent s'avérer féconds. Les enquêteurs agissent conformément aux règles du code de procédure pénale et du statut. Les plaintes des particuliers sont systématiquement traitées. Les fonctionnaires du cabinet central sont capables d'aller à tout moment enquêter n'importe où sur le territoire national. La rationalisation du rôle disciplinaire de l'Inspection générale est la condition nécessaire d'une évolution plus approfondie où le respect

\* M. Gérard Maurel que nous remercions pour son accueil et les facilités accordées.

1. J.-J. Gleizal, *Le désordre policier*, PUF, 1985.

d'une légitimation sociale authentique joue un rôle que l'audit de contrôle interprète d'autre part...

4. C'est l'opération de contrôle qui donne toute son originalité à la réforme. L'IGPN a adapté à son champ d'observation et de construction de données significatives, les principes de l'audit de management public, concernant surtout les services en régie ou sous tutelle. Son audit à objectifs combinés doit s'exercer dans le contrôle évaluatif de l'efficacité inséparable de celui de l'efficience. L'efficacité se détermine en comparant les résultats obtenus par le service à des normes établies et reconnues. L'efficience évalue le rapport « *in-put/out-put* » (rentabilité). Dans la mouvance du contrôle, la curiosité de l'audit peut s'intéresser, pendant l'analyse des structures organisationnelles, à la pertinence de règles d'organisation ou de fonctionnement obsolètes ou inadaptées, c'est l'audit stratégique.

Mais le contrôle concerne un service public au sens administratif du terme. Dans son unité dialectique ou phénoménologique, qui en constitue la cohérence et la puissance analytique particulières, il explore la conformité du service en ce qui concerne l'accomplissement des missions qui lui sont dévolues par les textes légaux ou réglementaires qui fixent ses attributions, cet audit est dit de *légitimité* — de légalité, de régularité, de conformité et il a ceci de particulier qu'il déclenche en même temps l'audit de déontologie, concernant le respect des règles légales et morales qui s'imposent à un service public, ce qui entraîne l'audit de *légitimité sociale* ! (pour définir dans une pure optique administrative, souvent par entretiens divers et approfondis, comment le service est perçu par les élus et à travers eux par les administrés, ainsi que par les représentants des autorités administratives et judiciaires...).

Tous ces audits interfèrent entre eux. Les valeurs qu'ils cherchent à cerner sont dépendantes les unes des autres...

Dans le cas, le plus fréquent, et le mieux systématisé, celui de l'inspection d'un commissariat de police urbaine, le contrôleur disposera d'une sélection préalable de données géographiques, environnementales, d'indicateurs sociaux, économiques, administratifs, démographiques, historiques, conjoncturels et politiques... A ces indicateurs généraux localement appropriés il adjoindra un lot d'indicateurs et de bilans quinquennaux relatifs à : la criminalité (avec référence spéciale à la criminalité de voie publique) ; l'action judiciaire du service, (avec les taux d'élucidation générale et par catégorie)... Toutes données que l'on retrouve d'ailleurs dans l'herméneutique statisticienne nationale...

Mais ces deux caractérisations peuvent permettre certaines évaluations. Elles seront très utiles au déploiement de la stratégie interne des audits objectifs.

5. La note directoriale définit l'objectif essentiel : l'évaluation des éléments constitutifs de la performance à laquelle est destiné le service. Ceci dans le but de rechercher des moyens d'agir rationnellement, sur eux et d'ainsi contribuer au contrôle de l'action de la police limitée à ses seuls objectifs, lorsqu'ils sont susceptibles d'être définis clairement.

Les audits de déontologie et de légitimation sociale peuvent constituer des garanties intériorisées, puisqu'ils comptent dans l'évaluation de la performance. Le contrôle va s'activer en direction du processus de décision. C'est la caractéristique d'une fonction active, instituée pour agir (d'où le concept de pouvoir discrétionnaire de l'acteur de police engagé sur le terrain que les politologues-policologues anglo-saxons tiennent pour si essentiel qu'ils cherchent à le consacrer le plus juridiquement possible<sup>2</sup>. Les méthodes de contrôle sont diverses et polyvalentes. On déchiffre des documents. On interprète des discours, des énoncés, des propos. On interviewe tous les acteurs du service, à tous les niveaux de la hiérarchie. L'audit n'a été utilisé que pour évaluer des

2. Laurence Lustgarten, *The governance of police*, Sweet, Maxwell, Londres, 1986.

organes directionnels, des systèmes d'information et d'échanges internes. L'individualisation du contrôle synthétique doit évaluer l'efficacité et l'efficience. C'est donc l'évaluation de la conformité, puisqu'on la tient pour exercer une action sur les résultats...

6. D'après la note directoriale déjà citée la vocation aux études est liée à la disposition de l'outil informatique. Avec la professionnalisation des méthodes, la formation du personnel à l'audit, sont en place des potentialités de procéder ou de contribuer à des études tant sur l'organisation et le fonctionnement des services qu'à de grandes stratégies où la police se trouve engagée, soit avec d'autres administrations soit avec des ensembles voués à la recherche thématique engagée<sup>3</sup>.

On a étudié par exemple : l'état et l'organisation des moyens de surveillance et de contrôle aux frontières (police de l'air et des frontières et douane) ; la sécurité du futur parc d'attractions Eurodisneyland ; l'incidence de la réforme législative sur le fonctionnement du ministère public devant le tribunal de simple police ; (par participation à une grande étude), la sécurité dans le métro parisien. Cette vocation se développera. Ne confère-t-elle pas à la mission de contrôle actif le rôle « d'informer et de conseiller » le DGPN. Rôle fondé sur sa vocation d'études, d'arbitrage des conflits internes et de recours *déontologiques* (*Rev. pol. nat.* 1987).

D'autre part la pratique de l'audit (même de service public) est l'outil favori du management. Entre le vieux pouvoir administratif régaliien et le management modernisateur une rivalité poursuit son cours<sup>4</sup>.

Ne serait-il pas souhaitable, que parmi ses études « l'IGPN approfondisse la définition des objectifs qu'elle assigne à son audit dans l'exercice de son contrôle de la performance de l'action de police représentée par un commissariat. En attendant de connaître quels seront les objectifs à auditer dans les autres spécialités.

La régularité à des définitions de missions ou attributions est-elle productrice de résultats ? Ne convient-il pas de la nuancer par la notion de « pouvoir discrétionnaire » que, notamment, la doctrine et la pratique veulent consacrer en Angleterre, pour des raisons d'efficacité ! L'efficience de la police ne se mesure pas aux seuls coûts budgétaires. Les coûts moraux et sociaux font partie de *l'in-put* en matière de service public. D'ailleurs la variable « déontologie » si elle doit contrôler le conformisme de légalité doit imposer à l'évaluation le respect des codes européens et onusiens<sup>5</sup> de bonne conduite. La légitimité sociale contribue elle aussi à compliquer la recherche du nombre d'or exprimant la performance d'une police, dans un régime démocratique.

Cela loin d'être une critique car les responsables pensent de même, souligne au contraire l'importance de l'entrée en action de l'IGPN dans le système de police français.

Le contrôle disciplinaire français s'inscrit dans notre logique administrative. Il est intéressant d'évoquer, pour finir, le système, reposant sur la participation des citoyens à l'administration de la discipline policière de la Communauté urbaine de Montréal. Il repose sur cinq intervenants : le commissaire aux plaintes des citoyens ; le Comité de révision des décisions de rejet ; le Comité de déontologie policière ; le directeur de la police ; le tribunal de droit commun pour l'appel des décisions du Comité. On a tenu par la composition de ces comités à ce qu'il y ait équilibre entre les droits du public et des policiers<sup>6</sup>.

3. Comme l'Institut des Hautes Etudes de la Sécurité Intérieure (I.H.E.S.I.).

4. Dans la *Revue Politiques et management public*, « Institut de management public. La performance du secteur public: un audit des audits », Anne Drumaux ; « L'Etat modeste : une grande ambition », Michel Crozier ; « L'Administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficience », Jacques Caillosse, 1989, n° 1.

5. Jean Susini, « Déontologie et police », cette *Revue*, 1980.3 ; « Un chapitre nouveau de police technique : la décision de police », cette *Revue*, 1967.1.

6. J. Bellemare, A. Labonté ; M. Alcindor ; A. Normandeau ; J. Pelletier ; H. Taylor, *Les relations entre la police et les minorités techniques et visibles*, Québec-Ministère de la Justice et Commission des droits de la personne, 1988. Et J. Susini, *La police : pour une approche nouvelle*, Presses I.E.P. Toulouse, 1983, p. 223 et s.

## G. — CHRONIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

### LA POP JUSTICE PERMANENCES D'ORIENTATION PENALE ET RATIONALITE JUDICIAIRE

Jacques FAGET

*Chercheur au C.N.R.S.*

*Chargé de cours à la Faculté de droit de Bordeaux*

En 1979, se met en place à Paris, avec l'appui de la Chancellerie, une expérience qui se donne pour objectif de réduire le nombre et la durée des placements en détention. Elle part du constat que la détention provisoire mais aussi les condamnations à l'emprisonnement qu'elle induit proviennent dans une large mesure de l'absence de garanties de représentation ou de la méconnaissance par les magistrats de telles garanties<sup>1</sup>. Cette expérience, qui s'inspire du *Manhattan Bail Project* mis en oeuvre depuis 1961 par le Vera Institute of Justice de New-York<sup>2</sup>, se développe avec peu de moyens dans une absence totale de fondement juridique pour les flagrants délits et une procédure inadaptée, l'article 81 du code de procédure pénale, pour l'instruction.

Bien que puisant sa philosophie dans le courant de la Défense sociale nouvelle elle trouve une identité procédurale dans la loi du 2 février 1981, « Sécurité et liberté », pourtant considérée comme répressive. Un cinquième alinéa est ajouté à l'article 41 du code de procédure pénale selon lequel « le procureur de la République peut également (comme le juge d'instruction) confier aux personnes habilitées dans les conditions prévues par l'article 81 le soin de vérifier la situation matérielle, familiale ou sociale des personnes faisant l'objet d'une enquête ». Le changement politique, et par suite de politique criminelle, de 1981 conduit à l'abrogation partielle de cette loi mais ne menace pas cette disposition dont la mise en application est encouragée par le nouveau Garde des Sceaux (Circ. du 21 oct. 1981). Il faut cependant attendre 1984 pour assister à un timide décollage de la mesure tantôt expérimentée par les comités de probation mais le plus souvent par des associations privées dont deux (à Paris et à Grenoble) s'y consacrent spécifiquement. La répartition des compétences n'étant d'ailleurs pas très claire, une circulaire du 28 janvier 1985 précise les conditions de la complémentarité de l'intervention du secteur public et du secteur privé.

Le caractère facultatif de ces enquêtes sociales dites « rapides » les font dépendre du bon vouloir des parquets. Or la plupart de ceux-ci craignent d'y recourir de peur de voir les travailleurs sociaux empiéter sur leur sacro-saint principe d'opportunité des poursuites. Comme d'autre part le caractère inquisitoire de la procédure est mal senti par un certain nombre d'éducateurs, les conditions optimales de sa mise en oeuvre sont loin d'être réunies. Le Garde des Sceaux (note du 7 nov. 1988 intitulée

1. J. Bernat de Celis, « L'expérience des enquêtes rapides au tribunal de Paris », cette *Revue*, 1980.957 et s.

2. J. Verin, « Le Vera Institute à New York », cette *Revue*, 1976.484 et s.

« Orientations pour un service public de justice ») manifestera sa volonté de franchir ces obstacles en annonçant la création d'un service d'orientation pénale. Intégrées dans un projet de loi relatif à la détention provisoire qui prévoit des délais plus stricts, crée l'ajournement avec mise à l'épreuve et renforce les pouvoirs de contrôle de la chambre d'accusation, les enquêtes sociales rapides voient le jour dans le cadre des « permanences d'orientation pénale » mises en place dans une circulaire du 7 avril 1989 et consacrées par la loi du 6 juillet 1989.

Ces permanences actuellement en chantier (I) n'ont plus simplement pour but d'abaisser le nombre des décisions d'incarcération (détention provisoire et courtes peines d'emprisonnement) mais de favoriser le prononcé de mesures alternatives à l'emprisonnement. Il faudra patienter quelques années pour savoir si cet objectif est atteint. Mais on peut d'ores et déjà annoncer que leur position à l'orée du processus pénal est de nature à transformer certaines de ses logiques de fonctionnement ou d'intervention (II).

## I. — LE CHANTIER DES POP

Les permanences d'orientation pénale s'inspirent du modèle des services éducatifs auprès des tribunaux pour enfants (SEAT), créés par une loi du 30 décembre 1985, dont on dit qu'ils ont permis d'obtenir une baisse du nombre des mineurs détenus et de la durée des détentions. Mais le champ d'application est ici plus restreint (A) et les modalités d'application sont quelque peu différentes (B).

### A. — *Le champ d'application*

La stratégie du législateur, conscient des pesanteurs institutionnelles qui handicapent toute tentative d'innovation, est relativement prudente. La saisine des permanences n'est en effet obligatoire que pour les individus ayant moins de 21 ans au moment des faits quand la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement. Alors le procureur, avant toute réquisition de placement en détention provisoire y compris dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate, et le juge d'instruction, chaque fois qu'il envisage une incarcération si le parquet n'en a pas pris l'initiative, devront systématiquement demander le diagnostic de la POP.

L'option modeste de la loi permet d'éviter toute controverse lors des débats parlementaires, l'attention des élus étant plutôt centrée sur le thème d'une réforme d'ensemble de l'instruction. Mais qu'on ne s'y trompe pas, l'ambition des promoteurs de la loi va beaucoup plus loin. La note aux tribunaux du 19 décembre 1989, dressant un premier bilan de la mise en oeuvre des POP, affirme en effet qu'il est souhaitable, même en l'absence d'obligation légale, d'ordonner une enquête le plus souvent possible pour les majeurs de plus de 21 ans ou lorsque la peine encourue est supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Encore faut-il que les moyens matériels et humains le permettent.

### B. — *Les modalités d'application*

Les permanences regroupent des travailleurs sociaux du secteur public, comités de probation et services de l'Education surveillée, et du secteur privé, associations de contrôle judiciaire socio-éducatif surtout. Le cas des nombreux bénévoles militant dans les associations n'est pas spécifié. La loi parle de toute personne habilitée alors que ce sont souvent les associations, indépendamment des qualités individuelles de leurs membres, qui sont habilitées. Rien ne permet donc, en l'état actuel des textes, d'exclure les bénévoles mais l'exigence d'une présence permanente auprès des tribu-

naux, y compris les fins de semaine et les jours fériés, jouera un rôle déterminant dans la professionnalisation de l'action. La tendance naturelle des travailleurs sociaux à marginaliser le bénévolat<sup>3</sup> fera le reste.

L'urgence dans laquelle le parquet doit orienter les déférés nécessite une présence constante des travailleurs sociaux. La surcharge de travail qu'elle entraîne explique leur réticence à s'investir dans la POP. Mais la stimulation produite par la concurrence institutionnelle entre privé et public<sup>4</sup> est de nature à faciliter la greffe. Le principe d'une astreinte utilisant le système de radio-messagerie à distance et l'élaboration, déjà fréquente, d'un *modus vivendi* par l'organisation d'un tour de garde entre les partenaires sont susceptibles d'alléger la contrainte.

Malgré son caractère « rapide » l'enquête sociale doit remplir une double mission

1) Permettre de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale des personnes. En pratique, le travailleur social reçoit le prévenu dans un local du Palais de justice et s'entretient avec lui. Il recueille, à l'aide d'un formulaire préétabli, des informations sur son domicile, sa situation familiale, son niveau scolaire, sa formation professionnelle, son travail actuel, ses moyens d'existence, sa situation militaire ou ses problèmes de santé. Il vérifie ensuite par téléphone les informations fournies. Certains ont pu craindre, lors des débats parlementaires, que l'inculpé n'organise, à l'aide de comparses, tout un système d'informations fictives. Un député préconisa que soit effectuée une vérification *de visu* rendue possible par une prolongation de la garde à vue sans penser alors aux dérives institutionnelles d'un procédé attentatoire aux libertés individuelles. Les éducateurs considèrent que le risque d'une mauvaise information est réduit, leur expérience professionnelle leur permettant de décoder le discours du client et d'opérer les recoupements nécessaires entre les divers informateurs recensés.

Cet aspect de leur mission ne se distinguant pas vraiment d'un travail de police et menaçant, de ce fait, leur identité professionnelle, les travailleurs sociaux ont exigé de pratiquer ces enquêtes dans le respect de principes déontologiques qui leur sont chers et qui compensent, d'une certaine façon, l'absence d'un avocat lors de cette phase de la procédure : information préalable du prévenu sur ses droits, l'objectif de l'entretien et sa possibilité de la refuser, possibilité d'être présent lors de la vérification téléphonique et prise de connaissance du rapport final.

2) Procurer au juge des informations sur les mesures pouvant favoriser l'insertion sociale de l'intéressé. Cette mission, plus conforme à l'idéologie professionnelle des acteurs, peut prendre la forme de propositions d'hébergement ou d'accueil d'urgence, l'absence de domicile fixe étant le plus grand facteur de mise en détention. Le Sénat, en première lecture, avait supprimé cette possibilité estimant qu'à ce stade de la procédure de telles mesures sont prématurées alors que seuls des indices de culpabilité sont réunis. Mais les députés ont rétabli le texte du projet initial. De nombreux accords sont déjà passés avec des comités locaux pour le logement des jeunes ou des foyers de jeunes travailleurs et il est vraisemblable que des personnes pourront être prises en charge dans le cadre de la campagne pauvreté-précarité et du plan pour le logement des plus démunis. Les solutions proposées peuvent également être de nature économique, par attribution du R.M.I., professionnelles, par l'obtention de stages de formation, ou sociales et médico-sociales.

Les observations qui précèdent ne sont qu'indicatives. Le chantier des POP est encore inégalement avancé suivant les tribunaux. Dans le respect du plan général prévu par la loi, les bâtisseurs de chaque expérience bénéficient d'une importante marge de manoeuvre qui dépend des structures existantes, des particularismes criminologiques ou socio-économiques locaux. Mais cette autonomie d'exécution n'a pas toujours suffi à fouetter le dynamisme des intéressés et la mise en place douloureuse de certaines

3. J. Faget, « Contrôle judiciaire et travail social », cette *Revue*, 1986.319 et s.

4. V. *supra* note 3.

permanences révèle qu'au delà des contraintes matérielles elles représentent de véritables enjeux de politique criminelle.

## II. — LES ENJEUX CRIMINOLOGIQUES DES POP

On invoque parfois les statistiques européennes pour accuser le goût immodéré du magistrat français pour l'incarcération. Même si l'argument n'est pas très fiable sur le plan scientifique, il faut cependant reconnaître l'opiniâtreté de nos juges d'instruction à refuser toute autre solution. Le contrôle judiciaire dans sa version socio-éducative en est un bon indicateur. Bien que constituant une alternative à l'emprisonnement unique au monde il produit davantage d'effets symboliques, du type légitimation de l'appareil pénal, que d'effets directs sur le nombre des mises en détention<sup>5</sup>. Faut-il voir dans cet entêtement magistral une nécessité structurelle, le poids d'une idéologie professionnelle, la loi d'un économisme administratif qui conduit toujours à choisir les voies les plus confortables, ou quelque composante d'une personnalité autoritaire ? La pratique des POP nous fournira sans doute des éléments de réponse. Le fait qu'elles s'inscrivent dans une double tentative de rationalisation des décisions judiciaires (A) et du milieu ouvert (B) nous permet déjà d'émettre quelques hypothèses.

### A. — Une rationalisation des décisions judiciaires

Le principe d'opportunité des poursuites est incontestablement le maillon faible de la procédure pénale française. Bien que l'arbitraire judiciaire soit plus structurel qu'individuel<sup>6</sup>, les représentants du ministère public possèdent le pouvoir exorbitant de classer sans suite (plus de 30 % des procès-verbaux) ou de ventiler procéduralement l'affaire. De nombreuses recherches de sociologie judiciaire ont en effet montré que le temps fort du processus pénal se situe au niveau de l'orientation des affaires. En réalité la décision sur la culpabilité se prend à ce niveau, reste ensuite aux juridictions à déterminer la nature et le quantum de la peine. Mais le choix de la procédure, citation directe, comparaison immédiate, instruction, pré-détermine la sanction. Ainsi R. Lévy<sup>7</sup> rapporte la tendance courante qu'ont les substitués à éviter la remise en liberté d'un prévenu lorsqu'ils veulent obtenir une sanction sévère. Tous les praticiens connaissent la pratique de la « couverture » chère aux tribunaux correctionnels qui condamnent systématiquement un individu placé en détention provisoire à une peine au moins équivalente à la période d'incarcération effectuée.

La prise de conscience du conditionnement des décisions judiciaires par l'amont<sup>8</sup> marque l'évolution de la politique criminelle. Délaisant sa logique traditionnelle de traitement du produit fini elle remonte le fil du temps judiciaire (alternatives aux courtes peines d'emprisonnement, alternatives à la détention provisoire, déjudiciarisation des petits conflits, prévention de la délinquance) en assurant à chaque niveau une individualisation plus poussée de la décision. Si l'audience reste la chasse gardée de l'avocat, des travailleurs sociaux, des experts et des bénévoles participent de plus en plus souvent au déroulement de la procédure pénale. Ils assurent, par le pluralisme des regards qu'ils portent sur le délinquant, une démocratisation<sup>9</sup> de la sanction et par là du système tout entier. En même temps ils donnent aux décisions judiciaires une légitimité à laquelle l'intuition ou l'expérience professionnelle du magistrat ne pouvaient prétendre. On peut d'ailleurs faire l'hypothèse que l'enrichissement informatif

5. Ph. Geminel, *Adaptation pratique, adaptation symbolique : les effets du contrôle judiciaire socio-éducatif*, CEDAS, ministère de la Justice, 1988.

6. N. Herpin, *L'application de la loi : deux poids*, Paris, Seuil, 1977.

7. R. Lévy, *Du suspect au coupable. Le travail de police judiciaire*, Genève, Ed. Médecine et Hygiène, 1987.

8. Ph. Robert et Cl. Faugeron, *Les forces cachées de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980.

9. J. Faget, « La majorité du contrôle judiciaire », synthèse, *Le Bulletin du CLCJ*, mars 1990.

procuré par les enquêtes jouera sur la nature des motivations utilisées pour justifier une détention provisoire et que les juges devront faire preuve d'imagination quand ils ne pourront plus invoquer l'absence de garanties de représentation.

Bien sûr, il peut paraître dangereux de voir les juges s'en remettre trop souvent et trop aveuglément à des diagnostics sociaux et surtout thérapeutiques. Car il ne fait aucun doute, même si aucune recherche ne l'a encore rigoureusement mesuré et si certains juges en rejettent avec véhémence l'occurrence, que ces enquêtes exercent un poids sur le sentencing judiciaire. Mais ces délégations de pouvoir mettent-elles davantage en péril le principe de légalité que la dépendance empirique du parquet vis-à-vis de la police ? Les POP peuvent justement permettre au parquet de s'affranchir du poids constitué par la reconstruction policière des affaires transmises<sup>10</sup>. Il n'est d'ailleurs pas impossible que certains substituts y voient un moyen non pas seulement de compléter mais de contester l'information policière.

### B. — *Une rationalisation du milieu ouvert*

Le partage du champ socio-judiciaire entre le secteur public et le secteur privé est aléatoire. Si quelques mesures sont chassées gardées pour le public, à l'exemple des TIG ou de l'article 49-1 du code de procédure pénale, d'autres sont laissées à la libre initiative des deux secteurs comme le contrôle judiciaire, la médiation ou les enquêtes rapides avant la loi du 6 juillet 1989. Aucun argument imparable ne pouvant justifier l'attribution de tel ou tel territoire, c'est une logique de marché qui s'impose dans laquelle le pouvoir d'adaptation du privé prit de vitesse le public. Cette course-poursuite attisa le conflit traditionnel entre les deux secteurs. Les magistrats tirèrent parfois avantage de cette compétition qui dynamisait leurs auxiliaires. Mais l'inégale implantation du privé sur le territoire national et la diversité quantitative et qualitative des comités de probation produisirent un très large éventail de contextes institutionnels et d'actions. Le constat d'une incohérence du champ, quelque peu atténuée par la centralisation des financements, contribua à imaginer une reprise en main de ce rhizome échappant à la logique généalogique d'une racine pénale pour se disséminer sans contrôle ni principe d'organisation dans l'espace socio-judiciaire<sup>11</sup>. On peut alors raisonnablement penser que les POP, dans leur ambition de rassembler tous les protagonistes sociaux autour d'un même projet éducatif, s'intègrent d'abord dans une stratégie de contrôle étatique des turbulences du milieu ouvert. Leur propos est ensuite d'harmoniser et de canaliser des énergies se gaspillant, au détriment du client, dans un challenge institutionnel à somme nulle. Enfin, et c'est le discours même du législateur, elles se doivent de favoriser la capitalisation des réseaux et moyens d'insertion que chaque structure et plus encore chaque acteur a naturellement tendance à conserver pour son usage exclusif tout en facilitant la coordination entre tous les partenaires sociaux, collectivités locales, centres d'hébergement, entreprises sociales et bassin d'emploi, structures socio-thérapeutiques ou associations.

Mais en même temps qu'elle suscite l'investissement sur le milieu ouvert pré-sentenciel, la loi porte les germes d'un désinvestissement du post-sentenciel et notamment de la probation<sup>12</sup>. La possibilité d'un ajournement des peines avec mise à l'épreuve (art. 12 de la loi intégrée dans l'art. 469-4 c. pr. pén.), la réduction de la durée du contrôle qui passe d'une période de 3 à 5 ans, parfaitement irréaliste sur le plan éducatif, à un délai d'épreuve de 18 mois à 3 ans (art. 19 de la loi modifiant l'art. 738 al. 2 c. pr. pén.), sont susceptibles d'entretenir un temps l'illusion. Mais la crise d'une institution plus que trentenaire, concurrencée aujourd'hui par une variété de mesures plus

10. V. *supra* note 7.

11. J. Faget, *Le rhizome pénal. Milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle*, GERICO, ministère de la Justice, 1989.

12. V. *supra* note 11.

tangibles pour les citoyens et les magistrats, plus structurantes pour les condamnés et plus gratifiantes pour les travailleurs sociaux, ne peut, à mon sens, que s'aggraver.

Le rêve d'une rationalisation du milieu ouvert passe par la promotion d'aménités sociales<sup>13</sup> qui désactivent les conflits par une philosophie morale de l'implication collective<sup>14</sup> et voit élus, travailleurs sociaux de tous bords, bénévoles et magistrats se tendre fraternellement la main. Cette conception fusionnelle des rapports entre public et privé, brouillant les frontières et invisibilisant les statuts, repose après dix années d'accalmie le problème de l'extension du contrôle social. L'entretien puis les vérifications téléphoniques qu'acceptent de réaliser les travailleurs sociaux dans le cadre des POP permettent de reconstituer l'itinéraire institutionnel des prévenus. Or l'expérience des enquêtes rapides montre qu'à de rares exceptions près les institutions ou les professionnels ne se retranchent pas derrière le secret professionnel ou une obligation de discrétion pour refuser une collaboration qu'ils n'accepteraient pas d'offrir aux autorités de police. Quand on sait que cette collecte d'informations est susceptible de nuire à l'individu, les éducateurs acceptant aujourd'hui de transmettre au magistrat des informations qui lui seraient défavorables, force est de relever les risques que le partenariat, au-delà même des POP, est susceptible de faire courir aux droits des prévenus. En réalité, le visage du contrôle social n'est plus celui de l'Etat Léviathan. La luxuriance du réseau socio-judiciaire est telle que pas un agent de l'Etat ne peut en avoir une vision complète et en contrôler les aventures. Seuls quelques managers sociaux sont capables d'agencer le puzzle et leur idéologie professionnelle les prédispose davantage à garantir la protection des libertés individuelles qu'à satisfaire les nécessités de l'ordre public.

L'expression « POP justice » n'est pas une simple contraction de justice populaire même si le système pénal associe plus que jamais la communauté à sa gestion et si le recrutement des acteurs judiciaires s'est démocratisé. Elle ne fait pas davantage référence à l'ère de la *pop music* bien que la démythification sociale du monde judiciaire lui soit contemporaine. Elle a par contre quelques fraternités avec le *pop art* dans cette manière de vouloir abolir la distance entre la création et la vie. Sa modernité réside dans l'ambition d'articuler le sens de la politique criminelle avec la politique sociale et de puiser l'objectivation des décisions judiciaires dans les couleurs chamarrées de la réalité quotidienne.

13. V. *supra* note 11.

14. J. Donzelot, « D'une sécurité passive à une solidarité active », *Autrement*, Obsession sécurité, n° 104, 1989.



## I. — NECROLOGIE

**Robert SCHMELCK**

Un grand juge nous a quittés.

Le samedi 17 février 1990, à Paris, le Premier président Robert Schmelck est parti dans la discrétion qui sied à un juge soucieux, pour la dernière fois et au moment de quitter son enveloppe terrestre, de respecter son obligation de réserve.

La nouvelle est parvenue au moment où la Cour de cassation, en délégation, franchissait le seuil de la Cour européenne des droits de l'homme, en terre alsacienne et sur un coin de cette terre qui voit grandir l'Europe du droit et des libertés fondamentales, notre espérance pour demain. La symbolique, qui frappe les esprits et les contraint à la fidélité des souvenirs, y trouvait son compte.

Celui qui est parti a été de tous les combats pour la France, pour la justice et pour l'homme. Ayant pris une part active à la lutte contre l'occupant, le jeune juge suppléant était, dès la libération du pays, et durant huit années successives, chargé d'organiser et de représenter la justice française dans l'Allemagne occupée.

C'était en 1960, en un temps où la direction d'un parquet général tenait, à tous les instants, du pari et de la marche sur un fil. La cohorte des candidats au poste ne faisait pas foule. Menacé par les extrémistes de tous bords, Robert Schmelck avait risqué sa vie et celle de ses proches. La mission a été accomplie. Elle a été menée à son terme, avec courage et modestie, tout à la fois, car telle est et doit être la loi du magistrat français. La politique-spectacle, avec ses vedettes et ses gros-plans, Robert Schmelck n'en a jamais voulu : ce n'est qu'une écume qui cache l'essentiel et qui n'est appelée qu'à disparaître.

La combat pour la France et le combat pour la justice ne formaient qu'un pour Robert Schmelck. Que ce soit comme chargé de mission ou comme directeur de cabinet du Garde des Sceaux, comme chef de la section économique du parquet de la Seine ou comme directeur de l'Administration pénitentiaire, c'est toujours le grand et fervent attachement pour nos institutions judiciaires qui l'a guidé. Se refusant aux « délices du droit » qui éloignent nos concitoyens de leur justice, il n'aspirait qu'à protéger le juge dans son action bienfaisante et apaisante, à assurer la compréhension de cette action aux plus modestes, à en assurer l'efficacité dans le concret.

Sans battage médiatique et sans jamais sacrifier au vedettariat, il savait, avec clairvoyance appeler l'attention des autorités de notre pays sur les risques de fracture et de dévoiement qu'il décelait dans l'évolution d'institutions condamnées à se remettre en cause et à se rénover. Par l'esprit et par le verbe, par l'enseignement universitaire et par l'action outre-frontières, Robert Schmelck a su faire partager ses soucis et ses peines, mais aussi ses espoirs et ses joies devant les premiers et timides résultats du « Combat pour le Droit ».

A son retour d'Algérie, Robert Schmelck est nommé directeur de l'Administration pénitentiaire, au ministère de la Justice, de 1961 à 1964, c'est-à-dire dans une période où les tribunaux et les prisons subissent l'onde de choc des douloureux événements d'Algérie. Par la suite, il attachera son nom au premier rapport d'un magistrat

sur les prisons : mettant l'accent sur un certain nombre de lacunes dans l'administration des prisons, il ressentait vivement le risque d'explosion dans ce monde carcéral, risque que des événements ultérieurs permettaient de mesurer et qui n'en finit pas de troubler et même d'angoisser tous ceux qui l'ont en charge.

Parvenu à la Première présidence de la Cour de cassation, il a appelé à la nécessaire modernisation du droit : celui-ci, disait-il, « ne saurait rester figé et il est indispensable qu'il soit en harmonie avec l'évolution de notre société et qu'il tienne compte des transformations économiques et sociales qui en sont l'inévitable corollaire ». Et d'ajouter : « de l'interprétation uniforme de la loi, dépend la certitude du droit et l'égalité des citoyens devant la loi ».

Du rôle et de la mission d'une Cour suprême, rien n'a jamais été dit avec autant de conviction. Pour nous tous, de la Cour de cassation, ces paroles sont notre loi : nous lui serons fidèles.

Premier magistrat de France, Robert Schmelck ressentait, avec force, les peines et les difficultés de ses collègues des juridictions du fond. Avec une infinie douceur dans la voix, il savait rappeler que, lorsque la politique entre dans le prétoire, la justice en sort et il savait souligner à son jeune interlocuteur que la véritable indépendance est celle que le magistrat doit avoir vis-à-vis de lui-même, c'est-à-dire de ses propres pulsions et de ses secrets préjugés.

Soyez et demeurez crédibles, telle était son invite à l'adresse des jeunes et des moins jeunes de ses collègues qu'il connaissait bien, et qu'il aimait, car il avait été l'un des leurs, pendant plus de quatre décennies. Chacun de ceux qui l'ont approché, connu et aimé conservera fidèlement son souvenir.

Pierre DRAI

## Mahmoud MOSTAFA

L'Égypte a perdu, le 1<sup>er</sup> avril 1990, un criminaliste éminent qui avait brillamment contribué au rayonnement international de la science juridique de son pays, et qui était pour le signataire de ces lignes une connaissance de longue date et, dès ce moment, un ami des plus sûrs. L'occasion de le joindre une dernière fois, pendant les quelques jours qu'il passa en France avant son décès, fut malheureusement manquée, d'où l'amertume qui vient s'ajouter à la peine profonde créée par sa disparition.

Le docteur Mahmoud Mostafa était né le 23 février 1912. Licencié en droit de l'Université du Caire, il avait été choisi, dès 1934 comme maître de conférences adjoint. En 1938, il devenait docteur en droit, et commençait sa carrière d'enseignant à la rentrée de 1942 à l'Université d'Alexandrie.

C'est en 1954 qu'il fut transféré à la prestigieuse Université du Caire (Guiseh), où il occupa immédiatement le poste de chef du département de droit pénal qu'il devait conserver jusqu'à sa retraite. En février 1958, il fut nommé doyen de la Faculté de droit, et c'est en cette qualité que le soussigné, appelé par l'Université à assurer un enseignement de doctorat en dépit de la rupture des relations diplomatiques entre l'Égypte et la France à la suite de l'affaire de Suez, se présenta à lui et obtint immédiatement son entière confiance et son indéfectible appui. De nombreux compatriotes ont apprécié de même la chaleur de son accueil au sein de son foyer familial.

L'heure de la retraite sonna pour lui en 1972, mais ne ralentit pas pour autant son activité. En effet, en qualité de professeur émérite, il continua jusqu'à son décès ses enseignements, tant au Caire que dans de nombreux pays arabes qu'il avait si souvent fait profiter de sa science (n'est-ce pas lui qui, en accord avec son ami le recteur El Fadel, fit organiser à Damas un cycle de doctorat auquel les professeurs français furent associés?). Partout il avait formé, au cours de près d'un demi-siècle, de nombreux dis-

ciples, devenus par la suite ses assistants, puis ses collègues ; il les envoyait, selon une vieille tradition de son université, préparer leur thèse (ou même la soutenir) en France.

Il avait déjà publié en Egypte une série de manuels en langue arabe (droit pénal général, droit pénal spécial, procédure pénale), lorsqu'il fut appelé à donner à la Faculté de droit de l'Université de Paris (alors unique), en 1969, un enseignement de doctorat sur la procédure pénale des pays arabes, au titre de professeur-associé. La matière en a été recueillie dans les *Publications de l'Université de Paris* (1973, Ed. PUF) en même temps que, sur l'initiative du Centre de droit comparé, paraissait, aux mêmes Presses universitaires, un *Droit pénal des pays arabes* du même auteur, qui constitue une précieuse contribution à l'étude comparative du droit de ces pays.

L'intérêt du Dr. Mahmoud Mostafa pour le droit comparé s'est manifesté très tôt et a été concrétisé par plusieurs de ses publications (infractions militaires, droits de la victime, etc.). Les ouvrages en sont d'ailleurs des exemples. Ils l'avaient ainsi tout naturellement préparé à élaborer un code pénal commun aux pays arabes, dont il était justement fier (en particulier à raison de sa concision). Celui-ci fit l'objet en 1961 d'un de ses nombreux articles à la revue *Al Qanoun Wal Iqtisad*, à laquelle il avait participé dès 1948, l'année même où le soussigné y publia son premier article en français en collaboration avec son ami le Dr. Wadie Farag. C'est ainsi qu'il eut même l'occasion de commenter le projet de nouveau code pénal français avant que le Parlement n'en commençât la discussion.

Nos lecteurs n'ont pas oublié les articles qu'il avait publiés dans cette *Revue* même<sup>1</sup>. Il convient aussi de mentionner les articles donnés à la revue *Proche-Orient Etudes juridiques*<sup>2</sup>, modèle d'une revue bilingue français-arabe fondée en 1964 en suite des *Annales* de l'Institut français de Beyrouth, mais dont l'essor a malheureusement été brisé par les événements qui ont déchiré et endeuillé cette région.

A ces ouvrages ou articles étaient venues s'ajouter des oeuvres de recherche particulièrement importantes, tel le *Traité des infractions économiques* en deux volumes publié en langue arabe. Le régime nassérien avait donné une importance considérable aux mesures d'économie dirigée, en s'inspirant quelque peu de l'exemple yougoslave, et la pratique n'avait pas tardé à se heurter à de sérieuses difficultés juridiques. Le soussigné avait lui-même abordé ces problèmes dans l'enseignement donné au Caire en 1960, et le doyen Mahmoud Mostafa avait la générosité de dire qu'il y avait trouvé certains éléments pour l'oeuvre qu'il devait bâtir sur ce point. Celle-ci, en dépit de certaines variations dans l'orientation de l'économie égyptienne, reste, aujourd'hui encore, un ouvrage de référence indispensable en cette matière.

Le Dr. Mostafa fit partie, depuis 1967, du Comité directeur de l'Association internationale de droit pénal, dont il fut vice-président de 1970 à sa mort. Il assista assidûment aux réunions en dépit de l'éloignement, participa activement aux congrès et colloques, tant par ses rapports<sup>3</sup> que par sa présence. Il fut le principal organisateur du prestigieux XIII<sup>e</sup> Congrès international qui se tint au Caire en 1984, ainsi que celui du Colloque réuni à Alexandrie en avril 1988 sur la protection des droits de l'homme dans la procédure pénale en Egypte, en France et aux Etats-Unis.

Ses amis ont été heureux d'apprendre par sa fille Doha, que l'organisation de ses funérailles avait montré que les autorités publiques de la République d'Egypte avaient pleinement conscience de la perte que la patrie subissait du fait de sa disparition. Le cortège est parti en effet de la vieille Université de Guiseh (non loin de laquelle il demeurerait). Le Premier ministre était présent, accompagné de la plupart des membres du gouvernement (dont plusieurs étaient des collègues du Dr. Mostafa). La Faculté de droit de Guiseh tout entière rassemblée, les plus hauts magistrats, beaucoup de profes-

1. Cette *Revue*, 1969.315 et 1970.29.

2. V. en particulier mai-août 1967 et sept.-déc. 1967 l'article sur « Les nouvelles tendances du projet de code pénal de la R.A.U. », article en langue arabe avec résumé en français.

3. V. not. : *Rev. internat. dr. pén.* 1973. 99 ; 1977. 67 ; 1978, n° 3, p.109 ; 1989. 751. Pour le Colloque d'Alexandrie 1988, V. *Nouvelles études pénales*, n° 8 (éd. ERES, 1989), p. 172, l'article sur « La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale en Egypte ».

seurs des diverses facultés de droit égyptiennes, un nombre considérable d'avocats (dont presque tous avaient été ses élèves), plusieurs criminalistes réputés des pays arabes voisins, assistaient à la levée du corps. Nombreux furent ceux qui accompagnaient le défunt et sa famille jusqu'au lieu de sépulture, dans son village natal, où il m'avait conduit un jour par une faveur particulière dont j'avais apprécié la valeur, et où il avait été si familièrement heureux de m'offrir une pleine corbeille des oranges de son jardin...

Georges LEVASSEUR

## II. — CONGRES, COLLOQUES, SEMINAIRES

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE POUR LA RECHERCHE SUR L'AGRESSION  
(*International Society for Research on Agression*)  
(Jérusalem, 23-28 juin 1991)

La VI<sup>e</sup> Conférence européenne de la Société internationale pour la recherche sur l'agression (*International Society for Research on Agression*, ISRA) aura lieu à Jérusalem (Israël) du 23 au 28 juin 1991 à l'Institut de criminologie de la Faculté de droit (Hebrew University of Jerusalem).

Les thèmes qui seront traités lors de cette conférence sont les suivants :

- biochimie et pharmacologie du comportement agressif ;
- pathologies du cerveau et agression ;
- modèles expérimentaux et éthologiques du comportement agressif ;
- aspects sociobiologiques du comportement agressif ;
- agression dans le cycle de la vie ;
- aspects culturels dans l'agression et la violence ;
- stress sociaux et comportement violent ;
- violence et médias ;
- violence dans la famille ;
- violence criminelle ;
- violence politique et terrorisme ;
- comment résoudre les conflits de violence.

La langue anglaise sera la langue de la conférence. Pour de plus amples renseignements il faut s'adresser à : Mrs Sara Sher

Coordinator of scientific Conferences  
Division for Development and Public Relations  
The Hebrew University of Jerusalem  
Mount Scopus — Jerusalem 91 905 (Israël).

II<sup>e</sup> COURS INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE  
(Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 6-12 juillet 1990)

Du 6 au 12 juillet 1990, à Aix-en-Provence s'est tenu le II<sup>e</sup> Cours international de justice constitutionnelle organisé par le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, sous la direction de M. Favoreu, professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille.

Le thème retenu sollicitait l'attention des pénalistes : droit constitutionnel et droit répressif.

De plus, la VII<sup>e</sup> Table ronde internationale réunissant une trentaine de professeurs et de juges constitutionnels de nombreux pays a permis de travailler sur le principe de non-rétroactivité des lois.

Quatre des séminaires proposaient aux participants, tant professeurs qu'étudiants, d'approcher les problèmes spécifiques de justice constitutionnelle en matière de droit pénal et procédural de divers pays : la République fédérale d'Allemagne par M. Weber (professeur à l'Université d'Osnabrück) ; l'Italie par M. Pizzorusso (professeur à l'Université de Florence) ; le Canada par M. Garant (professeur à l'Université Laval du Québec) ; les Etats-Unis par Cynthia Vroom (avocat au barreau de Californie) et M. Landers (avocat au barreau de New York).

Le dernier séminaire avait pour ambition de faire une étude comparée des jurisprudences des cours constitutionnelles d'Europe et des Etats-Unis sur un sujet précis : le droit répressif administratif. Il fut animé par M. Moderne (professeur à l'Université de Paris I).

Si on excepte ce cours, les intervenants ont retenu certains points : analyse des conséquences des principes de légalité en droit pénal au regard de la jurisprudence constitutionnelle (par M. Pizzorusso) et étude détaillée de la jurisprudence, d'articles de la Constitution concernant les principes de droit pénal procédural de chaque pays. Il est donc impossible d'en retranscrire la teneur, sans trahir la finesse d'analyse. Les cours seront par ailleurs publiés dans l'*Annuaire international de droit constitutionnel*.

Cependant, on a pu mesurer les implications de trois phénomènes :

- l'influence du contrôle diffus de constitutionnalité sur le comportement des acteurs ;
- le problème de la répartition des compétences entre lois et règlements, et Etat-régions, tant pour l'établissement d'infractions que pour le contrôle de constitutionnalité effectué ;
- le développement des sanctions administratives, notamment du fait de la dépenalisation.

I. — Ce sont évidemment les exemples des Etats-Unis et du Canada qui ont le mieux traduit cette influence (cet enseignement est particulièrement instructif pour les pénalistes français en raison du projet de révision constitutionnelle pour créer une exception de constitutionnalité).

Les policiers savent qu'ils doivent avertir de ses droits toute personne « détenue ». D'autre part, toute personne a « *a reasonable expectation of privacy* ». Les cours ont précisé à quels cas ces droits s'appliquaient. A partir de quel moment une personne peut être considérée comme « détenue » (si on la soumet à un alcootest, doit-on l'avertir de ses droits constitutionnels ?) ; quelles sont les fouilles permises (un contrôle douanier des bagages dans un aéroport porte-t-il atteinte « à la vie privée » ? La Cour canadienne a nuancé sa position et établi toute une échelle des fouilles, celles corporelles nécessitant l'intervention d'un juge)...

Les avocats américains ont comme premier réflexe de rechercher quelle disposition de la Constitution, quel Amendement serait, au vu de la jurisprudence de la Cour suprême, susceptible de s'appliquer. Aussi cette jurisprudence est-elle particulièrement abondante et précise, car, si la Cour refuse de statuer quand le cas est déjà réglé (sauf à revenir sur un précédent), il suffit d'un fait légèrement différent pour que le cas mérite d'être examiné. Mais cela semble donner au juge constitutionnel un grand pouvoir d'appréciation, souvent en opportunité, car il s'agit de concilier les exigences de la pratique policière et judiciaire et les impératifs constitutionnels. La Cour américaine pratique un « *balancing test* » : les intérêts de l'Etat, de la personne et l'efficacité de la décision prise sont mis en balance.

Le 5<sup>e</sup> Amendement prévoit le principe du *due process of law* (Mme Vroom le traduit par « procédure pénale régulière et équitable »), dont une des conséquences est que le ministère public doit prouver chaque élément de l'infraction « au-delà de tout doute

raisonnable ». L'administration de la preuve est régie par la jurisprudence de la Cour suprême et celle-ci détermine quels sont les modes de preuve constitutionnels et quelles sont les exceptions permettant de passer outre l'inconstitutionnalité d'une preuve (exemple : « défaut purgé »).

Malgré le *due process of law* la Cour suprême n'en a pas moins créé des infractions objectives en posant des présomptions d'intention criminelle pour certaines infractions (chèques sans provision, recel...). De même, un arrêt de 1985 de la Cour canadienne (sur la répression en matière de stupéfiant) a opéré un renversement du fardeau de la preuve. En effet, l'article 1<sup>er</sup> de la Charte canadienne prévoit que les droits garantis par celle-ci peuvent être restreints par le gouvernement dans des limites raisonnables, et si cela se justifie au regard des principes d'une société démocratique. Le droit à la présomption d'innocence peut donc être restreint si cela est raisonnable et justifié. La Cour a opéré un contrôle en opportunité de ces critères, et a estimé que l'objectif poursuivi par le législateur était « suffisamment important répondant à des préoccupations urgentes et actuelles » pour permettre une telle restriction sous réserve du contrôle de proportionnalité entre la mesure prise et l'objectif poursuivi.

Non seulement la Cour juge en opportunité, mais au surplus, sa jurisprudence complète les dispositions du code criminel.

II. — MM. Pizzorusso et Weber ont axé leurs exposés sur le principe de légalité et la hiérarchie des normes.

La jurisprudence s'applique à dégager la répartition des compétences entre loi et règlement. La Cour de Karlsruhe exige la précision, la détermination de la norme par le législateur. En Italie, si la Constitution prévoit « la réserve de loi » en matière pénale (compétence exclusive de la loi), il est interdit au législateur de prendre « des normes pénales en blanc », c'est-à-dire, un texte très général renvoyant aux définitions des caractéristiques de l'infraction données par des dispositions administratives. De même, en R.F.A., l'habilitation législative pour prendre des règlements en matière pénale doit être claire et précise, et le caractère de la peine doit être fixé dans l'autorisation. Cependant, selon M. Pizzorusso, la jurisprudence est très libérale pour le pouvoir exécutif ; le décret-loi est devenu une source usuelle de norme en Italie.

Récemment, la jurisprudence italienne interdisant à une région de prendre une loi comportant une norme pénale (au motif que la compétence en matière pénale appartient à l'Etat) s'est assouplie et a admis une coopération. L'Etat peut fournir aux régions l'autorité de la tutelle pénale (sanction des incriminations prévues par les régions).

Ce pouvoir d'appréciation du juste niveau de compétence par les cours constitutionnelles est dénoncé par certains auteurs comme gouvernement des juges, car certaines décisions ne se contentent pas de déclarer une loi conforme ou non à la Constitution, mais pratiquent la « substitution » ou la « manipulation » (termes de M. Pizzorusso) de normes. Ainsi, en 1989, pour rationaliser une norme pénale, contraire au principe d'égalité, le juge a substitué à la peine prévue par la loi attaquée la peine plus douce prévue par la loi de comparaison. La Cour a fait de la « chirurgie » juridique. La jurisprudence devient source directe de droit pénal.

III. — La plupart des intervenants ont souligné l'ampleur du phénomène de sanctions administratives, que M. F. Moderne a étudié plus spécifiquement. L'acceptation par l'Association internationale des pénalistes du terme « droit administratif pénal » a été critiquée par M. Moderne qui sépare la répression administrative de celle pénale ; chaque droit a sa logique, ses raisons d'être, ses limites. Dans certains pays (Espagne, France) le droit des sanctions administratives s'est développé dans le cadre du droit administratif et n'est pas un ersatz du droit pénal. Le régime des sanctions administratives n'est pas celui des sanctions pénales, et le problème de la garantie des libertés individuelles doit être pensé de façon autonome pour le droit répressif administratif.

Dans les pays où une législation générale a tenté de pratiquer une dépenalisation, avec une séparation logique entre administratif et pénal (R.F.A., Italie, Portugal), les critères de répartition restent flous. En Italie une circulaire ministérielle a tenté d'y remédier, mais elle n'est pas une source normative. Aussi, pour mieux cerner la notion de sanction administrative, il convient de faire l'analyse des jurisprudences constitutionnelles sur *la finalité répressive* (permettant d'écarter du régime de garantie des sanctions administratives les mesures indemnitrices ou les mesures coactives par exemple), *le contenu afflictif d'une sanction administrative* (existe-t-il une hiérarchie entre les mesures relevant du droit répressif pénal et celles administratives ? Exemple : Conseil constitutionnel 1989 : une sanction administrative ne peut aboutir à la privation de liberté, mais il n'existe pas obligatoirement de hiérarchie dans les sanctions pécuniaires), *la méconnaissance d'un illicite administratif* (selon M. Moderne, il n'y a pas de différence de nature entre l'illicite pénal et celui administratif, mais les sanctions diffèrent en fonction de la volonté du législateur, aussi le cumul est-il possible en France. La règle *non bis in idem* ne s'applique qu'à l'intérieur de chaque ordre) et *les autorités administratives habilitées à intervenir* (décision du Conseil constitutionnel sur la COB de 1989 : y compris les autorités administratives indépendantes).

Cela a conduit M. Moderne à étudier le régime constitutionnel des sanctions administratives avec le préalable de leur légitimité. Certaines Constitutions, telle celle de l'Espagne, les autorisent expressément, mais toute la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol (V. décis. du 26 avr. 1990) est un combat pour l'affermissement de l'Etat de droit en matière de sanctions administratives pour un contrôle plus étroit. Quand les constituants ne se sont pas prononcés, le juge constitutionnel autorise ces sanctions. En R.F.A., tant que les infractions administratives ne touchent pas au cœur du droit pénal, elles sont constitutionnellement valables. Mais les concepts restent indéterminés. Aussi le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme des garanties nécessaires dans le cadre de la « matière pénale » (dont le domaine de définition est contrôlé par la Cour) est-il particulièrement précieux pour la garantie des libertés individuelles.

Cependant, les juges suprêmes ont posé des principes constitutionnels à respecter, tant de fond que de procédure. Le Tribunal constitutionnel espagnol a développé une interprétation « finaliste » de la Constitution : décision du 8 juin 1981 : les principes généraux doivent s'appliquer aux sanctions administratives, y compris le principe d'accès au juge et la protection des droits constitutionnels. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 17 janvier 1989, a reconnu l'applicabilité de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (dont fait partie le respect des droits de la défense) aux sanctions administratives. Les sanctions indéterminées sont interdites : Tribunal constitutionnel espagnol 6 février 1989 (seul le montant minimum de l'amende étant prévu, la loi a été censurée). De plus, selon ce tribunal, le principe de « typicité » (catégorisation des sanctions, degré de précision des sanctions, degré de précision des normes) est intimement lié aux principes de légalité et de sécurité juridiques.

Cependant, la non-application de la règle *non bis in idem* dans certains pays entre sanctions pénales et sanctions administratives posent le problème du quantum de la peine, qui peut alors être très élevé (cf. décision de principe du Conseil constitutionnel 1989). Mais le Conseil constitutionnel limite son propre raisonnement en réintégrant le montant maximal prévu comme plafond aux sanctions possibles. Par contre le Tribunal constitutionnel espagnol applique la règle, sauf en cas de relations particulières : fonctionnaire-administration, ou dans le cadre d'un ordre professionnel.

Il faut pourtant indiquer que les principes constitutionnels reçoivent une application plus souple qu'en matière pénale pour des raisons de rapidité et d'efficacité des sanctions administratives.

IV. — Il est impossible de retracer en quelques lignes les fructueux échanges qui eurent lieu à l'occasion de la septième Table ronde. Seuls quelques repères pourront nous aider à attendre la publication des débats.

M. Renoux (professeur à l'Université de Nantes) a rappelé la conception de Rouhier qui distinguait les lois purement rétroactives des lois d'effet immédiat avec pour conséquence de faire de celles-ci le principe et des premières l'exception (contrairement à la conception ancienne).

Dans tous les pays, on s'accorde sur une définition de base : une loi rétroactive est une loi dont les effets sont reportés à une date antérieure à celle de son entrée en vigueur. Tous les pays mettent également à part le droit pénal des autres matières, d'une part pour appliquer de façon immédiate la loi pénale plus douce, et d'autre part pour être particulièrement vigilant. A cet égard, l'application immédiate des lois de procédure en France a été critiquée, car celles-ci peuvent être également décisives en matière de liberté individuelle.

Certains pays (R.F.A.) sont plus sensibles à la partie de la matière visée par la rétroactivité qu'à la matière elle-même : si le noyau dur est touché, la rétroactivité sera interdite.

Les fondements et les sources selon les pays. Le Conseil constitutionnel argumente sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme (nécessité des peines), mais peut-être vaudrait-il mieux s'appuyer sur le principe de légalité ou de sécurité juridiques (protection des droits fondamentaux). M. Delpere (professeur à l'Université de Louvain) a rappelé l'importance des sources internationales quand ni la Constitution ni le juge ne permettent de déterminer les règles applicables en droit interne. Les jurisprudences sont généralement constructives et appliquent les règles dégagées en matière pénale au droit répressif administratif (France, Portugal, Espagne ; R.F.A. sur la notion de droits fondamentaux).

De toute façon, la non-rétroactivité des lois est liée à la démocratie, à l'Etat de droit, à la protection de l'individu, à la sécurité juridique (M. Fromont, professeur à l'Université de Paris I, parle de principe de « confiance »). Le juge doit donc se montrer très vigilant, surtout quand il contrôle des lois dites « interprétatives ». Toujours dans une perspective de protection de l'individu, mais également des droits acquis, M. Favoreu rappelait la nécessité (peut-être impossible par le juge constitutionnel : la R.F.A. nous donne un exemple de jurisprudence) de prévoir dans certains cas des lois transitoires.

V. — Dans le Congrès de l'Association française des constitutionnalistes de septembre 1990, un atelier travaillera sur le droit constitutionnel pénal français. Les pénalistes pourront certainement s'exprimer alors sur cette question encore peu abordée.

Nathalie TEHIO

### III. — ENSEIGNEMENT, RECHERCHES

#### LA GREVE DE LA FAIM EN MILIEU CARCERAL\* (à travers le cas de la maison d'arrêt des Baumettes)

Les grèves de la faim, qu'elles se produisent en prison ou en milieu libre, passent rarement inaperçues. Cependant, il n'est guère de lieu où la densité d'un tel phénomène soit aussi importante qu'en prison, comme en témoigne, chaque année, le rapport présenté par l'Administration pénitentiaire. En dépit des efforts de certaines per-

\* Cette recherche a donné lieu à une thèse présentée à la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille en 1989.

sonnes, le monde pénitentiaire demeure le monde du silence, la vie s'y déroule en vase clos, le public le connaît mal, les medias ne l'évoquent qu'à l'occasion de certaines affaires qui, lorsqu'elles se rapportent à la grève de la faim, revêtent souvent une douloureuse acuité.

L'image que présente la presse d'un événement quel qu'il soit est bien sûr d'une importance capitale, mais demeure néanmoins lacunaire. Cependant, elle a le mérite de faire prendre conscience du malaise qui semble régner actuellement dans nos prisons, et de la nécessité d'une réforme globale de celles-ci.

La difficulté de l'approche ne doit pas être oubliée. Nous n'en voulons pour preuve que la rareté des recherches systématiques consacrées à la prison et plus particulièrement aux grèves de la faim qui s'y déroulent. Malgré l'intérêt qu'elles suscitent, l'étude de celles-ci est délaissée par le mouvement cognitif. Les études consacrées au milieu pénitentiaire font souvent référence au phénomène mais se détournent de son analyse en le marginalisant au rang des conduites suicidaires ou para-suicidaires. C'est pourquoi il nous a paru intéressant de faire porter notre sujet de thèse sur *La grève de la faim en milieu carcéral*.

Le mise en oeuvre d'une pré-enquête a permis de constater que les documents individuels relatifs aux grévistes de la faim ne remontaient pas au-delà de l'année 1975. L'ensemble des grévistes a donc été étudié durant neuf années.

Ainsi, 395 grévistes ont été répertoriés et pour chacun d'entre eux 154 items ont été retenus permettant un traitement informatisé. La même méthode a été utilisée pour collecter les données relatives à la population globale de la maison d'arrêt des Baumettes, afin de permettre une comparaison entre les détenus grévistes et les détenus non grévistes. Cela représente, pour la période considérée, la manipulation de 18 000 fiches. Ce travail a été complété par de multiples interviews à l'intérieur et à l'extérieur de la prison. Enfin, une étude systématique des articles de presse sur le sujet a permis de prendre en compte l'ensemble du phénomène au regard de l'opinion publique.

L'étude de la littérature relative aux grèves de la faim conduit à l'idée que la désignation sémantique du phénomène objet de la recherche est capitale. Lorsque l'on parle de grève de la faim, cela évoque nécessairement l'idée de conflit social. Or, toute situation de conflit est en même temps une situation de négociation. C'est une idée qui est admise aussi bien par les théoriciens de la non-violence que par les théoriciens de la stratégie. Ainsi, apparaît l'opposition dialectique fondamentale autour de laquelle, semble-t-il, s'organise tout le phénomène. Celui du refus du conflit dans le cadre envisagé et celui de l'acceptation du conflit dans ce même cadre.

L'expression « grève de la faim » s'applique au refus proclamé par un individu ou un groupe de s'alimenter en guise de protestation, protestation contre la situation qui lui est faite pour appuyer une revendication d'un droit auquel il prétend. Ce phénomène peut, semble-t-il, être analysé à la fois comme une crise et comme une négociation.

I. — La crise que manifeste la grève de la faim est le résultat d'une opposition fondamentale entre le système fonctionnaliste de la prison qui rejette toute idée de conflit et la situation conflictuelle dans laquelle se trouve placé le détenu auquel tout recours au conflit est refusé.

La prison, telle qu'elle est conçue depuis sa généralisation, est une institution à la fois totalitaire et coercitive. L'organisation de la société carcérale paraît être comprise pour éviter toutes les formes de conflits sociaux. La survenance d'un conflit dans une société organisée selon un mode essentiellement « fonctionnaliste » représente un facteur de désagrégation impossible à admettre.

La prison, dans sa conception traditionnelle, ne peut avoir de modes officiels d'expression des conflits, c'est-à-dire d'institutions qui permettent au détenu de s'opposer à un système sans le remettre en cause. Le conflit qui remet en cause le pouvoir et l'influence ne saurait être accepté. Or, le système pénitentiaire est un système ouvert, comparable à tout ce qui relève du domaine du vivant. Tout système ouvert cherche

à remplir ses objectifs mais aussi à assurer sa survie et à s'adapter à l'environnement. La prison se situe à l'intérieur d'un système social plus vaste. Ce système social, comme c'est le cas dans nos sociétés libérales, ne rejette pas nécessairement le conflit ; cela explique d'ailleurs que dans les Etats totalitaires les grèves de la faim n'ont pas beaucoup d'impact à moins qu'elles ne puissent atteindre l'environnement extérieur de ces Etats, surtout lorsque ceux-ci, comme par exemple la Turquie ou l'Union soviétique, cherchent à s'ouvrir sur le monde libre.

II. — Cela montre bien que malgré tout, dans l'univers totalitaire, il peut se produire une acceptation du conflit au travers d'un processus d'adaptation de celui-ci qui se manifeste par la négociation. Celle-ci a été définie par les théoriciens de la stratégie comme un échange de décision réelle ou virtuelle.

Cette analyse paraît particulièrement pertinente dans le déroulement d'un mouvement comme la grève de la faim. En effet, les protagonistes se trouvent dans un état de dépendance mutuelle qui les place dans une situation de jeu de stratégie. Le gréviste détenu est la partie faible à utiliser des mécanismes d'appel à l'opinion publique pour faire pression sur ses adversaires. La démarche du gréviste revient à sortir du mécanisme du système répressif pour lui substituer celui de la démocratie directe. Ce n'est donc pas seulement la remise en cause du système pénitentiaire mais celle de l'ensemble du système répressif.

Finalement, c'est la peine privative de liberté en tant que telle qui est fondamentalement remise en cause. En premier lieu, la moitié des grévistes de la faim sont des prévenus. Les revendications n'ont pas seulement pour objet le fonctionnement du système pénitentiaire mais l'incarcération, et plus précisément la mise en détention par le juge d'instruction. Cela appelle donc l'attention sur la procédure même de l'instruction et de la nécessité de réformer celle-ci. On sait, à cet égard, que la question a été étudiée par la Commission « Justice pénale et droits de l'homme » qui envisage une refonte totale de la mise en état des affaires pénales.

En second lieu, les autres grèves de la faim, celles des condamnés, posent le problème de la prison en tant que peine principale. S'il existe une catégorie de détenus pour lesquels on ne peut envisager que la neutralisation, celle-ci ne représente pas la majorité. Cette question a été également envisagée dans le cadre du rajeunissement du code pénal.

Cependant, une éventuelle réforme doit être conçue dans la perspective d'une reconstruction de l'ensemble du système pénitentiaire. Il importe, si on veut entreprendre une réforme effective, de définir un nouveau type d'organisation pénitentiaire, ainsi que des statuts et des rôles congruents pour l'ensemble des acteurs pénitentiaires.

Geneviève CASILE

#### IV. — DROITS ETRANGERS

##### LA REFORME PENITENTIAIRE EN GRECE OU IDEES SANS ABOUTISSEMENTS\*

Sans doute par coïncidence diabolique, le Parlement hellénique (*Vouli*) a voté le 21 avril 1989<sup>1</sup> le *code des règles minima pour le traitement des détenus* (actes de l'Ass. du

\* Cet article a été traduit en français par M. Théodore PAPTÉODOROU, avocat au barreau d'Athènes, titulaire du D.E.A. de droit pénal et sciences criminelles de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers.

1. Le 21 avril 1967 est la date du coup d'Etat des colonels en Grèce, restée depuis une date « noire » dans l'histoire de la politique et des institutions helléniques.

21 avr. 1989, p. 1962-4979), promulgué ensuite comme loi 1851 de 1989 (*J.O. A*° 122). Ce code est venu remplacer la loi obligatoire 125 de 1967 connue sous le nom du *code pénitentiaire d'exécution des peines et des mesures de sûreté* et accusée d'être la loi d'un gouvernement dictatorial<sup>2</sup>.

Malgré cette coïncidence négative, nous pourrions soutenir qu'aujourd'hui nous traversons un moment important de notre histoire pénitentiaire, en nous retrouvant peut-être de nouveau à un point de départ qui se situe au 1<sup>er</sup> janvier 1990 (date annoncée par l'article final de la loi 1851/1989).

Cet optimisme de la constatation précédente est-il justifié ? Un coup d'oeil dans l'itinéraire déjà tracé par cette loi facilitera peut-être la réponse.

### *Un itinéraire législatif assez agité*

Le code pénal hellénique, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1951 prévoit dans son article 56 que « le mode d'exécution des peines et des mesures de sûreté sera réglementé par des lois spéciales ».

Suite à cette disposition, le ministère de la Justice a constitué une commission préparatoire (1952) pour l'élaboration d'un *Projet du code pénitentiaire d'exécution des peines et des mesures de sûreté* qui a commencé ses travaux en 1953. Neuf ans plus tard (1962), une partie de ce projet a vu le jour, accompagnée d'un exposé des motifs. Après la fin d'élaboration, une réforme intégrale a été effectuée et publiée avec un exposé général des motifs<sup>3</sup>.

Le projet en question est devenu — avec peu de dérogations — la loi obligatoire 125 du 24 août-4 septembre 1967 et ensuite le *code pénitentiaire d'exécution des peines et des mesures de sûreté*. Il est entré en vigueur six mois après sa promulgation au *Journal officiel*. Nous n'allons pas nous intéresser ici au fait qu'un tel projet fut ratifié quatre mois après le coup d'Etat du 21 avril 1967. Néanmoins, pour éviter les malentendus, il faut souligner que, trois ans plus tard (en 1971), le ministre de la Justice a demandé la réforme du code pénitentiaire de 1967. Une nouvelle commission préparatoire fut constituée et, peu de temps après, elle a proposé un « projet législatif concernant le code pénitentiaire » et un exposé des motifs (9 mars 1972).

Dans cet exposé, les principales raisons de la nouvelle réforme étaient analysées de la façon suivante : d'une part, « les principales dispositions ne pouvaient pas être appliquées, faute de moyens nécessaires ». D'autre part, « le code contenait dans certains chapitres trop de détails empêchant sérieusement le fonctionnement normal des services de l'Administration pénitentiaire ». Devant ces observations, les autorités ont décidé de réformer le code pénitentiaire dans les plus brefs délais, ainsi que de rédiger une loi-cadre, qui contiendrait les dispositions principales pour le fonctionnement des prisons et des établissements pénitentiaires tout en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire à l'administration de régler les détails avec des décrets et des circulaires. Nous n'allons nous intéresser ni à cet exposé des motifs ni au projet de ce nouveau code pénitentiaire car, heureusement, ils ne sont restés que des projets jusqu'à la chute de la dictature de 1974.

Ainsi, le code pénitentiaire de 1967 est resté en vigueur. Néanmoins nous précisons « qu'il est resté en vigueur » mais il ne s'appliquait pas (!) car cette loi constitue un phénomène bizarre. Elle est typiquement entrée en vigueur à partir du 4 mars 1968 sans que les décrets législatifs prévus par les articles 159-163 soient encore promulgués. Ainsi, le code ne peut pas être appliqué et les règles du traitement des détenus restent sans aboutissement. Devant cette situation, le ministère de la Justice a annoncé le 16 juin 1982 la mise en marche de la procédure pour la rédaction du nouveau code pénitentiaire. Ainsi, après la déposition au Parlement d'un projet de loi

2. La dictature a duré 7 ans (du 21 avr. 1967 au 24 juill. 1974).

3. *Projet code pénitentiaire d'exécution des peines et des mesures de sûreté*, 26 nov. 1966, « Exposé des motifs du 25 novembre 1966 », *Rev. pénit.* K° 1967. 33-116.

concernant la création des commissions préparatoires (16 sept. 1982), une « équipe de travail » a été constituée (22 févr. 1983) chargée de la rédaction d'un projet de loi pour la réforme du code pénitentiaire et pour l'exposé des motifs.

Effectivement, cette « équipe », après quelques changements dans sa composition, a préparé un projet de loi et, le 12 mars 1987, le ministre de la Justice et le président de l'équipe de travail ont annoncé le *code des règles minima pour le traitement des détenus* tandis que dans une revue pénale est paru un exposé des motifs (*Crime et société*, vol. A 2, 1987, p. 59-64).

Ce projet a été envoyé aux trois facultés de droit et à d'autres groupes scientifiques dans le but de faire l'objet de critiques et de commentaires. Seule la faculté de droit de Thessalonique (Pr. S. Alexiadis) et la faculté de droit de Thrace (Pr. I. Panoussis) ainsi que les barreaux d'Athènes (n° B 36, 1988, p. 1766) et de Thessalonique (G. Aidonnas) ont envoyé leurs rapports au ministère de la Justice. Par ailleurs, la Société hellénique de droit pénal et la Société hellénique de criminologie ont organisé deux journées d'étude (15 janv. 1988 et 12 févr. 1988) ayant pour but la critique du projet en question ; les conclusions de ces travaux ont été communiquées au ministère de la Justice (V. projet du *code des règles minima pour le traitement des détenus*. Exposé des motifs, texte et critique par S. Alexiadis, G. Bakas, Th. Lafazanus et D. Evagelatus, Série Pinika, n° 27, Athènes, 1988). De plus, d'autres critiques et rapports d'ordre spécial ont été élaborés (V. S. Anagnostakis, Armenopoulos, 41/1987, p. 729 et s. et B. Tsilimigatis, *Travail social*, 2/1987, p. 145 et s.).

Après de nombreux débats, de recherches et de propositions alternatives — ces dernières ayant été partiellement retenues (tant d'ailleurs pour les erreurs de forme que de fond) — le projet initial a été signé par le ministre de la Justice le 9 mai 1988 et a ensuite été envoyé à la « Commission parlementaire ».

Malgré le stade assez avancé de la procédure de préparation, une tentative d'amélioration du projet a eu lieu au dernier moment. Le ministre de la Justice — à l'époque, M. V. Rotis — a décidé le 13 décembre 1988 la création d'une nouvelle « Commission préparatoire pour la réforme du projet de code des règles minima pour le traitement des détenus ». Cette commission a été proposée par le président de la Société hellénique de droit pénal et le président de la Société de criminologie. Pourtant, avant « que la lune soit pleine », cette commission a été dissoute (lettre du ministre de la Justice du 30 déc. 1988).

Ainsi, la loi 1851/1989 a ratifié le *code des règles minima pour le traitement des détenus* entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1990. Pour donner une réponse satisfaisante à la question initiale relative à un nouveau départ de notre système, départ faisant naître l'espoir pour l'avenir, il faudrait examiner d'abord les éléments de base qui composent chaque système pénitentiaire.

a) *Le fondement législatif* qui définit les objectifs et les modes de leur réalisation ainsi que l'ampleur de l'intervention pénitentiaire.

b) *Le réseau des établissements pénitentiaires* et la structure matérielle du système en général.

c) *La quantité et la qualité du personnel* qui met en marche le mécanisme pénitentiaire comme la loi l'oblige.

d) Enfin un dernier élément, *la population pénitentiaire* et sa participation au bon fonctionnement du système.

## I. — LA REFORME PENITENTIAIRE

La place restreinte de cette étude ne nous permet ni d'aborder des sujets aussi vastes ni d'analyser profondément notre système pénitentiaire ni de comparer les dispositions de l'ancien code avec celles du nouveau.

A titre général, nous pourrions faire les observations suivantes.

### *Les éléments*

— La nouvelle loi 1851/1989 abandonne le système progressif d'exécution de longues peines privatives de liberté (art. 107 de la loi obligatoire 125/1967), système déjà neutralisé dans les années 1965-1975. Elle évite également la lacune des dispositions transitoires prévues par les articles 161-163 de la loi 125/67 (autorisant le législateur à régler avec des décrets le traitement spécial de certaines catégories de délinquants : mineurs, délinquants d'habitude, récidivistes, alcooliques, toxicomanes, déments, malades mentaux, etc.). De cette façon le législateur écarte le danger d'un traitement schématique par catégorie qui n'est ni efficace ni applicable.

Dans cette logique, le classement des détenus par catégorie pourrait peut-être avoir un sens dans le but de l'individualisation de leur traitement (Ch. B. de la loi 1851). Evidemment, le classement par catégorie pour des personnes n'étant pas susceptibles d'un traitement habituel (malades mentaux, toxicomanes ou mineurs) n'a rien à voir avec l'individualisation du traitement qui embrasse l'ensemble des détenus (vers laquelle est orientée apparemment l'institution de « centre d'observation » et l'examen de personnalité, retenue dans l'article 15 (loi 1851).

— Par ailleurs, le nouveau code (loi 1851) introduit des institutions inconnues jusqu'à maintenant dans la législation pénitentiaire et la pratique judiciaire en Grèce :

- les permissions de sortie des détenus qui purgent une longue peine (art. 52) ;
- l'institution de la semi-liberté pour les détenus qui purgent une longue peine avec un séjour dans l'établissement pénitentiaire ou avec un séjour dans des centres de semi-liberté (art. 57 du code) ;
- la mesure de l'exécution partielle de la peine comme mesure alternative pendant les derniers jours de la semaine si le condamné travaille ou fait des études (week-end pénal) (art. 61 al. 1 du code) ;
- indépendamment du cas précédent, le code adopte la mesure de l'exécution partielle de la peine comme mesure substitutive aux courtes peines privatives de liberté de 18 mois au plus (art. 61 al. 6 du code). Apparemment, il s'agit d'une mesure du droit positif qui devrait s'incorporer dans le chapitre relatif aux peines de la partie générale du code pénal ;
- il introduit également la mesure du travail d'intérêt général (cette mesure est applicable après une sollicitation explicite du détenu) (art. 61 al. 1 du code).

Néanmoins, dans cette réforme, toutes les dispositions précédentes sont soit trop abstraites soit trop sévères, au point que leur application demeure toujours douteuse. Ainsi, par exemple, pour la permission de sortie (1 et 2), l'article 33 exige tellement de conditions (au nombre de quinze) que, finalement, son autorisation sera impossible. Par ailleurs, les mesures 3 et 5 ne définissent nulle part la proportionnalité entre la peine infligée et la peine de substitution (par exemple combien de week-ends pénaux correspondent à une peine de 10 mois d'emprisonnement ou combien d'heures de travail d'intérêt général correspondent à une peine d'emprisonnement ?).

— En outre, la loi 1851/1989 crée une nouvelle institution judiciaire pour le contrôle de la légalité du système pénitentiaire : le tribunal d'application des peines (art. 5 al. 2, 34 al. 2, 59 al. 3) et le juge d'application des peines (art. 15 al. 2, 31 al. 2 et 33 du code).

— Enfin, le nouveau code introduit un autre changement très positif. Il soumet le contrôle de la correspondance des détenus (télégrammes, lettres) (art. 51 du code) à la protection de garanties constitutionnelles (art. 19 de la Constitution hellénique 1975/1989).

Néanmoins, la sanction disciplinaire de la privation de correspondances et des communications téléphoniques reste toujours en vigueur (art. 88 al. 1b du code).

*Les contraintes*

— Il est vrai que les principales réformes concernant le traitement des détenus et les méthodes pénitentiaires adoptées par la loi 1851/1989 imposent la restructuration des anciens et la création de nouveaux établissements. Quand ce pas sera franchi, notre système pénitentiaire pourra sans doute mieux fonctionner. Dans cette perspective le nouveau code vise au changement même de la conception actuelle qui stigmatise le système tout entier. Dans ce but, le législateur impose de nouvelles appellations susceptibles de dépasser le schéma traditionnel (type A, type B pour les établissements pénitentiaires).

Pourtant, cette initiative nous fait penser à d'autres exemples significatifs d'une attitude étrange du législateur grec. Il est souvent très progressiste et radical par rapport aux changements législatifs, mais il se montre sceptique et lent par rapport à leur application tandis que, souvent, sa pratique est contre les principes annoncés par lui-même.

Quelques exemples concrets peuvent être cités :

- *La réglementation détaillée de centres d'observation*

Cette disposition a été prévue pour la première fois en 1940 (loi 2724/1940) mais aucun centre d'observation n'a été créé. Prévus de nouveau en 1967 (L.O. 125/1967), ils restent toujours inappliqués. Ils figurent encore une fois dans le texte de la loi 1851/1989 (art. 15) avec une réglementation détaillée pour concrétiser peut-être la physionomie scientifique de notre système pénitentiaire. Est-ce que, pour certains, cela signifie que, cinquante ans après la première disposition législative, nous pourrions espérer que cette mesure verra le jour ?

- *La peine de mort*

Tandis que l'Etat hellénique développe une activité au niveau européen contre la peine de mort, en ratifiant le 6<sup>e</sup> protocole de la C.E.D.H. (28 avr. 1983) la nouvelle loi non seulement ne supprime pas la peine capitale mais elle réglemente son application (!) en affichant ainsi la volonté stable du législateur grec.

- *Les prisons*

Une autre disposition qui suscite de vives contestations scientifiques autant pour son contenu que pour son style cynique est celle de l'article 24 du décret 278 (31 mai 1988/org. du ministère de la Justice) qui débarrasse tout discours sur le changement de mentalité pour mettre explicitement en relief que, quand le texte contient le terme « établissement de détention », nous entendons « les prisons » (!).

— Le nouvel organisme du ministère de la Justice (Décr. 278/1988) prévoit un enrichissement de spécialisations du personnel pénitentiaire. Dans ce cadre des places de criminologues spécialisés se sont créées mais seront pourvues dans l'avenir proche. Ainsi, nous les indiquons ici à titre d'information.

## II. — L'EFFECTIVITE DE LA REFORME

Nous avons tracé une brève analyse des réformes prévues par la loi 1851/1989. Afin que le lecteur ait une image plus complète de notre système pénitentiaire, nous tenterons une présentation d'autres mesures du statut précédent, restées intactes dans le texte de la loi actuelle. Leur réforme serait à notre avis souhaitable et nécessaire. Plus précisément :

— la loi 1851/1989 (art. 1) a bien raison d'écarter les termes de « correction » et de « réadaptation sociale des détenus » comme objectifs obligatoires de la peine privative de liberté (contrairement à l'art. 1 de la loi 125/1967). Néanmoins elle continue à prévaloir le terme de « resocialisation » comme but du système pénitentiaire (art. 1, 4, 6, 38 du code), c'est-à-dire une notion peu conforme aux articles 2 alinéa

1 et 5 alinéa 1 de la Constitution de 1975/86 (... Chacun a le droit de développer librement sa personnalité...) ;

— par ailleurs, l'article 22 de la Constitution interdit strictement le travail obligatoire en définissant que « le travail constitue un droit » (sauf à rappeler l'exception de l'article 4 alinéa 2 de la C.E.D.H. qui a essentiellement répété l'article 2 alinéa 2c de la Convention internationale pour le travail obligatoire, selon laquelle « le travail imposé par le tribunal pénal n'est pas obligatoire »).

Le projet de 1987 prévoyait que les détenus avaient l'obligation d'accomplir le travail que la Commission spéciale d'établissements pénitentiaires leur aurait infligé. Après la critique concernant la constitutionnalité de cette disposition (V. S. Alexiadis, *Exposé d'observations*, *op. cit.* p. 115), le nouveau code pénitentiaire prévoit d'une part que les détenus doivent accomplir le travail (art. 64 al. 3) et, d'autre part, que ceux qui sont jugés par la Commission spéciale capables de travailler ont « le devoir de le faire » (art. 66 al. 1 du code). Apparemment cette différente formulation ne change pas le vrai sens de la disposition en question et n'annule pas non plus l'anti-constitutionnalité de cette mesure ;

— la loi 1851/1989 permet, parmi les moyens qui se trouvent à la disposition du directeur d'établissement pour le maintien de l'ordre, la protection et la surveillance, « l'utilisation du bâton » (art. 93) (autrement dit, les coups de matraque, moyen aussi prescrit dans la loi précédente de 1967 (art. 101). Le barbarisme de cette mesure ne figurant nulle part dans les textes internationaux concernant le traitement des détenus, ni dans le texte le plus ancien, celui de la Société des Nations en 1933, ne permet aucune discussion pour les conditions ou les garanties de son application.

### *Une réforme incomplète*

Face aux réformes déjà effectuées ainsi qu'à celles qui devraient être réalisées mais demeurent toujours ignorées, nous pourrions présenter certaines autres dispositions constituant même des engagements internationaux de notre pays.

Des dispositions qui, même si le législateur a été susceptible de les intégrer dans le texte légal, ne figurent pas dans la loi 1851/1989. Les plus importantes d'entre elles sont les suivantes :

— l'abolition de l'article 7-a du projet de 1987 interdisant l'exécution de la peine de mort. Une telle initiative aurait marqué l'abolition de la peine capitale une fois pour toutes (conformément aux engagements du 6<sup>e</sup> protocole de 1983) ;

— la suppression de l'article 2 alinéa 3 du projet de 1988 selon lequel « le traitement des détenus vise au développement de leur volonté et de leur capacité susceptibles de permettre leur adaptation dans la société » (une disposition analogue existe dans l'article 3 de la R(87)3) ;

— la suppression par l'article 8 alinéa 2 de la loi 1851/1989 (selon lequel « le traitement diversifié des détenus par catégories ne peut pas porter outrage à la dignité de la personne ») de la référence au « respect des droits de l'homme » qui existait dans le projet de 1987 ;

— la reformulation de l'article 2 alinéa 1 du projet de 1987 et 1988 de telle façon qu'à la place de la « minimisation des mauvaises conséquences de la privation de liberté », comme initialement prévu (en vertu de l'art. 65 al. 2 des Règles pénitentiaires européennes de 1987 : *to minimise the detrimental effects of imprisonment*) l'article 2 du nouveau code pénal parle simplement de la diminution des mauvaises conséquences ;

— également, la reformulation de l'article 5 alinéa 2 du projet de 1988 autorisant les détenus à faire appel devant les autorités pénitentiaires et au deuxième degré devant le tribunal d'application des peines en cas d'acte illégal à leur égard. Dans l'article 5 alinéa 2 de la loi 1851/1989, l'expression juridique « deuxième degré » a été remplacée par l'expression temporaire et abstraite « ensuite ».

*Les lacunes*

Au-delà de l'analyse précédente, il faudrait souligner qu'un certain nombre de propositions des textes internationaux ont été ignorées et d'autres sujets — problèmes de la pratique judiciaire — n'ont même pas été discutés. Plus précisément :

— l'article 84 alinéa 2 de la loi 1851/1989 prévoit explicitement : le délit disciplinaire ; l'espèce et la durée de la sanction disciplinaire ; l'autorité compétente qui l'inflige.

Cela signifie que le quatrième élément proposé par l'article 35 des règles pénitentiaires européennes concernant « procédure et institution compétente pour le jugement au deuxième degré » est supprimé ;

— de plus, l'article 84 alinéa 4 de la loi 1851/1989 interdit les peines corporelles, la détention dans des cellules mal éclairées, la privation ou diminution de nourriture et les sanctions collectives en adoptant la règle respective de l'article 3, des règles minima pour le traitement des détenus de l'ONU de 1957 et l'article 37 des règles pénitentiaires européennes. Néanmoins, il ne s'agit que de la moitié de cette règle car l'autre moitié interdisant « toute peine inhumaine ou indignes » est paradoxalement ignorée ;

— aucune disposition ne se réfère aux problèmes conjugaux et familiaux résultant de la privation de liberté pour le détenu et sa famille ; et cela malgré la protection constitutionnelle de la famille et du mariage (art. 21 de la Constitution 1979/86) ;

— par ailleurs, la loi ne prévoit pas le mode d'exécution des droits civiques des détenus (n'étant pas condamnés à la privation de leurs droits civiques) ni des prévenus pour dettes (qui conservent intacts tous les droits civiques) : ainsi, le principe de droit de vote (art. 5-1 al. 3 de la Constitution 1975/1986) et, par conséquent, le principe d'égalité en tant que droit personnel du détenu (art. 4 al. 1 et 2 Constitution 1975/1986).

\*  
\* \*

Après l'analyse présentée ci-dessus, les premières conclusions suscitent un sentiment partagé entre l'optimisme et le pessimisme.

— En comparaison avec le statut précédent, la nouvelle loi constitue un texte législatif plus moderne et plus progressiste.

— En comparaison avec les textes internationaux et le niveau culturel de notre pays, elle est en retard.

— Les dispositions introduites face au système pénitentiaire actuel impliquent sans doute des difficultés énormes d'application.

Ces constatations contradictoires créent une situation « comico-dramatique » digne du « tempérament » hellénique. Notre intention n'a pas été de critiquer le passé ni de perturber l'avenir mais d'aider à préparer un meilleur avenir pénitentiaire. Pourtant, l'itinéraire de cette réforme pénitentiaire fut plus long que l'on croyait. Encore une fois, le législateur a posé des obstacles à l'application de la loi 1851/1989. Ainsi, une loi 1868 de 1989 et 1877 de 1990 a repoussé l'entrée en vigueur de quelques articles (1-3, 15, 58-60, 64-76) de la loi pour le traitement des détenus. Par ailleurs, la création de l'Ecole d'administration pénitentiaire pour le personnel a été aussi renvoyée après 1994.

Entre une loi qui est supprimée (loi 125/1967) et une autre qui est votée (loi 1851/1989) mais qui n'est toujours pas appliquée, le législateur grec a trouvé une « solution délicate » pour notre problème pénitentiaire ... vraiment grave : désormais, elles seront en vigueur partiellement et cela ... jusqu'à nouvel ordre !

Stergios ALEXIADIS et Ioannis PANOUSSIS

## A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

### I. — THEORIE DU DROIT ET POLITIQUE CRIMINELLE

*Anthropologie juridique*, par Norbert Rouland, Presses Universitaires de France, Coll. « Droit fondamental », 1988, 496 pages.

« Les temps changent, la publication de ce manuel en est une preuve ».

Cette affirmation, tirée de l'introduction à l'ouvrage de N. Rouland pourrait, à elle seule, caractériser le contenu et la portée de cette recherche considérable qui donne matière à un manuel à la fois savant et agréable à lire.

Les temps changent en effet lorsqu'une collection consacrée au droit peut trouver la place pour un manuel d'anthropologie juridique. Nul ne doute, dans le milieu des facultés de droit, qu'il y aura encore bien des scepticismes à vaincre avant de convaincre de la nécessité et de l'utilité d'une telle recherche et, *a fortiori* d'un tel enseignement. A l'heure où la technologie la plus sophistiquée semble l'emporter, où il n'est question que d'affiner des procédures et des institutions pour les « moderniser », où les particularités des systèmes juridiques conduisent à des spécialisations de plus en plus étroites, il y a presque un côté provocateur à s'adonner à l'anthropologie juridique. A quoi peuvent bien servir ces retours sur des sociétés traditionnelles au moment où le programme général de notre époque semble faire sortir les sociétés de leurs traditions et les conduire au « développement » ? Comment même serait-il possible de posséder une culture aussi étendue qui, des Amériques à l'Asie, nous ouvrirait une connaissance approfondie de sociétés si différentes ? Bref, les critiques à peine déguisées en forme de mises en garde prudentes ou réalistes ne manqueront point, tant l'organisation actuelle des études de droit se révèle contradictoire avec le projet ici dévoilé.

Les temps changent lorsque au travers de cette nouvelle discipline se trouvent mises en question les affirmations les plus courantes, les plus banalisées, les plus spontanées des enseignements juridiques. Plus d'un professeur se reconnaîtra dans les théories simplistes adoptées pour « expliquer » le droit, et critiquées justement par N. Rouland : notamment la position de l'évolutionnisme qui, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle sous une forme triomphante puis aujourd'hui de manière plus technocratique, permet de constituer une échelle au sommet de laquelle règnent les sociétés capitalistes européennes. Pourtant le propos de l'auteur reste toujours courtois et mesuré : mais on ne peut s'empêcher de réaliser à quelles aberrations conduisent encore de nombreux enseignements, à la fois techniques (le contrat, ou la résolution des conflits) et théoriques (la naissance et le développement de l'Etat, le rôle de la violence) qui continuent de véhiculer et de confronter les clichés de la mentalité prélogique ou primitive. On suggérera ici que le meilleur angle est ainsi donné à l'anthropologie juridique : servir de révélateur à un regard culturel jamais discuté au sein des facultés de droit, bref occuper une fonction critique au milieu de l'enseignement juridique.

Pour avoir été autrefois étudiant en anthropologie et pour avoir contribué au mouvement « Critique au droit », je ne puis que me réjouir de la parution de cet ouvrage même si les positions adoptées ici ou là par l'auteur ne sont pas exactement les miennes. Il faut donc saluer la reconnaissance de l'anthropologie juridique par cet ouvrage moins pour la place faite à une nouvelle discipline que par l'usage qui pourrait en être tiré dans la formation des étudiants et, il faut l'ajouter, des professeurs.

Au fond, ce manuel est une véritable « introduction critique au droit », si l'on décide de le lire comme le contrepoint des présentations habituelles du droit, telles qu'elles fonctionnent dans les facultés d'aujourd'hui. A cet égard, et sauf rare exception, il serait tentant — et peut-être cruel — de comparer l'ouvrage de N. Rouland aux différents manuels d'introduction au droit, parus depuis quelques années. On y constaterait que, sous des dehors à peine modernisés qui relèvent seulement du *lifting*, les théories en oeuvre n'ont pas fondamentalement changé lorsque les professeurs tentent de situer le droit parmi les autres institutions sociales, de comparer les systèmes juridiques entre eux, surtout à l'égard de ceux dénommés primitifs, ou encore d'esquisser, sur chaque question, un « historique » en général de type évolutionniste. Ainsi, la lecture de ce manuel a une sérieuse vertu décapante, autant par ce qu'il apprend que par ce qu'il révèle.

L'ouvrage est bâti selon un plan ternaire tout à fait logique : d'abord, « penser l'altérité » (1<sup>re</sup> partie) ensuite « la diversité » (2<sup>e</sup> partie) enfin « la modernité » (3<sup>e</sup> partie) chaque développement étant accompagné d'une bibliographie abondante et à jour.

« Penser l'altérité », c'est poser la question de fond : comment rendre compte de sociétés différentes sans projeter sur elles le regard construit et partial de la société dans laquelle se trouve l'auteur ? Problème qui est celui de l'anthropologie depuis ses débuts mais aussi du droit comparé, autre discipline bien négligée en France. Aussi cette première partie est-elle largement consacrée à des problèmes épistémologiques : qu'est-ce que représenter le réel ? Et le lecteur comprend qu'il y a différentes représentations correspondant à des choix théoriques aussi différents que l'évolutionnisme ou le pluralisme juridique. En conséquence, les champs de l'anthropologie juridique sont variables et conduisent non seulement à des théories différentes mais surtout à repenser les frontières entre cette discipline et les autres disciplines voisines (histoire, sociologie). Cette partie est fondamentale, au sens premier du terme car elle fonde la démarche. Peut-être, est-il possible de regretter que certains points ne soient pas précisés plus avant, étant donné leur importance. Deux me paraissent devoir être signalés. Parmi les différents choix entre systèmes théoriques, on ne sait pas quelle est l'option de l'auteur, entre fonctionnalisme et pluralisme juridique. La seule certitude, c'est son refus justifié de l'évolutionnisme et un certain éclectisme prudent pour la démarche. Mais dans cette position plutôt favorable à la synchronie, on verra par la suite plusieurs fois revenir la question de l'histoire, sans véritable solution. En effet, pour liquider un évolutionnisme primaire et linéaire, on a le sentiment que l'auteur liquide, en même temps, l'historicité des sociétés. On comprend l'urgence de la situation actuelle et donc la dénonciation de l'évolutionnisme, bien retardé en effet dans les facultés de droit. Mais il est toujours dangereux de tordre par trop le bâton. En effet, cet effort de comparatisme synchronique supprime du même coup les effets que seule l'histoire pourrait montrer, par lesquels des influences, des déformations, des dominations sont introduites dans les systèmes juridiques des sociétés traditionnelles. De la même manière, le lecteur retire le sentiment que la comparaison portera sur des systèmes en quelque sorte « protégés », sortis du noeud des relations historiques qui les ont affrontés à des systèmes différents et dominants. Bref, il semble manquer cet aspect « politique » à cette anthropologie juridique.

Cette observation peut paraître injuste quand on lit, plus loin, en deuxième partie, un chapitre consacré à l'acculturation juridique (p. 337 et s.). Ce développement réinsère précisément les systèmes traditionnels dans l'histoire des relations internationales marquées par la domination occidentale et capitaliste, notamment par le biais de la colonisation. L'auteur montre, avec précision, comment a opéré le transfert de droit,

quels obstacles il a rencontré et en conséquence quelles solutions, souvent de compromis, il a adoptées. C'est ici où revient la question première : il n'existe pratiquement plus de systèmes juridiques traditionnels qui n'aient été atteints, modifiés quelquefois transformés par le système du colonisateur. Et souvent, le retour « aux sources » est illusoire car il s'effectue selon les techniques de l'ancien colonisateur ! Alors, que reste-t-il vraiment des droits traditionnels ? Et malgré la nostalgie que l'on sent poindre dans les lignes de N. Rouland, et qui rappelle celle d'un Lévi-Strauss dans *Tristes tropiques*, comment faut-il parler de ces systèmes aujourd'hui, tels qu'ils fonctionnent dans leur impureté ? A cet égard, l'anthropologie nous livre plus des systèmes reconstitués, restaurés — au sens archéologique du terme — que des systèmes réels, même s'il est évident que nous avons besoin de ces reconstitutions afin de comprendre la logique de ces systèmes, logique souvent perdue dans l'entrelacs des situations historiques.

D'autre part, et ceci explique peut-être cela, il n'y a pas d'indication précise sur le développement de cette nouvelle discipline aujourd'hui : à quels débats et surtout à quels enjeux cette anthropologie correspond-elle ? Le recours aux pères fondateurs, Montesquieu, Morgan et Marx, donne l'illusion qu'il s'agit d'une branche du savoir comme une autre avec son histoire et son état actuel. Or, on s'attendrait à ce que soit expliquée l'existence ou la raison d'être de cette discipline. En ce sens, l'introduction comme cette première partie paraissent excessivement neutres et laissent croire que ce savoir nouveau viendra seulement améliorer la science du droit alors que, comme l'écrit l'auteur en citant M. Alliot « c'est une autre manière de faire du droit ».

La deuxième partie, « penser la diversité », nous conduit au coeur de ces sociétés « traditionnelles », l'adjectif réunissant ici, en réalité, des sociétés très diverses, sur les continents du monde. Cependant, le champ d'étude sera resserré sur les sociétés africaines pour l'essentiel. Il y a là une sélection drastique mais compréhensible : puis-je seulement regretter que l'exclusion de tout développement sur l'Afrique du nord enlève des exemples qui non seulement sont aujourd'hui d'une actualité brûlante, mais seraient particulièrement intéressants à étudier, à partir d'un autre regard que celui traditionnellement donné (cf. J.-Cl. Vatin, *L'Algérie des anthropologues* ; mais évidemment les ouvrages de P. Bourdieu sur l'Algérie). Dans cette partie, sur laquelle seuls des spécialistes des sociétés africaines pourraient émettre des avis autorisés, sont analysées, après un tableau de ce qu'est « le système juridique traditionnel », les relations juridiques fondamentales : la parenté, le lien avec la terre et les relations contractuelles, puis les modalités de règlement des conflits. La partie se termine sur le chapitre concernant « l'acculturation juridique » (cf. *supra*). Deux éléments posent question. L'un mineur : à propos de société et violence, le détour par les « leçons des sociétés animales » même si nuancé m'est apparu peu convaincant et discutable. Peu convaincant, précisément parce que selon l'auteur, (les sociétés humaines et animales) « sont séparées par des différences radicales » (souligné par moi, M. M.) ; discutable parce que c'est toujours à propos des sociétés traditionnelles que ces comparaisons sont effectuées, renforçant ainsi le mythe de leur « naturalité » voire « primitivité » — et nous avons bien besoin de nous défaire de cette « intuition ». L'autre est plus conséquente : l'absence de tout développement sur les modes de commandement, en l'absence de structure étatique. A nouveau, perce cette secondarisation du politique dans les sociétés traditionnelles. Le lecteur retrouve un paysage connu : l'identification du droit au droit privé et même pour ce qui concerne le règlement des conflits, n'apparaît pas vraiment la dimension collective du règlement comme forme d'agencement de pouvoir. Il y a évidemment une solide littérature sur les royaumes africains et les modes de domination, souvent très complexes, empruntant à la fois au sol, aux liens de sang et de parenté et à la compétence (ainsi les études de G. Balandier, *Anthropologie politique* mais aussi Godelier dans « l'idéal et le matériel » sur les sociétés antiques). Ainsi, la récente *Politique comparée* de B. Badie et G. Hermet (PUF, Thémis, Coll. « Science politique », juill. 1990) qui s'efforce de penser la diversité des dynamiques politiques se traduisant dans des institutions et des règles dif-

férentes. Au fond, se révèle peut-être, même à l'insu de l'auteur, ce parti pris de l'anthropologie à l'égard de sociétés sans « pouvoir » des analyses de Clastre.

Pourtant, ce n'est pas là la position réelle de N. Rouland ; mais le lecteur non averti tirera de cet ouvrage cette conséquence qui viendra, à nouveau, confirmer un des *a priori* ravageurs des juristes sur l'absence de pouvoir organisé dans « ces sociétés-là ». Cette attitude sera, à mon sens, renforcée par le chapitre sur l'acculturation juridique où une seule page (p. 368) est consacrée à l'organisation politique d'après les indépendances, renvoyant allusivement aux situations d'avant l'indépendance qui n'ont fait l'objet d'aucun développement conséquent dans l'ouvrage.

Enfin, une troisième partie, presque inattendue pour ceux qui découvriront l'anthropologie juridique : « la modernité » visitée par les mêmes méthodes qui servent à analyser les sociétés traditionnelles. Ce regard sur le monde juridique des sociétés développées, précisément dans le deuxième chapitre (Anthropologie juridique du droit positif) est un des plus intéressants : il constitue, d'une certaine manière, le texte cohérent d'un ensemble d'annotations que l'on trouvait, autrefois, dispersées dans le manuel du doyen Carbonnier mais aussi dans de nombreux écrits théoriques. Revoir le droit actuel occidental à partir de la notion de mythe, des relations familiales réelles et des modes de règlement des conflits permet une sérieuse remise en perspective de ces dispositions dont la rationalité perd, de ce coup, l'apparente supériorité que les professeurs de droit continuent de leur reconnaître. Là encore, au risque de la répétition, je regretterai la part insuffisante du droit public où, pourtant les mythes ont fait l'objet d'études nombreuses et de controverses célèbres : la Nation, l'Administration et l'intérêt général, la représentation notamment (V. ainsi G. Burdeau, *La politique au pays des merveilles*, 1980). Ce regret est d'autant plus vif que l'Etat fait aujourd'hui la matière de longs débats, souvent politiques, quelquefois savants (ainsi ceux sur « L'Etat de droit » comme en témoigne D. Colas, *L'Etat de Droit*, PUF, 1988). Or ces débats portent sur l'éventuelle transformation de l'Etat du fait de son passage au stade de l'Etat-Providence : certains auteurs ont théorisé ce passage comme celui d'une transformation radicale de la « règle de jugement », c'est-à-dire de la conception du droit, dans ses rapports avec l'homme comme avec la nature (cf. F. Ewald, *L'Etat-Providence*, Grasset, 1988). Il y a là une question très importante : et si, tout en conservant le même vocabulaire juridique, notre société avait déjà basculé dans un autre univers, irréductible à celui dont nous avons la familiarité, celui issu du classicisme du XVII<sup>e</sup> siècle ? On en aura reconnu la thèse foucauldienne générale, reprise par certains de ses élèves. On s'attendait à trouver un écho de ces préoccupations dans une anthropologie du droit positif actuel. Car cette interrogation permettrait de rejoindre celles faites sur la famille, et sur les relations privées, mais aussi celles concernant les sanctions ainsi que Foucault l'avait montré dans *Surveiller et punir*.

Les questions, surtout lorsqu'elles sont critiques, disent l'intérêt de la lecture de l'ouvrage de N. Rouland. Il faut lire ce travail et, au-delà des cercles savants, le faire connaître à de nouvelles générations d'étudiants et d'universitaires de plus en plus confrontés aux problèmes du Tiers Monde. Dans ces conditions, comment n'être pas frappé par la minceur des références concernant des juristes ou des institutions qui, en France, s'occupent de ces problématiques...

« Naissance tardive » de l'anthropologie juridique, dit euphémiquement l'auteur (p. 112) et « à l'heure actuelle » on ne peut citer que deux noms, M. Alliot et R. Verdier, et deux centres de recherche pratiquement pour marquer l'existence de cette discipline quand la plupart des références sont anglo-saxonnes. Je voudrais espérer que des enseignements d'anthropologie du droit, comme d'ailleurs de philosophie du droit et de philosophie politique, se développent afin de combler ce retard préjudiciable à une véritable modernité de l'enseignement juridique comme politiste. Alors, nous commencerons vraiment à faire l'expérience que « les temps changent ».

Michel MIAILLE

*Le possible et l'interdit*, par Jean-Marc Varaut, Paris, La Table ronde, 1989, 192 pages.

L'auteur décrit fort bien lui-même l'intention de son livre : « énoncer les grandes lignes d'un droit à la vie du sujet naissant ou mourant qui ne soit pas dépendant de l'incertitude des concepts biologiques de la vie et de la mort » (p. 125). Après avoir, en effet constaté que « rien n'est encore écrit de ce qui doit être inconditionnellement interdit et sanctionné sur la pierre durable des Tables où s'incrument les déclarations des droits » (p. 16) et que « sans droit, rien n'est hors la loi », Jean-Marc Varaut oeuvre pour l'adoption d'« un droit de la vie et de la mort médicalisée » (p. 20) puisqu'« il est urgent ... que soit réfléchi (cela s'appelle philosopher) et formulée (c'est l'office du juriste) ... une éthique juridique ... autour d'un noyau dur, le respect de la personne dans sa vie biologique et sa mort humaine ».

Il ne fait pas de doute, cependant, que Jean-Marc Varaut s'est attaché prioritairement à la situation de naissance, pour le moment effectivement sans droit (ou du moins sans droit *spécifique* car malgré l'autorité qui s'attache à l'auteur de la formule, nous avons toujours quelque mal à concevoir qu'il puisse y avoir des situations de non-droit). Il est même assez probable, que l'intention première de l'auteur débutant son oeuvre devait être de se borner là ainsi qu'en témoigne la disproportion, qui n'est injustifiée ni sur le fond, ni dans la forme, du volume de l'ouvrage traitant de la naissance et de la mort : les sept premiers chapitres pour le premier aspect des choses ; les deux derniers pour le second et le choix de la très belle photo qui illustre la couverture. Mais cette possible intention première n'a pu être tenue tant il est vrai que l'homme est un tout insécable de sa conception à sa mort. On passe alors à une autre dimension juridique car si la naissance, sous ses formes scientifiquement les plus modernes (comprendons les plus détachées de la sexualité) est effectivement inconnue du droit, il n'en est pas, hélas, de même de la mort, traitée, au moins partiellement et bien mal (pour l'auteur et pour nous-même) par quelques lois récentes (de 1975 sur la mort de l'enfant par avortement pour des raisons de pure convenance personnelle ; de 1976 sur les prélèvements d'organes sans le consentement des intéressés ; de 1988 autorisant l'expérimentation sans but thérapeutique non seulement sur les sujets en état de coma dépassé — mort cérébrale et organes maintenus artificiellement en activité — mais aussi sur les sujets en état végétatif chronique qui ne sont pas médicalement morts, le tout naturellement sans plus de consentement que dans le cas du prélèvement d'organes). On passe alors et très heureusement, dans le livre, de la prospective législative à la critique du droit positif.

Et il se pose la question que Jean-Marc Varaut ne traite pas (c'est bien la seule dans le cadre des problèmes qu'il s'est posés !) : vaut-il mieux le silence de la loi ou un traitement législatif désastreux ? Disons très clairement que nous choisissons personnellement (et sans doute pas Jean-Marc Varaut, s'il répondait — mais c'est le privilège des critiques que de ne pas se voir opposer de réponse, au moins, et sauf cas pathologiques, publiées) la première proposition tant il est vrai qu'on passe facilement et rapidement, dans l'esprit du public du non-puni à l'autorisé, du possible au légitime et du marginal au normal.

Mais la meilleure question dans l'absolu n'est évidemment pas celle-là, mais celle-ci : quel doit être le bon droit de la naissance et de la mort médicalisées ? Pour y répondre Jean-Marc Varaut n'oublie aucun élément, lui que sa double formation, rare, de juriste et de docteur en philosophie prédisposait heureusement à un inventaire multidimensionnel de ce qui fait l'homme.

En ce qui concerne la conception et après avoir entériné l'hypothèse de l'insémination artificielle interne à un couple qui n'est qu'une procréation médicalement assistée, mais pour le reste, naturelle, Jean-Marc Varaut suggère que l'on rende possible le don gratuit de sperme et d'ovules sous condition du consentement libre et éclairé de parents bénéficiaires par ailleurs mariés (ou vivant en concubinage *stable*, expres-

sion que l'auteur reconnaît cependant, comme une pétition de principe) et tous les deux vivants avec impossibilité pour lesdits « parents » de contester ultérieurement une parenté biologique par ailleurs certainement inexistante pour l'un, l'autre, ou les deux. Il récuse, au contraire, le recours à des mères dites « porteuses » après avoir heureusement relevé l'inexactitude de la formule au travers d'un inventaire exhaustif de toutes les hypothèses possibles ; n'admet la fécondation *in vitro* qu'à la condition qu'il ne soit pas créé d'embryons surnuméraires pour éviter, au mieux (?) qu'ils ne soient tués et, au pire qu'ils ne servent de matériel de recherche ou de produit (quelquefois utilisé en cosmétologie !) ; propose de définir un statut de l'embryon humain pour éviter les manipulations (pour le moment, mais pour combien de temps ?) futuristes tendant à permettre la procréation entièrement en laboratoire, la fécondation de l'ovule par l'ovule, l'autoprocréation, le clonage, les banques de tissus de rechange, la gestation chez l'animal et autres éléments d'un catalogue d'horreurs envisageables et pour certaines, certainement proches sur le plan de la faisabilité technique.

A l'autre bout de la chaîne de vie, Jean-Marc Varaut condamne l'avortement et pense qu'il faut contrer tous ceux qui encouragent le suicide d'autrui. S'il croit qu'il faut éviter l'acharnement thérapeutique qui n'est le plus souvent chez les médecins que la volonté de prendre une revanche sur la mort, leur vieille ennemie, avec effacement de la considération du corps expirant, il récuse évidemment toute légalisation du droit, surtout pour des médecins, de tuer quelqu'un qui n'est pas arrivé au terme naturel de sa vie de même qu'il entend que l'on subordonne à un accord clair du sujet lui-même ou de ses proches tout acte suivant la mort (prélèvement d'organes et recherches) tout en interdisant les recherches à but non thérapeutiques chez les sujets non encore décédés.

Que dire de cet ensemble de propositions ? Nous les trouvons nous-même et sans doute avec nous une grande majorité de Français (celle que l'on dit silencieuse) tout à fait raisonnables même si l'on peut trouver par-ci par-là quelques critiques : l'interdiction faite aux parents « bénéficiaires » d'un don de sperme ou d'ovule de contester ultérieurement leur lien juridique de parenté sous-tend évidemment l'opération ; elle n'en est pas moins en contradiction avec notre droit actuel de la filiation, contestable, certes, mais qui existe depuis près de vingt ans et selon lequel le maître mot de la matière doit être la vérité. N'est-ce pas la meilleure preuve que seule une insémination interne au couple est acceptable ?

Est-ce à dire qu'il existe quelques chances de les voir législativement adopter ? Rien n'est moins sûr tellement on assiste sur tous ces points à un dialogue de sourds entre ceux qui démontrent, comme le fait Jean-Marc Varaut, que l'homme est tel de la conception à la mort cérébrale (si tant est encore qu'on n'anime pas artificiellement ses organes) et ceux qui, à l'image de deux des trois petits singes, ne veulent ni voir ni entendre mais ne cessent pas pour autant de parler, et qui s'acharnent à considérer que l'être humain n'est pas ou plus tel tant qu'il n'est pas animé d'une façon autonome. Jean-Marc Varaut en fait la démonstration éclatante en reproduisant les propos de Gisèle Halimi pour qui le foetus est « un paquet informe de cellules », du professeur Milhau pour qui le comateux est « un intermédiaire entre l'animal et l'homme » et, plus sérieux et donc plus grave, de longs passages d'un discours de Robert Badinter, alors Garde des Sceaux, à un congrès international consacré aux problèmes de la naissance et où il est question de tout, sauf des enfants dont le mot n'est même pas prononcé (p. 33 et s.).

Il reste à Jean-Marc Varaut le mérite éminent de fournir des éléments de conviction aux uns et le courage de tenter de convaincre les autres. Car il n'est pas nécessaire d'espérer ... et Jean-Marc Varaut entreprend et persévère très bien.

Michèle-Laure RASSAT

*Law and Modern Society*, par P. S. Atiyah, Oxford, 1989, Oxford University Press, 158 pages.

Voici un livre bienvenu. L'auteur titulaire d'une chaire de droit anglais à l'Université d'Oxford nous donne en cent-cinquante-huit pages un résumé de ce qu'est la *Common Law*, mais aussi une théorie générale de droit et une approche philosophique de la question. L'auteur insiste, au début, sur le caractère élitiste des cours supérieures composées de juges dont le prestige et les émoluments n'ont rien à voir avec ceux de leurs homologues français ! Atiyah nous donne une belle explication du jury en nous disant qu'il est là pour montrer aux professionnels qu'il y a des choses que le public ne saurait tolérer injectant ainsi un élément démocratique dans le processus judiciaire. L'auteur nous donne une excellente définition du *due process of law* si vague en droit anglais alors qu'il a une acception toute particulière en droit américain à cause de son inclusion dans le cinquième amendement du *Bill of Rights*. Pour Atiyah, le caractère public et le caractère oral de la procédure sont des éléments essentiels du *due process* avec le droit d'être entendu qui découle d'un principe du droit naturel. L'impartialité du juge fait aussi partie de ce grand principe du droit anglais. Le *due process* n'a pas en droit anglais de portée constitutionnelle comme en droit américain, il n'empêche que c'est un principe qu'on ne peut ignorer dans le droit d'outre Manche. Bien évidemment, Atiyah défend le principe du système accusatoire comme garant d'impartialité avec droit au silence réservé pour l'accusé. Dans le chapitre sur le droit hors des tribunaux, l'auteur nous montre bien qu'il faut un minimum d'acceptation du droit par l'opinion publique sans laquelle il ne peut y avoir de système de droit. Persuasion et coercition sont indispensables pour l'application du système. Pour l'auteur, la Constitution britannique est le résultat d'une combinaison de la coutume, de la tradition et de la force de l'opinion publique. La souveraineté du Parlement, aujourd'hui remise en cause par les partisans d'un *Bill of Rights* et le droit communautaire, se trouve être limitée par la théorie de la *Rule of Law* qui selon Dicey doit voir le gouvernement respecter la loi et ne pas se comporter de façon arbitraire, que tout le monde est égal devant la loi et que le droit constitutionnel britannique doit être le produit de la jurisprudence et non de texte codifié. Aujourd'hui, on considère que la non-rétroactivité des lois pénales et l'indépendance de la magistrature sont indispensables à cette notion. Bien entendu, quand l'auteur évoque la positivité du droit, il y a un conflit avec la notion de légitimité. La légitimité du droit s'oppose à la notion de souveraineté du Parlement qui ne peut voir la légitimité de sa législation contestée. Dans le système britannique le *Bill of Rights* entraînerait automatiquement un contrôle de constitutionnalité des lois et donc les juges seraient les arbitres suprêmes du Parlement. Dans le dernier chapitre, l'auteur traite du problème du précédent, essentiel pour saisir la *Common Law*. C'est un tour de force de résumer en si peu de pages les grands principes du droit anglais. Les *Oxford University Presses* publient, depuis 1983, des livres brochés en format livre de poche ce qui les rend abordables pour les étudiants et d'un maniement facile. Espérons que les éditeurs français en feront autant.

Antoine J. BULLIER

## II. — DROIT PENAL GENERAL

*Exercices pratiques de droit pénal*, par M. E. Cartier, Ed. Montchrestiens, 1989, 254 pages.

Si la mode des manuels a donné lieu récemment à une véritable explosion ainsi que les ouvrages recensant les « grands arrêts » (!!), en revanche les ouvrages d'exercices pratiques étaient devenus rares, soit en raison de l'absence de travaux dirigés en droit

pénal, soit à cause de l'existence de tels travaux dirigés. Aussi, il faut saluer le renouveau de ce genre littéraire et technique, avec l'ouvrage que vient de publier Mme. le professeur M. E. Cartier. Vingt exercices sont proposés, de type différent : des interrogations orales (9), des dissertations (2), des exposés oraux (2), des commentaires d'arrêts (2), des rédactions d'arrêts (2), des épreuves pratiques (2), une consultation.

Les thèmes abordés par ces différents exercices sont, à notre avis, ceux qui se prêtent le mieux à des réflexions ou à des discussions : les sources du droit pénal et la règle de la légalité criminelle ; la classification des infractions et le problème de l'infraction politique ; les éléments matériel et moral de l'infraction ; la responsabilité pénale du fait d'autrui ; les causes de justification, et la sanction. Comme cela se fait de plus en plus, actuellement dans les manuels ou traités (peut-être à cause des pouvoirs de plus en plus importants accordés aux juges, sans égard pour l'idée d'égalité qui impose un minimum de règle objective), cette dernière partie (la sanction) est un peu sacrifiée, alors cependant que dans la jurisprudence récente elle donne lieu à un certain contentieux (suspension du permis de conduire, interdiction de séjour, etc.).

Quoi qu'il en soit, parmi ces différentes questions (abordées de manière complète), méritent un examen particulier, même de la part de non-étudiants, l'exercice n° 1 sur la légalité, ainsi que l'exercice n° 3 sur la rétroactivité *in mitius*, pour lesquels Mme Cartier fait une analyse minutieuse des solutions légales, jurisprudentielles et des opinions doctrinales.

Comme elle, nous pensons que la Cour de cassation aurait avantage à faire application de l'article 15-1 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques pour éviter à la France une condamnation de la part de la Cour des droits de l'homme de Genève. On ne saurait, en effet, décider d'une part qu'une loi nouvelle même de nature économique lorsqu'elle abroge une ou des incriminations pénales ou lorsqu'elle prévoit des pénalités plus douces s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés, et d'autre part que l'abrogation de textes réglementaires pris pour application d'une loi, support légal de l'incrimination n'a aucun effet (rétroactif ou non). A notre sens, en cas d'abrogation d'un texte réglementaire, support nécessaire d'une incrimination, le juge, même légalement saisi d'une procédure à une époque où existait le règlement incriminateur, ne peut plus prononcer de condamnation sur le fondement d'un texte qui a disparu (V. d'ailleurs Crim. 25 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 33 ; A. Huet, *J.C.P.* 1988. I. 3378). Le bon sens, la raison et le pacte international commandent cette solution.

Par ailleurs, relativement à l'élément matériel, le commentaire de l'arrêt *Lacour* (que nous avons eu à faire en leçon de « loge ») nous semble être un modèle du genre, et l'exposé sur l'infraction impossible fait clairement le point sur la question. Peut-être d'ailleurs conviendrait-il d'insister un peu plus sur l'hypothèse du délit putatif ou délit imaginaire qui, malgré l'assimilation judiciaire du délit impossible au délit tenté, devrait demeurer impuni. Car, il ne faut pas perdre de vue qu'un acte matériel antisocial demeure nécessaire pour justifier l'intervention du juge (ou du policier).

Nous ne ferons qu'une réserve, qui ne concerne pas la qualité de la doctrine exposée mais seulement sa place dans l'ouvrage : il s'agit de la question de l'extradition. Sans doute, à l'heure actuelle, et à la suite du traité de MM. Merle et Vitu, nombre d'auteurs croient devoir examiner la loi pénale dans le temps, puis dans l'espace comme si ces deux problèmes concernaient également le droit pénal général. S'agissant de la loi pénale « dans l'espace », nombre de questions intéressent la procédure pénale : pour faire application du droit français, il faut étirer la compétence et réputer commise en France une infraction qui a été réalisée parfois à l'étranger (V. pour le cas du délit « d'initiés » : Paris chambre d'accusation, 12 juill. 1989, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1989, p. 758 et les obs. de M. P. Y. Gautier « Sur la localisation de certaines infractions économiques », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1989, p. 669 et s.) ; et l'extradition — quand il s'agit de l'extradition dite passive — ne pose aucun problème d'application du droit pénal français, alors qu'elle intéresse les libertés indi-

viduelles et la « livraison » d'un délinquant recherché par un pays étranger. Aussi, est-ce la raison pour laquelle il nous semble plus normal d'évoquer ces questions — au demeurant délicates — dans le cours de procédure pénale et non dans le cours de droit pénal général.

Telles sont les remarques qui nous ont été suggérées par la lecture des exercices pratiques de droit pénal présentés par Mme Cartier, au-delà des étudiants de première ou de deuxième année de D.E.U.G., ces exercices devraient être médités par tous ceux qui se préparent à devenir avocat ou magistrat (ou même qui sont déjà engagés dans ces activités professionnelles), car il n'est pas mauvais de prendre un peu de hauteur pour contempler le paysage du droit pénal aujourd'hui. C'est dire que nous en recommandons vivement la lecture, à tous.

Bernard BOULOC

*Criminal Law. Cases and Materials*, par Smith J. C. et Hogan Brian, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1990, 610 pages.

Ce livre très intéressant est destiné aux étudiants en droit pénal général comme complément du manuel (5<sup>e</sup> éd.) réimprimé en 1986. Dès la troisième édition de ce recueil de jurisprudence, Smith et Hogan avaient inclus dans leur ouvrage des passages commentés du *Report to the Law Commission on Codification of the Criminal Law* (Law Com. n° 143, 1985). La Law Commission a aujourd'hui publié son rapport et son avant-projet le *Draft Criminal Code Bill* intitulé : *A Criminal Code for England & Wales* (Law Com. n° 177, 1989). Chacun des vingt et un chapitres comprend une analyse du thème abordé avec une référence au « Code », afin que les étudiants puissent se familiariser avec cette consolidation non officielle du droit pénal anglais qui n'est certes pas une codification au sens français du terme, mais peut influencer les praticiens et les juges anglais quant au fonctionnement et au développement du droit pénal. Ce travail de modernisation du droit anglais, bien que n'étant pas le droit positif, constitue un changement dans les mentalités des praticiens du droit. Ainsi, chaque thème abordé par cet ouvrage réserve une place à des extraits du *Criminal Code Bill* avant ou après les arrêts dûment commentés. Ceux-ci sont souvent suivis de questions posées aux étudiants-lecteurs. Avec une telle approche, on peut voir l'importance qu'a prise la commission de réforme du droit en Angleterre. Il est passionnant de voir le choix des arrêts en regard avec les extraits du *Criminal Code Bill*, c'est-à-dire de comparer ce qui est le droit positif anglais (les arrêts) par rapport à ce qui pourra l'être un jour, ou bien seulement les tendances actuelles des juriconsultes d'outre Manche. On voit bien qu'il y a une dialectique entre l'opinion des auteurs de l'ouvrage, celle des réformateurs du droit et la position du juge dans son arrêt. Cela donne à l'ouvrage un aspect tout à fait fascinant, car ce recueil expose le droit positif ainsi qu'une opinion sur celui-ci. La lecture d'un tel livre est indispensable pour ceux qui s'intéressent au droit anglais et à son développement possible. C'est aussi pour le praticien une excellente occasion d'avoir à sa disposition le droit applicable mais aussi une réflexion et une possible modernisation de celui-ci. Le fait de citer ce groupe de travail influencera-t-il le juge anglais comme il l'est par les arrêts ? Il semble que oui, d'où l'inclusion de ces passages dans cet ouvrage. On pensera aussi au caractère international de la *Common Law* quand on sait que ce texte cite des arrêts australiens, néo-zélandais, américains mais aussi sud-africains. Ce volume est d'ailleurs largement utilisé dans les pays du Commonwealth. On ne peut trouver meilleure manière didactique pour aborder le droit pénal anglais dans sa dimension pratique (jurisprudence, évolution probable et consolidation, questions aux étudiants, exemples comparatifs). Un livre excellent qui fait le point sur les dernières données de la jurisprudence et de la réflexion criminaliste outre Manche.

Antoine J. BULLIER

## III. — DROIT PENAL SPECIAL

*Le droit pénal de la pharmacie*, par Jacques Azema, Paris, Litec 1990, 180 pages.

La grande clarté de cet ouvrage fait honneur à son auteur. Son objet est d'une part d'analyser toutes les infractions, qu'elles soient d'ordre général ou spécifiques, que peuvent encourir les pharmaciens et d'autre part, au-delà des incriminations, de déterminer les responsables, notamment en présence de pharmaciens assistants ; d'où une vision de toute la profession, tant industrielle que d'officine, à travers le prisme du droit pénal.

Le livre est divisé de la façon suivante : une première partie donne une définition extensive du médicament comprenant trois acceptions différentes (présentation, fonction, composition). Une seconde partie est relative au pharmacien lui-même, à son monopole d'exercice et à son organisation professionnelle. Les troisième et quatrième parties sont consacrées aux deux activités principales et distinctes que sont l'industrie pharmaceutique et l'officine : fabrication des médicaments, mise sur le marché, publicité et puis bien sûr délivrance de médicaments (qui est l'objet de la principale jurisprudence), telles sont les occasions pour les pharmaciens de rencontrer dans l'exercice de leurs activités le droit pénal.

L'auteur présente lui-même son ouvrage avec beaucoup de modestie. En réalité c'est un outil indispensable de référence, exhaustif, très facile à consulter et non encombré de controverses inutiles. Enrichi de quelques échappées vers la responsabilité civile (délictuelle et contractuelle) et disciplinaire, ce livre constitue un ensemble homogène d'information pour tous les professionnels de la santé, y compris les médecins qui connaissent à bien des égards un environnement pénal analogue.

Pierre COUVRAT

*Le secret professionnel et l'hôpital, Premier guide juridique et pratique*, Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, Doin Editeurs, Paris, 1989, 95 pages.

A l'hôpital, le secret professionnel est source de multiples questions.

De nombreuses informations administratives et surtout médicales, de nature très confidentielle, circulent. Tout établissement hospitalier est largement ouvert sur la ville : les compagnies d'assurance, la justice, les médecines du travail, la sécurité sociale, les médecins libéraux, les cliniques privées, les autres hôpitaux publics ... sont ses interlocuteurs quotidiens.

Quelles informations donner sur l'hospitalisation et la condition physique d'un patient, que ce soit à l'intéressé, à son entourage, à des tiers ?

L'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris vient de faire paraître<sup>1</sup>, en collaboration avec les éditions Doin, un guide juridique et pratique permettant, à partir de l'expérience acquise au sein de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, de répondre aux principales questions qui, en la matière, se posent le plus souvent en milieu hospitalier.

Claudine ESPER

*Przestępstwa niealimentacji (Les délits de non-alimentation)*, par Helena Kolakowska-Przelomiec, Etudes criminologiques, Ed. Ossolineum, Wrocław-Varsovie, 1989, 167 pages.

Cette monographie criminologique du délit « de non-alimentation » fait partie des études traitant du fonctionnement des règles juridiques concrètes.

1. Doin Editeurs, 8 place de l'Odéon, 75006 Paris.

Dans la législation polonaise, le fait de se soustraire opiniâtement à l'exécution de l'obligation alimentaire légale au profit des membres de la famille la plus proche est un délit sanctionné de la peine privative de liberté jusqu'à trois ans.

Il n'y a pas eu jusque-là dans notre pays de recherches criminologiques analysant ce délit de façon approfondie. L'auteur du livre analysé a le mérite d'innover, en ce sens qu'elle se demande si la solution juridique en vigueur est juste, qu'elle conclut par la négative en s'appuyant sur les résultats de ses investigations, et propose d'autres solutions.

Depuis de longues années, les condamnations pour les délits prévus au chapitre XV du code pénal (infractions dirigées contre la famille, la tutelle et la jeunesse) sont très nombreuses au point qu'elles viennent en deuxième position après celles frappant les infractions dirigées contre les biens. Environ 99 % de ces condamnations ont été prononcées contre les auteurs de sévices exercés sur des membres de leur famille (art. 184 c. pén.) et contre les débiteurs d'aliments récalcitrants (art. 186 c. pén.). Chaque année, de dix à quatorze-mille débiteurs de cette espèce sont condamnés, dont environ un tiers à la peine privative de liberté, mais finalement beaucoup plus sont emprisonnés du fait que le tribunal ordonne l'exécution de la peine qui avait fait l'objet de sursis ou de la peine de limitation de liberté, ou encore qu'il reprend la procédure ayant fait l'objet de non-lieu.

Le problème social, ici, se laisse résumer comme ceci : quels sont les auteurs de ce délit, dans quelles circonstances est-il commis, comment est-il conditionné ? Quel rôle dans la genèse de ce délit est joué par le conjoint (ex-conjoint ou concubin) créancier de la pension alimentaire ? Mais le problème clé est celui du fondement et de l'efficacité des peines appliquées, et notamment celle de prison ferme. Ces problèmes et questions demandent à être éclaircis, d'autant plus que selon l'opinion courante c'est, en règle générale, l'homme qui serait exclusivement coupable du délit dont nous parlons, tandis que la femme en serait la victime impuissante. On oublie souvent que la situation où ce délit se réalise est particulière, et que l'auteur et sa victime sont la plupart du temps liés par des liens de famille et qu'en règle générale de sérieux malentendus et conflits surgissent entre eux. Tous ces problèmes, et beaucoup d'autres, sont exhaustivement traités dans l'ouvrage sur la base de solides et représentatives études empiriques.

Le but principal de l'ouvrage consiste à montrer le fond social du délit, les conditions psycho-sociales de cet acte, et aussi à donner les caractéristiques des auteurs et de leurs conjoints, à dégager leur rôle respectif avant le procès, au cours de l'instance et pendant l'exécution de la peine prononcée. L'auteur se penche sur l'opportunité et l'efficacité de l'application des peines frappant les auteurs de ce délit, considéré comme une sorte de moyen de protection de la famille, en établissant quels sont les effets que la peine appliquée produit sur l'auteur et sa famille.

Il convient de souligner les valeurs méthodologiques de l'ouvrage. L'enquête (analyse des dossiers judiciaires) a porté sur un échantillon national, représentatif des auteurs du délit de ce genre. On a procédé au tirage au sort à deux degrés : d'abord a été tiré au sort un mois de 1979 et ensuite, sur toutes les affaires jugées ce mois par tous les tribunaux polonais, ont été tirés au sort cent-soixante auteurs du délit de non-alimentation.

Il résulte de cette enquête que, dans la majorité des cas, les créanciers de la pension alimentaire sont des enfants, au nom desquels agit en règle générale leur mère, accusant le père de ne pas verser la pension. Les familles concernées présentent souvent des conditions défavorables à l'éducation, leurs ressources matérielles sont la plupart du temps très modestes. Dans environ la moitié des cas la famille reçoit la pension du Fonds alimentaire. Dans environ 35 % des cas, la pension alimentaire a été allouée pendant la durée du mariage et la cohabitation des époux, ce qui a plus d'une fois contribué à aggraver les conflits entre époux et a accéléré ou provoqué la désunion. La comparaison du montant des pensions alimentaires avec les possibilités

de gain et de fortune des débiteurs a montré que dans plus de la moitié des cas la pension mensuelle représentait de 50 à 90 % de leurs revenus. Dans 25 % des cas la pension a été allouée par un jugement par contumace, ce qui est contestable. Bien qu'il arrive des situations justifiant le jugement par contumace, il faudrait que de tels cas soient limités à un strict minimum.

L'auteur souligne dans son analyse le rôle joué par la mère de l'enfant dans un procès en paiement de la pension alimentaire et qu'un tel procès est parfois intenté pour y évoquer les conflits et les litiges existant entre époux ou en général au sein de la famille. L'auteur essaie de classer par catégories les femmes qui agissent en justice pour se faire allouer une pension alimentaire du mari (ou du concubin) au profit de ses enfants, et ensuite pour l'accuser de ne pas s'acquitter de cette obligation. Il est à souligner que 60 % de ces femmes se comportent d'une façon laissant croire qu'elles ne tiennent pas tant à obtenir la pension mais à punir leur mari, à le chicaner, à se venger de lui, etc. Il n'est pas rare — on en trouve des preuves dans les dossiers — que la femme accusant le mari de se soustraire opiniâtrement à l'obligation alimentaire désire ainsi lui faire quitter l'appartement occupé en commun pour recommencer la vie avec un nouveau partenaire. Il est évidemment aussi des femmes qui se trouvent dans une situation très difficile, sont contraintes à agir en justice et pour qui, vu la défaillance du débiteur d'aliments, l'allocation versée par le Fonds alimentaire présente une aide inappréciable.

L'auteur a le mérite de montrer toute la complexité de la situation familiale des débiteurs et des créanciers de la pension alimentaire, de déceler les relations entre « l'auteur » et « la victime » du délit de non-alimentation et d'abandonner l'image simpliste du « mauvais » homme et de la femme « lésée ».

Quels sont les auteurs du délit dont nous parlons ? Le livre nous apprend que ce sont, souvent, des gens ayant une éducation rudimentaire, sans formation professionnelle, travaillant irrégulièrement ou ne travaillant pas du tout. Dans la majorité des cas ils abusent de l'alcool depuis longtemps, ce qui est à l'origine de leur dégradation psychique, ils commettent assez fréquemment de menues infractions. Un bon nombre d'entre eux sont atteints de maladies chroniques, exigent une assistance médicale et sociale, et ont des difficultés objectives quoique parfois dues à leur faute de s'acquitter de leur obligation alimentaire. A la lumière de ce que nous savons de notre pratique pénale répressive, on est presque forcé de se demander si l'on est suffisamment fondé à condamner ces gens à différentes peines, et en particulier à la détention ?

L'ouvrage dénonce aussi les divers défauts observés dans le fonctionnement des tribunaux, entre autres l'inobservation de certains principes processuels. On a par exemple constaté que la position de l'accusé était très défavorable. La plupart du temps il se défend sans être assisté d'avocat, or on sait que les auteurs sont souvent des gens très primitifs ou peu pratiques. Souvent on ne donne pas foi aux déclarations de l'accusé, qui n'a à leur appui ni documents ni témoins. Souvent aussi la femme ou la concubine est le seul témoin qui, agissant en pension alimentaire ou accusant le débiteur de ne pas la payer, ne saurait être pleinement objective.

Le système polonais en cette matière n'est pas cohérent pour l'accusé. On ne lui explique pas à l'audience en quoi consistent ses obligations, il arrive qu'il ne sait pas qu'il est tenu de payer les aliments arriérés, bien qu'il ait purgé sa peine, ou que, dans le cas où sa femme reçoit sa pension du Fonds alimentaire, il doit verser les aliments à l'Institut des assurances sociales, etc.

Les informations fournies par les tribunaux sur l'exécution des jugements prononcés et sur le comportement des condamnés après leur libération montrent que nombre de ces condamnés continuent à ne pas s'acquitter de leur obligation ce qui fait croître leur dette, donne naissance à de nouvelles affaires pénales et à de nouveaux séjours dans les établissements pénitentiaires — en somme un cercle vicieux.

L'auteur propose — et c'est sa principale conclusion — que l'inexécution de l'obligation alimentaire fasse l'objet d'action civile, en somme que le délit de non-alimentation soit entièrement dépenalisé et décriminalisé.

Dobrochna WOJCIK

#### IV. — PROCEDURE PENALE

*Procédure pénale*, par G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, 14<sup>e</sup> éd. Paris, Dalloz, 1990, 1076 pages.

La sortie récente de la 14<sup>e</sup> édition du Précis Dalloz de *Procédure pénale* de nos collègues, les professeurs Stefani, Levasseur et Bouloc, est sans doute la meilleure preuve du succès et de la valeur de cet ouvrage. Au rythme d'une édition tous les deux ans environ, ces auteurs tiennent le lecteur au courant des moindres nouveautés. Et précisément, si le plan de l'ouvrage ne change pas (objet du procès pénal, c'est-à-dire les actions publique et civile ; organes du procès pénal : déroulement du procès pénal), la lecture de cette 14<sup>e</sup> édition fait apparaître de très scrupuleuses mises à jour. On remarquera que l'ouvrage qui faisait 989 pages dans sa 12<sup>e</sup> édition était passé à 1072 dans la 13<sup>e</sup> pour atteindre aujourd'hui 1076.

Parmi les nouveautés par rapport à la 13<sup>e</sup> édition, on notera, après un développement sur la Convention européenne des droits de l'homme, un nouveau numéro consacré au contrôle constitutionnel de la légalité procédurale (n° 96 *bis*). Il était bon en effet que fussent consacrées quelques lignes à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les dispositions législatives de procédure pénale, discipline qui, plus que toutes les autres, touche aux libertés fondamentales. Autre nouveauté : les développements sur le « témoin assisté » (n° 528-1). On sait qu'avec la réforme du 31 décembre 1987, l'article 104 du code de procédure pénale ne prévoit plus l'obligation pour le juge d'instruction d'inculper la personne visée dans une plainte avec constitution de partie civile, mais la possibilité (dont le juge doit avertir cette personne) pour celle-ci d'être entendue comme témoin, avec prestation de serment, mais avec l'assistance d'un avocat. Situation étrange à la vérité et qui n'est pas à l'abri de la critique car elle complique la procédure pénale en introduisant entre les catégories des témoins et des inculpés une nouvelle catégorie intermédiaire. Des précisions sont encore consacrées à la loi du 6 juillet 1989 sur la détention provisoire qui clôt — définitivement on le voudrait — le débat sur le caractère non collégial de la juridiction ordonnant la mise en détention provisoire.

Nous avons toujours pensé qu'il est compliqué, onéreux et contraire à la présomption d'innocence de faire décider la mise en détention d'un inculpé par un collège de juges. Justement la loi de 1989 restitue au seul juge d'instruction tous ses pouvoirs sur ce point.

Jean PRADEL

*La justice pénale aux Etats-Unis*, par Jean Cédras, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection « Le point sur » dirigée par Fernand Boulan, 1990, 406 pages.

Suite au *Système pénal des Etats-Unis* de M. Ancel et L. Schwartz, remarquable mais ancien (1964), on attendait, avec une impatience croissante depuis quelques années, une nouvelle étude sur cette question. Nous voici enfin satisfaits grâce à M. Cédras, maître de conférences à l'Université du Maine qui après avoir passé une an-

née entière aux Etats-Unis notamment en Louisiane nous livre un beau volume de plus de quatre cents pages.

L'auteur examine successivement, en treize chapitres, la profession légale et la justice pénale, les non-juristes et la justice pénale, les juridictions autres que la Cour suprême des Etats-Unis, la Cour suprême des Etats-Unis, les sources de la procédure pénale, un survol de la procédure, l'enquête de police, les règles générales de la procédure devant le grand jury, poursuite et procédure devant le magistrat et le grand jury, la procédure préliminaire devant la cour de jugement, l'audience sur la culpabilité (*trial*), la peine, les voies de recours. C'est ainsi, selon un plan très souple, toute la procédure pénale qui se déroule devant le lecteur, avec ses acteurs, son déroulement et son dénouement.

Les différences avec le droit français sont considérables. On en signalera quelques-unes, particulièrement développées par M. Cédras. Première différence, il existe aux Etats-Unis deux systèmes de droit, celui des Etats et celui de la Fédération. Cette dualité se traduit par des règles intéressant le statut des juges (les juges locaux sont en général élus tandis que les juges fédéraux sont toujours nommés par le président des Etats-Unis) et le régime des juridictions (juridictions locales et juridictions fédérales, ces dernières ne connaissant que 5 % des affaires pénales, avec possibilité de double poursuite, une première fois devant une juridiction étatique et une seconde devant une juridiction fédérale, ou vice-versa). Seconde différence, le jury est plus développé aux Etats-Unis qu'en France : à côté du jury de jugement (*petty jury*) existe le grand jury, chargé de l'accusation. En outre, le recrutement des jurés donne lieu à certaines originalités comme celle du *voir dire* ou examen individuel des personnes tirées au sort, sous la forme de questions posées par le juge ou les parties, afin de déterminer l'objectivité du candidat juré. Troisième différence : les Etats-Unis connaissent, comme l'Angleterre, la règle du précédent (*stare decisis*), encore que cette vieille règle soit aujourd'hui en recul aux Etats-Unis où « l'on imite le passé jusqu'à ce qu'on ait de bonnes raisons de changer », ce qui confère à un arrêt américain une autorité à peine supérieure à celle d'un arrêt de notre Cour de cassation. Quatrième différence : avec la jurisprudence *Miranda* (1966) tout policier se proposant d'interroger un suspect doit lui fournir un certain nombre d'avertissements (droit au silence, droit de consulter un avocat, qui pourra même être présent au cours de l'interrogatoire...). Enfin cinquième différence, au cours de la procédure préliminaire devant la juridiction de jugement, un processus de négociation peut s'établir entre l'accusé et le poursuivant, le premier acceptant de plaider coupable et le second de réduire la prévention (*plea bargaining*). Alors le procès est exclu et le juge prononce directement la peine sans débats. 80 à 95 % des affaires font l'objet d'une telle négociation. Ce procédé très critiqué a pourtant pour avantage d'éviter l'étouffement de la justice.

De nombreuses annexes complètent cet ouvrage : reproduction de textes constitutionnels, notamment des Amendements, glossaire de termes de procédure pénale, reproduction de documents de procédure.

Il faut féliciter M. Cédras de son travail qui, bien écrit et remarquablement documenté, permet de comprendre sans peine la justice américaine même si on ne la connaît pas. Ce livre, à vrai dire, se lit comme un roman. Et il comble une évidente lacune dans la doctrine.

Jean PRADEL

*An Introduction to the Criminal Process in Canada*, par Alan W. Mewett, Toronto, Carswell, 1988, 235 pages.

Voici un petit livre très bien fait sur le droit criminel canadien : c'est une excellente introduction à ce droit si proche du droit pénal anglais mais aussi profondément influencé par le système de droit du grand voisin du sud. C'est le gouvernement fédéral

canadien qui peut légiférer pour ce qui est du droit criminel et de la procédure criminelle. Seule la constitution de cours pénales est laissée à l'appréciation des provinces. Mais le *Constitution Act 1867* précise dans son article 92 que les provinces ont aussi une certaine compétence pénale afin de faire respecter leur propre législation. Ce qui entre dans le champ de la compétence provinciale ce sont avant tout les infractions au code de la route, le contrôle du commerce de détail, les autorisations de vente d'alcool, les affaires municipales etc. En fait, le Canada a un droit criminel double, fédéral selon l'article 91(27) et provincial selon l'article 82(15). Cependant, l'article 91 précise qu'il y a compétence exclusive du parlement fédéral à côté du droit pénal pour ce qui concerne, la banque et les opérations de banque, la faillite, les échanges et le commerce, les postes mais aussi la paix, l'« ordre et le bon gouvernement du Canada ». Au Canada, on parle donc du droit criminel fédéral et du droit pénal provincial. Les deux droits ne doivent pas s'appliquer dans des domaines identiques mais peuvent coexister. Le droit criminel canadien provient directement du droit anglais, puis de celui de Grande-Bretagne et enfin du Royaume-Uni. Depuis 1892, le Parlement fédéral a promulgué un code, révisé en 1955. Ce code ne comprend, certes, pas toutes les infractions au niveau fédéral qui se trouvent dans un grand nombre de textes votés par le parlement d'Ottawa.

A la différence de l'Angleterre, la poursuite privée « *Private Prosecution* » n'existe plus au Canada. Seule la police, ou une plainte déposée à celle-ci peut déclencher l'action publique. Le terme de « Police » est vague car, dans la Confédération, il y a plus de quatre cents forces de police, la Police montée royale canadienne étant une force fédérale faisant respecter le droit criminel fédéral autre que celui contenu dans le code criminel. L'Ontario et le Québec possèdent des forces de police provinciales qui font respecter le droit criminel fédéral et le droit pénal provincial, alors que les autres provinces ne possèdent pas de force provinciale et laissent à la Police montée le soin de faire respecter le droit fédéral dans celles-ci.

Le droit criminel (fédéral) ou pénal (provincial) canadien fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par les cours de justice comme il est expressément prévu par l'article 52(1) du code révisé et l'article 24 de la Charte des droits et libertés. L'article 52 donne aux cours de justice la possibilité d'invalider toute législation (fédérale comme provinciale) pour anti-constitutionnalité, alors que l'article 24 de la Charte donne à ces cours de larges pouvoirs pour remédier à toute violation de la Charte. Celle-ci prévoit un ensemble de protection pour le justiciable comme la fouille et la saisie non raisonnables, la détention et l'emprisonnement arbitraires, l'information rapide après arrestation et détention, le droit d'avoir un conseil, le remède d'*habeas corpus*, le droit d'être informé de la qualification de l'infraction, le droit d'être jugé en un temps raisonnable, la présomption d'innocence qui fit invalider une loi sur le trafic de drogue (*R. v. Oakes* 1986). Le droit de la liberté provisoire est aussi prévu, le droit d'être jugé par un jury pour certaines infractions, la non-rétroactivité des lois criminelles, le principe d'autorité de chose jugée, le principe d'auto-incrimination au Canada diffèrent du droit anglais, et enfin, la protection contre tout châtiment cruel et peu commun. On peut voir dans cette Charte l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême américaine. Selon le code criminel, il y a trois niveaux de cours au criminel et pas trois cours : « *Superior court of criminal jurisdiction* », « *court of criminal jurisdiction* », « *summary conviction court* ». La première est la plus élevée, dans certaines provinces, elle s'appelle « *Supreme Court* », « *Superior Court* » ou « *Court of Queen's Bench* ». Ces cours ont pour président un juge fédéral. Selon la qualification de l'infraction et l'attitude de l'accusé ces cours siègent avec ou sans jury.

Le second type de cours est la « *court of criminal jurisdiction* » avec un juge et parfois un jury. Cette cour a compétence pour juger les infractions graves mais pas les plus sérieuses qui (meurtres, sédition, actes de piraterie, etc.) sont de la compétence de la « *Superior court of criminal jurisdiction* ». Enfin, on trouve la « *summary conviction court* » pour les infractions les moins graves. Au Canada, les infractions sont divisées en deux catégories « *indictable offences* » et « *summary conviction of-*

fences ». Bien évidemment, les « *indictable offences* » se divisent en plusieurs catégories. Les infractions provinciales sont toutes des « *summary conviction offences* ». Dans toutes les provinces, la poursuite pénale est confiée à un Attorney General de la province et, au niveau fédéral, à l'Attorney General du Canada. L'administration de la poursuite est sous les ordres des Attorneys généraux fédéral et provinciaux avec une hiérarchie qui les représente dans les cours.

Les droits criminels et pénaux canadiens ont vu la Charte des droits et libertés contrôler désormais le déroulement du procès criminel et pénal. Les problèmes des preuves illégalement obtenues en sont un exemple. Désormais, la législation canadienne (fédérale et provinciale) comme la législation américaine (fédérale et étatique) se trouvent soumises à un contrôle renforcé de constitutionnalité qui va mieux définir et clarifier la protection de l'accusé en adaptant un droit qui a pris ses sources dans le droit anglais mais qui se rénove et se modernise en s'inspirant de plus en plus de l'exemple si prégnant des Etats-Unis.

Antoine J. BULLIER

*Prosecution and The Public Interest*, par Thomas Hetherington, Londres, Waterlow Publishers, 1989, 208 pages.

Il est toujours intéressant d'avoir les impressions et les mémoires d'un officier qui a participé à une grande réforme judiciaire. Thomas Hetherington fut pendant dix ans « *Director of Public Prosecutions* » et à cause de la création du *Crown Prosecution Service* devint chef de cet organisme. Hetherington vit donc son poste de DPP devenir après 1985-1986 responsable d'un corps national de poursuites pénales pour l'Angleterre et le Pays de Galles. Le livre de Hetherington tourne autour de la création et des idées qui ont présidé à la consolidation et à la rationalisation des poursuites dans cette partie du Royaume-Uni.

Dans une introduction très claire, Hetherington nous montre bien que la notion d'officiers chargés de la poursuite pénale ne s'est développée qu'assez tardivement en Angleterre alors qu'en Ecosse c'est au XVIII<sup>e</sup> siècle qu'on voit émerger l'office du *Crown Agent*. Dans son premier chapitre, Hetherington décrit bien la situation au XIX<sup>e</sup> siècle, où c'est après 1829 et la création des forces de police que certains corps organisés furent chargés des poursuites pénales. Dès 1854, par une initiative privée, un projet de loi fut déposé aux Communes afin qu'il y ait dans chaque circuit d'assises un « *public prosecutor* » avec des assistants. Un tel projet n'eut aucune suite et Lord Campbell, alors Lord Chief Justice, considéra qu'un tel projet coûterait trop cher aux contribuables ! Malgré l'idée de nommer des « *Treasury Counsel* » à l'« *Old Bailey* » de Londres, le projet de désigner des avocats spécialisés dans la poursuite n'eut aucune suite (1856). L'auteur nous rappelle que, lors de la création en 1879 du poste de DPP, celui-ci devait avoir des assistants dans chaque circuit, l'idée fut vite abandonnée et le directeur se vit adjoindre six assistants tous affectés à Londres. Nommé par le *Home Secretary*, le DPP était responsable devant l'Attorney General alors qu'aujourd'hui, de façon plus logique, il est désigné par celui-ci et responsable devant lui. Selon la théorie constitutionnelle britannique, le « *Home Secretary* » était alors responsable devant le Parlement de l'administration judiciaire et de l'application du droit *lato sensu* alors que l'Attorney General n'était responsable que de la façon dont il remplissait ses fonctions.

La création de l'office de DPP ne se fit pas sans mal, et ce n'est qu'en 1908 que la loi précisa que le poste de DPP et « *Treasury Solicitor* » ne pouvait être occupé par la même personne. Très tôt, Hetherington nous rappelle que le DPP se trouve être indépendant du pouvoir exécutif, seul l'Attorney General peut lui donner des directives quant à l'opportunité des poursuites. L'auteur nous rapporte que jusqu'en 1985 les comtés de Bedfordshire, Hertfordshire, Leicestershire, North Yorkshire, Stafford-



shire et Surrey utilisaient les services de firmes privées de *solicitors* pour gérer les dossiers de poursuites. Les forces de police de ces comtés ne possédant pas de « *prosecuting solicitors* ». Une telle disparité entre régions faisait que la gestion des poursuites différait d'un comté à l'autre ce qui n'était pas acceptable pour une administration moderne de la justice. On en revient toujours à la décentralisation extrême de la police au Royaume-Uni avec quarante-trois forces pour le Pays de Galles et l'Angleterre, le « *Chief Constable* » jouissant d'une pleine autonomie interne dans la gestion de sa force. Afin de retirer la responsabilité de la poursuite au « *Chief Constable* », le « *Crown Prosecution Service* » fut institué sur une base nationale avec contrôle de la poursuite au niveau national et non pas local comme la police le désirait.

Dans son chapitre sur la création du CPS, l'auteur est excellent sur les relations *Attorney General/DPP*. Bien entendu, c'est dans l'établissement du CPS que Hetherington s'implique le plus. Evidemment, il nous fait part des graves problèmes de personnel que le CPS doit affronter depuis sa création et qui ne sont pas en passe d'être réglés ! T. Hetherington nous montre aussi le ressentiment de la police qui s'est vu décharger des fonctions de poursuite auxquelles elle tenait tant. L'auteur nous fait aussi part des violentes critiques des medias qui ont, depuis sa création, attaqué ce nouveau service pour son manque de capacité à gérer les poursuites à cause du déficit en personnel, de la mauvaise coordination, de l'opposition tacite du barreau et de la *Law Society* bien entendu niée par ces deux ordres. L'ouvrage n'est pas un plaidoyer *pro domo* mais l'auteur, qu'il le veuille ou non, essaie de se justifier. Dans son analyse trop succincte des défauts du CPS, Hetherington ne nous parle pas assez des salaires dérisoires offerts aux *Crown Prosecutors*. Il est surprenant de voir que le Royaume-Uni qui paie si bien ses juges n'a pas cru bon d'attirer les meilleurs *solicitors* et *barristers* dans un corps nouvellement créé en leur offrant des salaires compétitifs par rapport au secteur privé. Aussi, le CPS a-t-il, dès sa création, eu recours à des *solicitors* privés agissant pour le nouveau corps, ce qui a complètement faussé la philosophie de la réforme. Hetherington ne nous parle pas du projet avorté de recruter un corps d'avocats à temps plein et qui aurait aidé les *Crown Prosecutors* mais cette fois à la *Crown Court*. Pour l'auteur, les « *Crown Prosecutors* » pourraient se voir accorder dans certains cas des droits de plaidoirie à la *Crown Court*. Il aurait pu développer ce thème car c'est un des verrous qui sautera sans doute bientôt. Quand on referme ce livre on est un peu déçu que l'auteur ne prenne pas plus position dans le débat qui agite aujourd'hui le barreau anglais et la *Law Society* alors que le CPS est un exemple de fusion entre les deux corps puisqu'il recrute des *solicitors* comme des *barristers* et que les *Crown Prosecutors* font aujourd'hui pression pour obtenir le droit de plaider devant la *Crown Court*. Il est probable que les membres du CPS pourront bientôt ne plus avoir recours aux services d'un avocat à la *Crown Court* et ainsi ce nouveau corps pourra faire la preuve qu'il peut y avoir fusion entre *solicitors* et *barristers*. Il est dommage que T. Hetherington n'ait pas insisté sur ce point et qu'il ait négligé les très graves problèmes de personnel auxquels le nouveau CPS se trouve confronté. Alors que le gouvernement Thatcher se dit depuis plus de onze ans défenseur du *Law and Order*, il semble négliger ce service du point de vue financier. Les juges comme la police sont très bien rémunérés au Royaume-Uni, pourquoi ne pas en faire autant pour ceux qui sont chargés de représenter la Couronne dans la poursuite et au procès ? Afin que ce nouvel organisme puisse se développer et attirer les étudiants les plus brillants, il serait urgent de réévaluer complètement les émoluments des « *Crown Prosecutors* » mais aussi de leur donner immédiatement le droit de plaider à la *Crown Court*. Sans cette possibilité de plaidoirie devant la Cour supérieure pénale, les « *Crown Prosecutors* » ne jouiront pas d'un grand prestige ce qui enlèvera tout attrait à la profession. Il est évident que T. Hetherington est juge et partie dans cette affaire et qu'il est réticent à critiquer trop violemment une institution qu'il a vu créer et dont il fut le premier responsable. Ce livre n'en est pas moins fort instructif car il nous donne le point de vue du praticien loin des problèmes théoriques. Cette confrontation avec la réalité donne au livre un aspect particulièrement attractif. On aurait

aimé que les citations fussent référencées et que l'index soit plus fourni. Il manque aussi une bibliographie sur la poursuite pénale qui aurait pu aider le lecteur pour voir où l'auteur avait puisé ses sources. Un ouvrage agréable à lire, indispensable à qui s'intéresse au droit pénal anglais et à l'application de celui-ci.

Antoine J. BULLIER

*Dictionar de procedură penală* (Dictionnaire de procédure pénale), par George Antoniu, Nicolae Volonciu, Nicolae Zaharia, Editura științifică și enciclopedică, Bucarest, 1988, 276 pages.

Le dictionnaire de procédure pénale étudie environ mille cinq cents termes, en présentant les notions fondamentales de procédure pénale. Le code de procédure pénale roumain est entré en vigueur en janvier 1969.

Ce dictionnaire présente aussi les institutions de la procédure pénale en suivant l'évolution historique, le droit pénal matériel et les autres branches du droit (la criminologie, par exemple).

Les auteurs ont réalisé un équilibre effectif entre l'étude des institutions et l'analyse des réglemmentations en vigueur.

Nous citons, comme exemple, quelques articles, qui illustrent la méthode utilisée par les auteurs : acte, action, application de la loi de procédure pénale, assistance judiciaire, autorité de la chose jugée, questions préjudicielles, code de procédure pénale, compétence pénale (environ cinq pages), confiscation, contradictorialité, criminalité, criminologie, décision, débat, fonction processuelle, infraction, peine, Tribunal Suprême.

Les auteurs ont laissé de côté, les questions controversées de la doctrine ou de la jurisprudence, ce qui est conforme au caractère et proportions d'un dictionnaire.

Nous mettons en évidence quelques-unes des thèses et positions des auteurs du dictionnaire :

— les auteurs ont créé un article séparé pour l'institution de la « continuation » du procès à la demande de l'inculpé, même si l'amnistie survient (l'inculpé peut demander la « continuation » du procès et peut obtenir l'acquittement s'il est innocent). De cela on peut déduire que les auteurs reconnaissent l'existence théorique de l'institution du droit de contre-action en faveur de l'inculpé. Des auteurs contestent l'existence de ce droit ;

— les auteurs reconnaissent l'importance des indications du Tribunal Suprême (*Ple-num* du Tribunal), pour l'application unitaire du droit, mais ils ne considèrent pas ces indications comme une source de droit. La position des auteurs est conforme aux réglemmentations en vigueur dans la République socialiste de Roumanie ;

— les auteurs ne reconnaissent pas au droit judiciaire la position de branche distincte du droit : « Pour la doctrine juridique roumaine, et dans la majorité des systèmes de droit contemporain, le droit judiciaire n'est pas reconnu comme une branche distincte du droit, dans la mesure où le droit de procédure pénale et le droit de procédure civile se sont depuis longtemps constitués comme branches distinctes... » (p. 95) ;

— les auteurs ont réservé aussi des articles séparés pour quelques institutions du droit pénal matériel et pour des institutions historiques du droit de procédure pénale. Leur position est juste, parce que le fonctionnement des institutions de procédure pénale et de droit pénal a lieu dans le même procès judiciaire.

Quelques observations critiques s'imposent : le manque d'un mot introductif est regrettable (pour expliquer la méthode utilisée par les auteurs), ainsi que le manque d'une liste contenant au moins une bibliographie sélective ; les auteurs n'admettent

pas l'idée de la réparation matérielle du préjudice moral, en liaison avec l'action civile exercée dans le procès pénal, mais la doctrine et la jurisprudence roumaine se prononcent de plus en plus en faveur de la solution affirmative, au moins pour le préjudice esthétique.

Nous recommandons chaleureusement cette nouvelle oeuvre juridique notamment à ceux qui s'intéressent aux institutions de procédure pénale roumaine.

Betinio DIAMANT

## V. — PENOLOGIE ET SCIENCE PENITENTIAIRE

*Special Security Units*, par Roy Walmsey, Londres, Home Office Research Study 109, Her Majesty's Stationery Office, 1989, 93 pages.

*Pre-Trial Delay : the implications of time limits*, par Patricia Morgan et Julie Vennard, Londres, Home Office Research Study 110, Her Majesty's Stationery Office, 1989, 66 pages.

Le ministère britannique de l'Intérieur est chargé des prisons et du fonctionnement des cours de justice avec les services du Lord Chancelier. C'est pourquoi les excellentes Home Office Research Studies nous présentent deux rapports l'un sur les quartiers de haute sécurité, l'autre sur les retards de procédure avant procès. Au Royaume-Uni, les quartiers de haute sécurité apparaissent en 1965 après l'évasion spectaculaire d'un des prisonniers impliqués dans l'affaire du train postal. Les « *Special Security Wings* » sont nées de la volonté de l'administration pénitentiaire d'essayer d'isoler les prisonniers les plus susceptibles de s'échapper. Durham, Leicester, Pakhurst, furent choisies pour qu'on y installe ces quartiers. L'idée principale étant qu'il fallait y placer les prisonniers dont l'hostilité et la subversion envers la vie carcérale provoquent une atmosphère de désordre dans les prisons ; mais aussi pour les prisonniers qui veulent ou peuvent s'évader à cause des faits qui leur sont reprochés ou de la longueur de leur peine. On peut même préciser que ces quartiers étaient réservés aux prisonniers qui ne présentaient pas de risque vis-à-vis du personnel d'encadrement mais qui étaient impliqués dans la grande criminalité. Mais le critère par excellence pour être placé dans ces lieux est avant tout le risque d'évasion de la part d'individus bénéficiant souvent de complicités à l'extérieur. Dès leur création, ces quartiers furent critiqués à cause de la ségrégation qu'ils impliquaient pour les détenus. Celle-ci était imposée par un renforcement du périmètre de sécurité. En 1968 et 1969, deux rapports furent soumis au sujet de ces entités carcérales. Radzinowicz ne voulait pas une trop grande concentration de prisonniers à haut risque dans un seul établissement alors que Mountbatten envisageait une prison spéciale pour individus à risque. Le ministère de l'Intérieur se rangea aux vues de Radzinowicz.

Pour Mountbatten, les prisonniers de catégorie A (à risque) étaient ceux dont l'évasion constituerait un grand danger pour le public, la police ou la sécurité de l'Etat. Cette définition incluait les individus dont l'évasion constituerait un grand danger même s'ils n'étaient pas susceptibles de s'évader. Tous ces individus n'étaient pas détenus dans ces quartiers, alors que la définition excluait les individus dont l'évasion ne serait pas considérée comme dangereuse mais qui étaient des fauteurs de troubles. Mountbatten allait jusqu'à prévoir deux prisons. Ceci ne fut jamais réalisé. Les directeurs des prisons considèrent que les quartiers de haute sécurité sont appréciés par le personnel d'encadrement qui considère ces entités comme ajoutant du prestige à leur établissement. Un sous-directeur est souvent responsable des quartiers. Aujourd'hui, les « *special units* » sont destinées aux individus qui présentent plus de problèmes de contrôle au sein de la prison que de problèmes de sécurité. Mountbatten, très mili-

taire, pensait que les prisonniers les plus difficiles devaient être internés en forteresse. Dans les années 1970-1972, les prisonniers placés dans ces unités avaient beaucoup diminué, mais leur nombre n'a fait depuis qu'augmenter à cause de la vague des terroristes de l'IRA. Aujourd'hui, les « *special units* » sont réservées à ceux qui posent problème au système pénitentiaire alors que les « *security units* » sont destinées à ceux dont le passé judiciaire est considéré comme dangereux. Les prisons britanniques comme les prisons françaises sont confrontées à de graves problèmes de modernisation. Le Premier ministre britannique semble plus à même que le gouvernement français à vouloir résoudre ce problème car Mrs Thatcher a été élue sur un programme très sécuritaire et est confrontée depuis plus de dix ans à la violence du terrorisme de l'IRA.

Dans une autre livraison, les *Home Office Research Studies* nous présentent une étude sur les délais et retards avant procès pénaux. Dans le système anglais accusatoire, les retards de procédure sont encore plus graves que dans notre procédure car les témoignages étant encore avant tout oraux il ne faut pas que trop de temps se soit écoulé pour pouvoir les exploiter.

Le système anglais qui déteste la prison préventive essaie de faire tout son possible pour que ceux qui ne sont pas condamnés passent le moins de temps incarcérés afin de conforter la présomption d'innocence.

En 1986, la moyenne de durée de la détention préventive était en Angleterre de dix semaines entre le renvoi « *committal* » et le début du procès et à Londres de dix-huit semaines. Ce qu'on peut retirer de cet excellent rapport, c'est que les inculpés qui plaident coupables attendent moins de temps (vingt jours en moyenne) que ceux incarcérés qui plaident non-coupables (six semaines). Ceux qui bénéficient de la liberté provisoire et plaident non-coupables doivent attendre deux fois plus que ceux qui sont incarcérés et ont aussi plaidé non-coupables. C'est l'accusation qui demande souvent un report à cause de la préparation de son dossier. Evidemment, comme on pouvait s'y attendre, les grands centres anglais font patienter les prisonniers beaucoup plus que la province. A Bristol et Maidstone, il y a douze semaines d'incarcération entre la lecture de l'acte d'accusation et le commencement du procès à la *Crown Court*. A Birmingham, le laps de temps est de quinze semaines en moyenne.

En conclusion, on peut affirmer que ceux qui sont incarcérés et plaident coupables attendent le moins de temps, alors que ceux qui sont en liberté provisoire et plaident non-coupables patientent le plus (vingt semaines). Un tel rapport nous montre que les retards de procédure sont moindres en Angleterre qu'en France : le système anglais accusatoire demande plus de temps au procès à cause de l'audition des témoins, mais les prévenus attendent moins longtemps qu'en France la comparution devant leur juge.

Antoine J. BULLIER

## VI. — SCIENCES CRIMINOLOGIQUES

8 Croissance et décroissance du crime, par Maurice Cusson, Paris, PUF, 1990, 170 pages.

Dans son nouveau livre, Maurice Cusson s'emploie à expliquer les mouvements de la criminalité des pays développés (Japon et Suisse exclus, naturellement, ce qui n'empêche pas l'auteur de s'y attarder longuement, pour contraste) qu'il synthétise en une montée continue de 1960 à 1975 suivie d'une stabilisation ou d'une décline à partir des années 1980. Le propos est évidemment intéressant même si la volonté de réaliser une étude globale de la situation criminelle de l'occident industrialisé conduit l'auteur à certaines approximations (on sait qu'en France le mouvement est plus com-

plexe passant par une montée de 1960 à 1975, un tassement cette dernière année suivi d'une importante remontée entre 1976 et 1985, d'une relative décline de 1985 à 1987 mais selon toute vraisemblance, en l'état actuel des choses, d'une nouvelle croissance dans les deux dernières années). Maurice Cusson limite d'autre part son étude aux vols (simples et qualifiés) et aux violences contre les personnes (violences sexuelles comprises), attitude qu'il justifie parfaitement par la remarque que ces infractions arrivent largement en tête pour l'universalité des personnes interrogées sur la criminalité et la gravité comparée des diverses infractions quels que soient le sexe, l'âge, la race, la classe sociale et, naturellement, la nationalité des intéressés.

Après avoir, dans un premier chapitre, rappelé les mouvements occidentaux de la criminalité, Maurice Cusson consacre les trois chapitres suivants à examiner l'influence sur le volume de la criminalité de cinq facteurs qui lui semblent les plus en rapport avec le phénomène étudié : la proportion, dans les populations considérées, du groupe des mineurs (garçons) de 14 à 25 ans : l'intégration sociale de cette catégorie de la population (intégration familiale, scolaire, dans le milieu du travail, dans la société en général) ; l'importance des incitations au vol (« cibles ») définies par la quantité, la valeur, la proximité et la vulnérabilité de celles-ci comparée aux moyens de défense que les propriétaires de ces cibles peuvent et sont disposés à mettre en oeuvre pour les défendre ; l'évolution de l'application des peines du point de vue de la certitude (mécanismes d'abandon de poursuites, érosion des peines prononcées).

Sur chacun de ces points, Maurice Cusson se réfère, avec la culture criminologique encyclopédique qu'on lui connaît, à l'ensemble des études réalisées partout dans le monde, les analyse, les confronte, les complète ou les corrige l'une par l'autre, avant d'en présenter une synthèse dans un cinquième chapitre qui constitue le bilan de son étude. La conclusion, qu'on peut laisser à l'auteur dans une formule à la fois lumineuse et lapidaire, est que la connaissance du crime s'explique par le fait qu'« entre 1960 et 1980, un afflux de jeunes barbares que les adultes réussissent mal à civiliser s'en donnent à coeur joie dans les fruits de l'abondance. La croissance de la délinquance suscite un climat de tolérance. Les systèmes pénaux sont rapidement engorgés et traitent un pourcentage décroissant d'affaires : l'efficacité répressive de l'Etat chute » (p. 149). Il oppose à ce tableau celui offert par les pays, notamment Suisse et Japon, mais aussi les époques qui pratiquent une socialisation convenable de la jeunesse et une politique répressive efficace et qui ne connaissent pas d'afflux criminel, même si la masse de leurs jeunes et la valeur de leurs biens disponibles sont importantes.

L'analyse de M. Cusson est impeccable et implacable. On voit mal comment on pourrait nier désormais que la croissance du crime est bien fonction des éléments qu'il identifie comme de cet effet. Mais en cherchant bien, puisque la loi du genre est de le faire, on peut ne pas être convaincu par certains détails, regretter la mise sur le même plan de facteurs qui devraient être distingués ou rester sur sa faim quant à l'analyse finale.

Maurice Cusson nous paraît légitimer bien légèrement le travail de la mère à l'extérieur comme élément de non-socialisation des enfants lorsqu'il remarque (p. 59, citant Hirschi, « Crime and the family », in *Crime and public policy*, 1983, p. 83) que « La mère qui travaille mais qui fait en sorte que l'enfant soit convenablement pris en charge ne risque pas plus que les autres d'avoir un enfant qui commettra des délits » ou encore que le Japon « présente des taux particulièrement élevés de travail féminin ». La première affirmation est une pétition de principe dans la mesure où, dans l'occident occidental, neuf cent quatre-vingt dix neuf femmes sur mille travaillant à l'extérieur n'ont pas les moyens, et même si elles les avaient, pas la possibilité pratique faute de personnes aptes à le faire d'assurer convenablement la garde de leurs enfants (sauf aide de membres de la famille, chez nous très limitée). Quant à l'exemple japonais il ne vaut rien sur ce point puisqu'au Japon, pays à structure familiale très ferme, les enfants non élevés par leur mère le sont par leur grand-mère ce qui du point de vue qui nous occupe est non seulement aussi bien, mais mieux. L'auteur nous paraît d'autre part manquer de logique sur le même point lorsqu'il re-

lève comme facteur de désocialisation le fait que les jeunes sont beaucoup plus livrés à eux-mêmes qu'autrefois prenant notamment le repas du soir à l'extérieur (p. 60), sans se demander s'ils n'agissent pas ainsi tout simplement parce qu'il n'y a pas de dîner à la maison faute de quelqu'un pour le préparer et le prendre.

Paru dans une collection intitulée « Criminologie », l'ouvrage de Maurice Cusson demeure purement analytique sans faire aucune part au jugement ni à la morale. Celui qui nous a montré dans son livre précédent qu'il fallait punir (*Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987) a décidé cette fois-ci de ne faire que de la criminologie, de ne porter aucun jugement individuel et de ne préconiser aucune politique pénale, se bornant de ce dernier point à citer des secteurs à « surveiller » (p. 152). Nous avouons être choquée de voir plusieurs fois mis sur le même plan ceux qui ne peuvent pas ou ne veulent pas s'intégrer (par exemple p. 135) qui nous paraîtraient devoir être sérieusement distingués ou encore de relever sans commentaire comme facteur défavorable le fait que les jeunes ne trouvent pas de situations correspondant à leurs aspirations (p. 147) sans se demander si lesdites aspirations correspondent bien aux possibilités des intéressés. Il est, enfin, difficile de ne pas constater que parmi les cinq facteurs identifiés par Maurice Cusson comme conduisant à une augmentation de la délinquance certains sont bons et ne doivent susciter aucune réaction sociale autre qu'éventuellement d'encouragement alors que d'autres sont mauvais et doivent être combattus ou réformés. Il ne peut venir à l'esprit de personne de vouloir réduire l'abondance, facteur social purement bénéfique. Il en est de même de la démographie même si elle a, cette fois-ci, une face sombre qui est le risque de voir augmenter une délinquance essentiellement due au groupe jeune d'une population. Au contraire, il peut paraître évident (à certains, du moins) qu'il faut condamner le laxisme qu'il soit familial, social ou judiciaire à partir du moment où son incidence sur la croissance de la délinquance est démontrée et alors qu'il ne peut lui être trouvé, à lui, aucune face claire. Et il reste, si l'on veut aller au fond des choses que ce que M. Cusson dénonce tout de même indirectement, en démontrant, ne sont pas des causes à l'état pur, mais des conséquences premières d'où découlera, comme une conséquence seconde, l'augmentation de la criminalité. Car la seule vraie cause première de la croissance du crime demeure bien le déclin de la morale individuelle et de l'éthique sociale de l'Occident dénoncé par Michael Novak (*Character and crime*, Notre-Dame, Indiana, 1986, traduction française M.-L. Rassat, sous le titre *Force de caractère et crime*, Paris, Vrin, 1989).

Il reste que le livre de M. Cusson par la richesse de la documentation comme par la force de l'analyse est incontournable.

Michèle-Laure RASSAT

*Modernité et criminogénèse*, par Luigi Lombardi Vallauri, Presses de l'Université de Montréal, Librairie J. Vrin, Paris, 1989.

*Force de caractère et crime*, par Michael Novak, traduit de l'anglais par Michèle-Laure Rassat, Librairie J. Vrin, Paris, 1989, 124 pages.

✕ Cette note de lecture porte essentiellement sur le problème du crime dans nos sociétés contemporaines occidentales. Plus spécifiquement, nous examinerons deux ouvrages qui, de par leur orientation philosophique, se démarquent de la criminologie contemporaine. Sommes-nous en présence d'un renouveau des théories morales du phénomène criminel ?

### 1. Le débat sur les causes du crime

Le développement des connaissances sur les causes du crime est d'intérêt majeur en criminologie. Peu importe le niveau d'analyse privilégié, soit le crime, le criminel

ou la criminalité, les théoriciens cherchent à découvrir les facteurs qui permettent d'expliquer le phénomène à l'étude.

La criminologie est née au moment où Lombroso a tenté de découvrir ce qui différencie le criminel du non-criminel ; il légua à ses contemporains un objet d'étude, le criminel, mais surtout une méthode de travail basée sur l'observation des faits mesurables, donc sur la réalité empirique.

Depuis, une multitude de modèles théoriques, d'orientation biologique, psychologique et sociologique, tentent d'expliquer pourquoi un individu donné a un comportement prohibé. Dans leur imposant ouvrage *Crime and Human Nature*, Wilson et Herrnstein (1985) résument l'ensemble des travaux étiologiques qui leur permettent d'affirmer que certaines personnes ont plus de chance de devenir criminelles que d'autres. Le penchant au crime n'est pas un phénomène qui se distribue au hasard dans la société ; les personnes partageant certaines caractéristiques individuelles et environnementales ont plus de chance de devenir délinquantes que d'autres.

Depuis les années cinquante, le discours scientifique sur le crime s'est lentement transformé, en passant de l'étiologie individuelle à l'étiologie sociale. On cherche maintenant les causes du crime dans le fonctionnement social et dans la structure de la société. L'approche peut être micro-sociologique (par exemple, la théorie de l'étiquetage) ou macro-sociologique (par exemple, une théorie marxiste), mais il en reste que la responsabilité de l'acte criminel est souvent projetée au dehors de l'individu qui commet le crime. A l'extrême, le délinquant n'est que la victime des forces sociales et il est en quelque sorte l'instrument des conflits de classes.

## 2. Le grand oubli : les valeurs

Le thème de la moralité a toujours été marginal dans la littérature sur le crime et ses causes. Les valeurs morales, telles que le bien, l'amour, etc. ne furent pas considérées comme des objets d'étude sérieux à l'intérieur de la communauté scientifique. Pourtant, depuis le début des années quatre-vingt, un certain nombre d'écrits portant sur les valeurs et le crime apparurent parallèlement à un vent de conservatisme qui souffla sur l'Amérique et sur les pays occidentaux en général. Il serait donc intéressant d'examiner les thèses de deux auteurs qui se sont penchés sur cette question des rapports entre moralité et crime.

### *Michael Novak : Vice et vertus*

Le professeur américain Michael Novak, afin d'expliquer le phénomène criminel, propose d'étudier les causes de la vertu des nations. Au lieu de s'intéresser aux conditions sociales du crime, il faut regarder celles de la vertu commune. On pourrait ainsi tenter d'expliquer la relative rareté du crime dans nos sociétés contemporaines.

Un parallèle peut être fait avec le sociologue Hirschi (1969) qui explique les causes de la conformité sociale de l'individu, plutôt que les facteurs reliés à sa déviance. Avec sa théorie du lien social, Hirschi renversa la logique normale de l'étiologie de la délinquance.

Pour comprendre la vertu des nations, il faut se tourner vers la culture qui est mise en avant par les médias et les institutions sociales. Une société vertueuse en est une où les vertus sont valorisées, mais où les vices, en l'occurrence les crimes, sont condamnés moralement par l'ensemble des personnes. Le crime sera d'autant plus rare que la force de réprobation sociale du criminel sera grande. En fait, il s'agit de développer une éthique culturelle qui fait du criminel un ennemi du genre humain.

Il faut donc promouvoir à l'intérieur de la culture la force de caractère des citoyens. Evidemment, la peur du châtement et la peur des conséquences négatives font partie des raisons pour lesquelles la majorité des gens reculeront devant une opportunité criminelle. Par contre, on peut résumer que même en situation d'impunité absolue une grande partie des citoyens feront le choix de ne pas violer la loi. Il reste alors des valeurs morales pouvant être associées à la force de caractère des gens. La mai-

trise des instincts, la considération des autres comme fin et l'honnêteté dans sa propre évaluation font partie des valeurs sociales à promouvoir par la culture.

Aujourd'hui, il est permis de croire que notre culture occidentale transmette des valeurs qui ne sont pas nécessairement propices au développement moral des citoyens. Les vertus de travail, d'honnêteté, de droiture, de consistance, de fidélité, etc. ne reçoivent pas toute l'attention qu'elles méritent. Les médias, en particulier le monde de l'*entertainment*, auraient plutôt tendance à ridiculiser ces valeurs positives comme étant caduques et obsolètes.

Une théorie de la vertu permet aisément d'intégrer les aspects sociaux aux aspects individuels. Pour qu'une théorie étiologique de provenance macro-sociologique soit validée, il faut pouvoir montrer comment les forces sociales influencent l'individu dans son choix personnel. En ce sens, il serait possible de montrer que le comportement d'un individu est largement déterminé par les règles de conduite prescrites par sa culture environnante, culture influencée par la moralité publique de la nation.

*Luigi Lombardi Vallauri : valeurs vraies*

Luigi Lombardi Vallauri, professeur de philosophie du droit en Italie, souscrit à la thèse développée par Novak. Son analyse nous renseigne sur ce que pourraient être les valeurs vertueuses d'une culture contre-criminogène.

Selon l'auteur, la culture moderne porte en son sein des composantes dites « crimino-compatibles ». Les valeurs mises en avant par les médias et les institutions sociales sont trop souvent celles de possession de biens matériels, de richesse, de pouvoir, etc. L'application de ces standards amène les gens à traiter autrui comme des moyens.

Les scientifiques et intellectuels doivent porter une part de responsabilité des problèmes de délinquance dans nos sociétés parce qu'ils promeuvent des valeurs subjectivistes et nihilistes. Notre incapacité à définir, soutenir et appliquer des valeurs morales fortes est à la base du problème. Par exemple, il y a des sociologues véhiculant l'idée que le crime est défini arbitrairement par les gens en état de pouvoir, de façon à préserver leur profit dans une structure sociale qui les avantage.

L'absence de normes morales claires et consensuelles crée un vide chez les citoyens, vide ayant un potentiel criminogène considérable. Pour combattre le crime, donc l'injustice et la souffrance, il faut plus qu'un appareil policier efficace. La répression criminelle demande avant tout que les valeurs anti-criminelles soient généralisées dans la société et que les citoyens participent au système par le civisme et l'assistance.

Selon Lombardi Vallauri, les valeurs mises en avant dans notre culture, soit la richesse, le pouvoir, le prestige, la jouissance, etc. sont intrinsèquement criminogènes. Lorsque criminels et idoles « médiatiques » partagent les mêmes fins et idéaux, il y a un problème de valeurs. L'obsession des criminologues pour les théories du contrôle social est justifiée dans la mesure où nous vivons dans des sociétés refusant de dénigrer les valeurs antisociales. Dans un tel cas, la seule protection contre le crime est la répression socio-pénale.

Les valeurs qu'il faut mettre en avant sont celles dites des biens non exclusifs et incidemment non matériels (par exemple, la sagesse, l'amitié, etc.). Bien sûr, les biens exclusifs seront toujours nécessaires à l'actualisation des biens non matériels (par exemple, les livres sont nécessaires à la connaissance), mais ceux-ci doivent être considérés comme des moyens en vue d'une fin.

### 3. La criminologie comparée comme épreuve empirique d'un modèle basé sur les valeurs et vertus

Les auteurs Novak et Lombardi Vallauri proposent tous deux des modèles d'explication de la conduite délinquante se situant au niveau macro-sociologique. Selon eux, les valeurs supportées par la culture occidentale sont celles de l'individualisme, du

nihilisme et du relativisme. Au plan individuel, ce sont les fins de pouvoir, de propriété et de jouissance qui sont mises en avant. Ces valeurs sont propices au développement d'une moralité antisociale et d'une conduite délinquante.

Si cette analyse comporte une part de vérité, il devait être possible d'en étudier la vraisemblance à l'aide de la méthode empirique. L'analyse des variations spatiales et temporelles de la criminalité apparaît comme l'outil essentiel d'une recherche portant sur le thème des valeurs, des vertus et du crime. En fait, les auteurs utilisent parcimonieusement une information de type comparatif pour étayer leurs dires. Par exemple, Novak s'intéresse aux rapports entre changements sociaux à travers le temps et l'évolution des taux de délinquance.

Il serait possible d'envisager une étude approfondie sur l'évolution des taux criminels de plusieurs pays occidentaux depuis le début des années soixante. A cela, il faudrait joindre des données sur les diverses institutions sociales et pénales, de même que des informations sur la santé morale de la population et sur le contenu substantif de la culture véhiculée pour chacun des pays étudiés. M. Cusson (1990) a déjà entrepris l'étude de l'évolution des taux de criminalité de 1960 à nos jours, mais le lien entre les taux criminels et divers indicateurs sociaux de moralité publique reste à être développé.

Marc OUIMET

*La criminalité internationale*, par André Bossard<sup>1</sup>, Coll. « Que sais-je ? », Presses universitaires de France, 1988, n° 2420, 127 pages.

Comment se représenter la criminalité dite internationale ? Qui sont les criminels internationaux ? Quels sont les éléments spécifiques du crime international ? Dans une première partie, titrée « Panorama de la criminalité internationale » sont évoqués :

— les infractions contre les personnes : chaque année quelques centaines (400 en 1986) de meurtres déclenchent une coopération entre les polices nationales, selon les règles d'Interpol. On remarque la violence internationale à l'occasion de rencontres sportives ;

— les infractions contre les droits de l'homme : crimes de guerre, génocides, crimes contre l'humanité, apartheid (infractions visant les Etats) ;

— l'esclavage (élargi aux formes d'exploitation concernant les travailleurs migrants, la servitude pour dettes, la traite des enfants, ventes ou pseudo-adoptions d'enfants (ne devrait-on pas prévenir le trafic d'enfants comme réservoirs de greffes à l'intention d'un marché clandestin...)) ;

— le terrorisme international — pour l'OIPC-Interpol il s'agit « des activités criminelles violentes de groupes organisés, en vue de provoquer la terreur ou la crainte et de tenter ainsi d'atteindre des objectifs prétendument politiques ».

Diverses hypothèses sont avancées sur les liens entre cette criminalité et le crime organisé à l'échelle internationale en tant que telle. Cette criminalité « spectacle » implique-t-elle une « pensée terroriste » ?

Une excellente description de l'internationalisation du terrorisme suivie de réflexions sur la logique du terrorisme internationaliste est proposée (p. 22-23).

Les vols et les recels, certains modes opératoires, sont caractéristiques de la criminalité internationale. Le concept, descriptif ou évocateur de trafic, mériterait une approche criminologique, plus fouillée, qui aille au-delà des poncifs relatifs au crime organisé, à la mafia ... romancée ou médiatisée.

Les infractions économiques et financières (d'un bilan annuel de milliards de dollars) posent des problèmes de définitions opérationnelles dans l'ordre même de la concep-

1. M. André Bossard a été Secrétaire général de l'OIPC-Interpol.

tion des espaces et des relations *entre*-nationales. L'*entre*-nation ou les grands consensus ... On utilise souvent le terme de fraudes internationales (moyens de paiement, mécanismes bancaires, mécanismes commerciaux et monde des affaires). On s'intéresse au cas de « fraudes utilisant l'informatique, le téléphone et le telex... Et bien sûr une curiosité vise avec insistance le « recyclage de capitaux d'origine illégale ».

Les faux et trafic de faux : objets de luxe, de valeur, contrefaçons de produits et de marques, piratages audiovisuels ou de logiciels, faux documents, faux monnayage...

La contrebande et les trafics, qui sont au coeur du commerce international illicite sont présents dans tous les domaines de cette criminalité (trafic d'or, de pierres, de diamants, d'espèces animales protégées, d'armes et bien sûr de stupéfiants et drogues dangereuses).

Ce panorama est à la fois éclairant et suggestif. Il ouvre à la démarche criminologique et aux activismes de contrôle social de nouveaux horizons.

La seconde partie de l'ouvrage, effectivement, élève et systématise l'apport descriptif (qui suppose une épistémologie très particulière puisque devant circuler au milieu d'objets juridiques divers).

Cette seconde partie est titrée, « Dynamique et composantes de la criminalité transfrontière ».

Les frontières sont évidemment des conditions qui fascinent les esprits engagés dans l'illicéité. On ne peut établir, au niveau d'un inventaire lié aux définitions juridiques, une science de la criminalité observée dans chaque pays et de caractères anthropologiquement similaires (violence, vandalisme, hold-up, prises d'otages, délinquance juvénile). Mais on connaît des « activités criminelles qui se réalisent à travers les frontières ». Elles font l'objet de la « coopération » quotidienne interpolicière.

Cette seconde partie se consacre à l'étude de la criminalité décrite du point de vue international. Mais ceci selon une approche dynamique, évolutionniste et analytique. On présente tour à tour les malfaiteurs internationaux, les modalités du passage de la frontière, enfin les conditions juridiques de la reconnaissance d'un acte anti-social comme crime international, c'est-à-dire la convergence des lois nationales pour sa répression et sa prévention.

En 1986, le Secrétariat général d'Interpol a traité, sans compter les stupéfiants : 19 342 affaires — avec les stupéfiants 62 715... Le faux-monnayage s'est manifesté par 6 492 affaires. Concernant le terrorisme « ce n'est pas par le nombre qu'il retient l'attention mais par son caractère spectaculaire et odieux ».

L'évolution dans l'espace conduit à dévoiler les « routes de la criminalité ».

Il faut également tenir compte, pour saisir la criminalité internationale, des facteurs socio-économiques, politiques, éthiques, moraux, et de l'énorme influence du progrès technologique, notamment au niveau des communications à grande distance et à grande vitesse et multiples.

Le facteur « médiatisation » n'est pas étranger à une transmission de la culture technico-criminelle... (c'est donc un lien transfrontalier supplémentaire).

Les informations concernant les criminels internationaux ne bénéficient pas de l'intérêt scientifique le meilleur. Notamment du point de vue de la socio-clinique non médicale. On connaît celui qui commet un crime hors des frontières de son pays d'origine, mais le criminel international ne se confond pas avec l'étranger.

80 % des personnes recherchées ou signalées le sont par leur propre pays et 87 % sont de sexe masculin.

Les questions relatives à l'immigration et à la criminalité internationale et aux changements de nationalité sont passées en revue. Les malfaiteurs occasionnels sont relativement peu nombreux dans le monde du crime international.

Les groupes qui opèrent internationalement sont soit des équipes, soit des bandes de cambrioleurs et d'agresseurs à main armée. Cela peut conduire à la notion de

grand banditisme (faux-monnayage, exploitation du jeu et de la prostitution, vols et trafics de voiture, de stupéfiants. Ces bandes sont constituées par des malfaiteurs professionnels mais recrutent parfois des occasionnels comme passeurs de voitures volées maquillées ou de drogues).

De la genèse des bandes et de leurs éléments on passe au milieu criminel. Y a-t-il un milieu criminel international ? (p. 98) Sans doute, mais les milieux criminels ne sont pas structurés.

Le crime organisé constitue la forme la plus structurée des associations criminelles : Syndicat du crime. On peut distinguer les mafias, camorras, triades, gangs de mofards, etc. Le crime organisé, type de multinationale cherchant à fonctionner en échappant aux règles établies, est permanent, structuré, hiérarchisé, secret...

Les éléments spécifiques du crime international sont étudiés à travers le franchissement des frontières et les difficultés de la preuve objective...

Ce petit ouvrage, très dense, qui a passé fort clairement en revue tous les aspects de la criminalité internationale, s'achève sur un chapitre consacré à la reconnaissance internationale du caractère délictuel de l'acte (conventions multilatérales spécialisées, traités d'extradition, coopération judiciaire et policière entre les Etats-OIPC-Interpol). Comment développer une prévention de la criminalité internationale ?

En conclusion les perspectives d'avenir sont préoccupantes. Cette criminalité risque fort de trouver dans l'évolution même de l'internationalisme licite des occasions de vivre et proliférer. Les seuls remèdes sont la coopération entre les Etats, sur le plan des textes et sur celui de la recherche criminelle...

La notion de police internationale est-elle concevable ? Y aura-t-il une justice pénale internationale ?

André Bossard conclut en déclarant que la « perspective d'un code international doit à plus ou moins long terme devenir une réalité ». Il se réfère à l'Avant-projet de code pénal international proposé dans la *Revue internationale de droit pénal* (Ch. Bas-sioui, 1981).

Il faut lire et suivre dans son détail cet excellent petit livre qui tente de globaliser un ensemble de données qui, bien que floues, ne manquent pas de dévoiler certains des traits de la criminalité future la plus prochaine.

Jean SUSINI

## VII. — DROITS DE L'HOMME ET LIBERTES PUBLIQUES

*Droit international et européen des droits de l'homme*, par Frédéric Sudre, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Droit fondamental », 1989, 302 pages.

Par leur nature même, les droits de l'homme comptent manifestement au nombre des droits fondamentaux de l'individu. C'est donc logiquement que la collection « Droit fondamental » des Presses universitaires de France s'enrichit d'un nouvel ouvrage qui leur est consacré. Mais parler aujourd'hui des droits de l'homme revient trop souvent à reprendre une antienne. F. Sudre évite cet obstacle en privilégiant l'analyse juridique sur le discours politique, éthique ou philosophique. Il n'est plus besoin de présenter l'auteur dont les contributions, concernant, en particulier, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, se remarquent toujours par leur précision, richesse et pertinence. Ces qualificatifs valent aussi pour le présent ouvrage.

Le cadre et l'objet de l'étude sont définis dans l'introduction : faire oeuvre de juriste en analysant les règles du droit international relatives aux droits de l'homme au

regard du droit positif ; mettre l'accent sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui « fournit le modèle le plus perfectionné de garantie des droits » (p. 11), ce qui explicite, dans le titre, l'insertion du terme « européen » à côté de celui « d'international ».

L'ouvrage comporte trois grandes parties qui chacune retient l'attention car la démarche de l'auteur est toujours didactique, critique et constructive.

La première partie, consacrée à l'étude des fondements des droits de l'homme, est divisée en trois chapitres.

Le premier retrace l'évolution qui a permis l'internationalisation des droits de l'homme et analyse les conséquences de ce mouvement. Après avoir investi le champ du droit international général, la matière « Droits de l'homme » en a restructuré les modalités et les finalités jusqu'à créer, au moins en Europe et en Amérique, un corpus de règles autonomes. Force est de constater que le droit international comporte aujourd'hui deux branches d'inspirations différentes : les droits de l'homme et les relations interétatiques.

Le deuxième chapitre décrit les différences entre ces deux branches en soulignant les spécificités du droit international des droits de l'homme telles que la non-réciprocité des obligations, l'inadaptation du concept de *jus cogens*, l'effacement du principe de la compétence exclusive... A notre avis, ce chapitre, autant que le précédent, fait ressortir le caractère autonome du droit international des droits de l'homme et la nécessité d'une redéfinition du droit international évoquée à la page 40.

Le troisième chapitre présente les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et il analyse également leur nature et leur portée juridique. L'auteur en profite aussi pour dénoncer le consensus apparent sur le contenu des droits de l'homme. A cet égard, l'analyse de la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme (p. 85 à 87) comme celle, préalablement, du Pacte international sur les droits civils et politiques (p. 74 à 76), sont particulièrement révélatrices et pertinentes.

La deuxième partie examine le régime juridique de la matière moderne des droits de l'homme. Son découpage en deux chapitres restitue pleinement son ambivalence : reconnaître/protéger un nombre défini de droits en faveur de l'individu et, concomitamment, encadrer/légitimer certaines atteintes des autorités étatiques à l'exercice de ces droits. Toutefois, observons d'un point de vue purement formel qu'au regard du droit international les termes de cette ambivalence sont inversés. C'est la raison pour laquelle l'étude des limitations à l'exercice des droits précède celle du contenu de ces droits, principalement ceux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puisque les décisions de ses instances permettent d'en préciser la portée réelle. Mais, en partant seulement du principe selon lequel l'étendue effective d'un droit dépend de ses modalités d'exercice, l'auteur occulte purement et simplement, d'un point de vue substantiel, le mécanisme des exceptions aux droits garantis, tel qu'il résulte, par exemple, des articles 5 § 1 et 4 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, ce mécanisme, avec ceux des dérogations et des restrictions, élargit aussi considérablement ce que l'auteur appelle « l'espace de liberté des Etats » (p. 108). Cela étant observé, nous partageons ses opinions sur la prétendue indivisibilité des droits de l'homme, les pseudo-droits de solidarité et la classification trompeuse des droits en trois générations.

La troisième partie décrit, là encore en deux chapitres, les mécanismes du contrôle du respect des droits de l'homme. D'abord, le contrôle européen ou caractère juridictionnel novateur ; ensuite, le contrôle universel aux modalités plus nombreuses, mais dépourvu de toute force contraignante.

Sont analysés dans le détail : les procédures disponibles, les faiblesses des mécanismes de garanties, le bilan des activités des instances de contrôle et l'efficacité, en droit interne, des décisions de ces instances (en particulier, p. 243-244 et 271).

S'agissant de ce dernier point, on peut ajouter que les transformations législatives, réglementaires et/ou judiciaires ne doivent pas masquer les réticences, sinon les résistances, des autorités étatiques à « normaliser » leurs pratiques litigieuses. Ainsi, si la 1<sup>re</sup> Chambre civile de la Cour de cassation française dans l'arrêt *Rennemann* du 10 janvier 1984, cité par l'auteur, reconnaît effectivement — en étendant aux procédures disciplinaires de l'Ordre des avocats les principes relatifs à la publicité des débats dégagés par la Cour de Strasbourg dans les arrêts *Le Compte*, *Van Leuven* et *De Meyere* du 23 juin 1981 puis *Albert* et *Le Compte* du 10 février 1983 pour l'Ordre des médecins — à un avocat le droit à ce que sa cause soit entendue publiquement devant la cour d'appel statuant en chambre du Conseil, elle assortit ce droit d'une condition : que l'avocat mis en cause ait revendiqué la portée de la jurisprudence précitée de la Cour de Strasbourg pour laquelle la publicité des débats est de droit jusqu'à renonciation expresse ou tacite du justiciable.

En conclusion, il faut féliciter le professeur F. Sudre d'avoir entrepris, pour la première fois en langue française, l'analyse du droit international des droits de l'homme et d'avoir réussi à en montrer les richesses au plan universel, la diversité au plan régional et l'efficacité au plan européen.

Christian JACQ

*Civil Liberty : the Liberty/NCCL Guide*, par Malcolm Hurwitt et Peter Thornton, 4<sup>e</sup> éd. Liberty, National Council for Civil Liberties, Penguin Books Ltd. 1989, 344 pages.

Voici un livre pratique sur les droits au Royaume-Uni. Cet ouvrage m'a fait penser à celui de Gérard Soulier publié au Seuil en 1981 et intitulé *Nos droits face à l'Etat*. En effet, dans ce petit guide pratique, Hurwitt et Thornton établissent une liste de conseils pratiques pour que le citoyen britannique sache quelle est sa position vis-à-vis de l'Etat en Angleterre et au Pays de Galles. Comme le font remarquer les auteurs, l'absence de Constitution écrite et de Déclaration des droits au Royaume-Uni font que le droit anglais procure peu de droits positifs à la différence du droit aux Etats-Unis. En Angleterre, les droits sont beaucoup plus souvent négatifs que positifs. Ce livre est donc un véritable récapitulatif des libertés publiques en Angleterre. En quinze chapitres, les auteurs passent en revue un très grand nombre de droits et libertés publiques. Le droit de manifester est envisagé en relation avec les infractions à l'ordre public. Celles-ci ont fait l'objet d'une modernisation dans la loi de 1986 *Public Order Act* (*Riot ; Violent Disorder, Affray*). Dans le chapitre 2, les auteurs traitent de la liberté d'expression qui ne se trouve pas enchâssée en droit anglais dans un amendement (1<sup>er</sup>) de la Constitution comme aux Etats-Unis. Le texte de droit positif est l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Ce texte lie le gouvernement britannique en droit international.

Dans le chapitre 3, le droit à la vie privée est analysé ; à la différence des Etats-Unis ce droit n'est pas reconnu au Royaume-Uni de façon générale. Tous ces droits comme celui à l'information, le droit des suspects, celui de l'accusé, du prisonnier ou de l'immigrant font l'objet d'une étude attentive, avec bibliographie et analyse de cas pour les différentes situations. Grâce au grand nombre d'ouvrages cités, ce livre rendra de grands services à ceux qui se posent des questions sur tel problème de libertés publiques outre Manche. Tous ces droits énumérés dans ce volume ne sont pas énoncés en droit anglais mais existent, faute d'interdiction en droit pénal ou privé. Oeuvre de praticiens « *barristers* » et « *solicitors* », ce guide nous montre amplement l'influence du droit américain sur le droit anglais. L'énumération des droits enchâssés dans un *Bill of Rights* constitutionnel est le but du *National Council for Civil Liberties* ce qui ferait perdre au Parlement sa souveraineté puisque désormais sujet au contrôle de la constitutionnalité de ses lois par les juges. Un tel activisme judiciaire serait une

révolution en droit anglais et ne semble pas pour demain. Voici un ouvrage qui fait le point de façon élégante et claire sur certains problèmes particulièrement controversés. Un tel livre est indispensable à tous ceux qui s'intéressent à la défense des droits de l'homme.

Antoine J. BULLIER

## VIII. — MEDECINE LEGALE ET CRIMINALISTIQUE

*Investigarea stiintifică a infractiunilor, Curs de criminalistica, Partea I*, par Emilian Stanciu, Faculté de droit de l'Université de Bucarest, Bucarest, 1986, 344 pages.

Nous signalons la publication par l'Université de Bucarest du présent ouvrage, la première partie du cours de « criminalistique » consacrée à l'examen des principaux éléments de nature technique qui concourent à la découverte, à l'investigation des infractions et à l'identification des auteurs (p. 11).

Le livre fait usage d'une riche illustration et d'une vaste bibliographie roumaine et étrangère (la littérature française est abondamment citée, par exemple M. le doyen Bouzat et M. Pinatel).

Les considérations historiques nécessaires ne font pas défaut.

La criminalistique est définie comme « une science judiciaire à caractère autonome et unitaire, qui englobe une totalité de connaissances sur les méthodes, moyens techniques et procédés tactiques destinés à servir à la découverte et à l'investigation des infractions et à l'identification des personnes impliquées dans l'accomplissement de ces infractions et aussi à la prévention des faits antisociaux » (p. 15).

L'identification criminalistique est définie comme « un ensemble de constatation sur l'identité des personnes, objets ou phénomènes qui se trouvent en liaison de causalité avec le fait illicite. Constatations mises en évidence par des moyens scientifiques criminalistiques, dans le but d'établir la vérité dans le procès judiciaire » (p. 28).

Le livre contient neuf chapitres. Nous mentionnons quelques-uns des titres de ces chapitres : l'identification criminalistique ; la photographie judiciaire ; l'investigation des traces ; éléments de balistique judiciaire ; l'investigation du faux, une annexe et divers tableaux.

Nous mettons en évidence la deuxième section du deuxième chapitre, section consacrée à l'expertise criminalistique.

L'auteur énumère quelques règles que l'on doit respecter lorsque l'on ordonne d'effectuer des constatations techniques-scientifiques ou des expertises criminalistiques : l'opportunité de l'expertise, la détermination concrète de l'objet de l'expertise, la rédaction claire des questions posées à l'expert, et la garantie de la qualité des matériaux envoyés à l'expertise.

Les moyens techniques les plus modernes de l'expertise criminalistique sont analysés (par exemple les questions concernant l'expertise de la voix, les spectrogrammes, l'identification des cheveux, les micro-traces).

Le manuel se place au niveau des travaux similaires de la science criminalistique.

Betinio DIAMANT

## 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 de sciences criminelles  
à l'Université de Paris 2*

Nous prions les lecteurs de la *Revue* de bien vouloir excuser l'absence de la bibliographie des périodiques de langue française : périodiques professionnels et assimilés, de M. Gendrel, qui paraîtra dans le numéro 1-1991.

## C. — OUVRAGES REÇUS\*

## Théorie générale du droit et politique criminelle

*Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy. International Congress, Milan (Italy), Castello Sforzesco, December 15th-17th, 1988*, Milan, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, 457 pages.

OLIVIER-MARTIN (Fr.), *Histoire du droit français des origines à la Révolution. Reproduction photomécanique de l'édition Domat Montchrestien parue en 1948*, Paris, Editions du Centre national de la recherche scientifique, 1990, 763 pages.

*Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal. Propriété industrielle*, Paris, Editions Litec, 1990, 328 pages.

LENOBLE (Jacques), BERTEN (André), *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles, E. Story Scientia, Editions juridiques et fiscales, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 249 pages.

ATIYAH (P. S.), *Law and Modern Society*, Oxford, New York, Oxford University Press, réimpression 1989, 158 pages.

SCHMIDHAUSER (Eberhard), *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1988, 64 pages.

*L'inflation législative et réglementaire en Europe. Actes du Colloque tenu à Aix en octobre 1985*, Paris, Editions du Centre national de la recherche scientifique, 1986, 294 pages.

*Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder*, sous la direction d'Aglaiä Tsitsoura, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant S.A., 1989, 127 pages.

SYR (Jean-Hervé), *Punir et réhabiliter*, Paris, Editions Economica, 1990, 135 pages.

GARLAND (David), *Punishment and Modern Society, A study in social Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 312 pages.

\* Ces ouvrages pourront faire l'objet d'un compte rendu bibliographique.

- BEDAU (Hugo Adam), *Death is Different : Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, Boston, Northeastern University Press, 1987, 307 pages.
- TOCORA (Fernando), *Politica criminal en America latina*, Bogota, Ediciones Libreria del profesional, 1990, 226 pages.
- CHAPELL (Duncan) et WILSON (Paul), *The Australian Criminal Justice System, The Mid 1980s*, Sydney, Butterworths Pty Limited, 1986, 337 pages.
- Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914). Travaux du Séminaire qui s'est tenu à l'Université catholique de Louvain sous la direction de Michel Foucault. Textes recueillis par Françoise TULKENS*, Bruxelles, E. Story-Scientia, Editions juridiques et fiscales, 1988, 319 pages.
- RICO (José Ma.), SALAS (Luis), GUTIERREZ (Enrique), CRUZ (Carlos), *La justicia penal en Costa Rica*, North Miami, Fl., Universidad internacional de Florida, Ciudad Universidad Rodrigo Facio, Costa Rica, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), 1988, 220 pages.
- KNAFLA (Louis A.), *Crime, Police and the Courts in British History*, Westport, CT, Londres, Meckler Corporation, 1990, 336 pages.
- ROWAN-ROBINSON (Jeremy), WATCHMAN (Paul Q.), BARKER (Christine R.), *Crime and Regulation : a Study of the Enforcement of Regulatory Codes*, Edimbourg, T. & T. Clark, 1990, 315 pages.
- SALAS (Luis), RICO (José Ma.), *La justicia penal en Guatemala*, North Miami, Fl., Universidad internacional de Florida, Ciudad Universidad Rodrigo Facio, Costa Rica, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), 1989, 199 pages.
- SALAS (Luis), RICO (José Ma.), *La justicia penal en Honduras*, North Miami, Fl., Universidad internacional de Florida, Ciudad Universidad Rodrigo Facio, Costa Rica, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), 1989, 192 pages.
- ROSSI VANNINI (Alessandra), *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, 312 pages.
- Crime and Criminal Policy in Sweden*, Stockholm, National Council for Crime Prevention, BRA, Report 1990 : 1, 32 pages.

### Droit pénal général

- SMITH (J.-C.) et HOGAN (Brian), *Criminal Law. Cases and Materials*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Dublin, Edimbourg, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1990, 610 pages.
- The Swedish Penal Code*, Stockholm, National Council for Crime Prevention, BRA, Report 1990 : 3, 130 pages.

### Droit pénal spécial et droit pénal économique

- REHBERG (Jörg), *Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*, 5<sup>e</sup> éd. augmentée et améliorée, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1990, 260 pages.
- RONCO (Mauro), *Il controllo penale degli stupefacenti. Verso la riforma della L. n. 685/1975*, Naples, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1990, 390 pages.
- Current Swedish Legislation on Narcotics and Psychotropic Substances* Stockholm, National Council for Crime Prevention, BRA, Report 1990 : 3, 38 pages.

- Die Rechtsprobleme von AIDS*, publié par Bernd SCHUNEMANN et Gerd PFEIFER, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 557 pages.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Droit pénal des affaires*, Tome 1, *Partie générale : responsabilité, procédure, sanctions*, Tome 2, *Partie spéciale : infractions*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, 330 et 635 pages.
- Stains on a White Collar. Fourteen Studies in Corporate Crime or Corporate Harm*, Annandale, NSW, The Federation Press, 1989, 268 pages.

### Droit pénal militaire

- JIMENEZ Y JIMENEZ (Francisco), *Introduccion al derecho penal militar*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987, 240 pages.

### Procédure pénale

- ALBERNHE (Roger), *Le ministère public. Extrait du Juris-classeur Procédure pénale*, Paris, Editions Litec, 1987, 44 pages.
- VERSINI (Xavier), *Avez-vous une intime conviction ? Réflexions sur la cour d'assises*, Paris, Editions Brès, s.d., 1989, 140 pages.
- Sentencing in Australia : Issues, Policy and Reform. Proceedings of a Seminar « Sentencing : Problems and Prospects » held at the Australian Institute of Criminology, 18-21 March 1986*, publié par Ivan POTAS avec la collaboration de l'Australian Law Reform Commission (Sydney), Canberra, ACT, Institute of Criminology, 1987, 554 pages ronéotées.
- COWPERTHWAIT (D. J.), *The Emergence of the Scottish Children's Hearings System. An administrative/political study of the establishment of novel arrangements in Scotland for dealing with juvenile offenders, 1960-1982*, Southampton, Institute of Criminal Justice, Faculty of Law, University of Southampton, 1988, 77 pages.
- MOXON (David), *Sentencing Practice in the Crown Court*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, Home Office Research Study n° 103, 1988, 90 pages.
- STONE (Richard), *Entry, Search and Seizure. A Guide to Civil and Criminal Powers of Entry*, Londres, Sweet & Maxwell Ltd, 1989, 316 pages
- BRUCE (Andrew) et McCOY (Gerard), *Criminal Evidence in Hong Kong*, Singapour, Butterworth & Co (Asia) PTE Ltd, 1987, 288 pages.
- Le nuove disposizione sul processo penale. Atti del Convegno, Perugia, 14-15 aprile 1988*, Padoue, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 302 pages.
- LACCHE (Luigi), *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell' Italia liberale : il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, 203 pages.
- HALL (Geoffrey G.), *Sentencing in New Zealand. A study of the principles of criminal sentencing and of the procedures relative thereto, incorporating a fully annotated text of the Criminal Justice Act 1985 and the Regulations made thereunder, and a consideration of the law and practice relating to appeals against sentence*, Wellington, Butterworths of New Zealand Ltd, 1987, 446 pages.
- Entstehung und Quellen der Strafprozessordnung von 1877*, publié par Werner SCHUBERT et Jürgen REGGE, Francfort-sur-le-Main, Vittorio Klostermann GmbH, 1989, 767 pages.
- KUHL (Jörn), *Prozessgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, 312 pages.

**Droit pénal comparé**

*Criminal Justice Systems in Europe and North America*, publié par Ken PEASE et Kristina HUKKILA, Helsinki, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Publication Series n° 17, 1990, 257 pages.

GRAHAM (John), *Crime Prevention Strategies in Europe and North America*, Helsinki, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Publication Series n° 18, 1990, 193 pages.

*Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, publié par Hans Joachim HIRSCH et Thomas WEIGEND, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1989, 212 pages.

**Pénologie et droit pénitentiaire**

PETIT (Jacques-Guy), *Ces peines obscures. La prison pénale en France (1780-1875)*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1990, 749 pages.

LEAUTE (Jacques), *Les prisons*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je ? », 1990, 128 pages.

SEYLER (Monique), *L'isolement en prison. L'un et le multiple*, Paris, CESDIP, Etudes et données pénales, n° 60, 1990, 177 pages ronéotées.

MATHIESEN (Thomas), *Prison on Trial. A Critical Assessment*, Londres, Newbury Park, New Delhi, Sage Publications, 1990, 184 pages.

MYLOTTE (Martin), *The Crisis of Prison Overcrowding*, Norwich, University of East Anglia, Social Work Monographs, 1989, 37 pages ronéotées.

*Are Prisons Any Better ? Twenty Years of Correctional Reform*, publié par John W. MURPHY et Jack E. DISON, Newbury Park (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, 1990, 178 pages.

RYAN (Mick) et WARD (Tony), *Privatization and the Penal System : The American Experience and the Debate in Britain*, Milton Keynes, Open University Press, 1989, 120 pages.

DILLINGHAM (Steven D.), MONTGOMERY Jr. (Reid H.), TABOR (Richard W.), *Probation and Parole in Practice*, 2<sup>e</sup> éd., Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 1990, 24 pages ronéotées.

*Women and the Penal System. Papers presented to 19th Cropwood Round-Table Conference, March 1988*, publié par Allison MORRIS et Christine WILKINSON, Cambridge, University of Cambridge, Institute of Criminology, 1988, 220 pages.

VASS (Antony A.), *Alternatives to Prison. Punishment, Custody and the Community*, Londres, Newbury Park, New Delhi, Sage Publications, 1990, 205 pages.

RUXTON (Sandy), *Fair Pay for Prisoners*, Londres, The Prison Reform Trust, 1989, 21 pages ronéotées.

DI RONZA (Paolo), *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padoue, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, 366 pages.

**Problèmes de l'enfance et de l'adolescence**

CAPUL (Maurice), *Abandon et marginalité. Les enfants placés sous l'Ancien Régime*, Toulouse, Editions Privat, 1989, 215 pages.

*Justice et jeunes délinquants. Aspects institutionnels et criminologiques. Actes de la journée d'étude organisée en hommage à Lucien Slachmuylder, Bruxelles, 28 octobre 1988*, sous la direction de Jean SAGE et de Pierre VAN DER VORST, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant S.A., 1989, 400 pages.

KOLAKOWSKA-PRZELOMIEC (Helena), *Nieletni sprawcy zbrodni (początki kariery przestępczej)*, Varsovie, Instytut profilaktyki społecznej i resocjalizacji Uniwersytatu Warszawskiego, 1990, 165 pages.

### Sciences criminologiques

DIJK (Jan J. M.), MAYHEW (Pat), KILLIAS (Martin), *Experiences of Crime across the World. Key Findings from the 1989 International Crime Survey*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, 188 pages.

BOX (Steven), *Recession, Crime and Punishment*, Londres, Macmillan Education LTD, 1987, 244 pages.

*Government Illegality. Proceedings, 1-2 October 1986*, publié par Peter GRABOSKY, avec la collaboration de Irena LE LIEVRE, Canberra, A.C.T., Australia Institute of Criminology, 1987, 232 pages ronéotées.

SEDDON (Nicholas), *Domestic Violence in Australia. The Legal Response*, Annandale, NSW, The Federation Press, 1989, 114 pages.

O'CONNOR (Michael E.) et GRAY (David E.), *Crime in a Rural Community*, Annandale, NSW, The Federation Press, 1989, 195 pages.

*Crime and Justice. A Review of Research*, volume 12, publié par Michael TONRY et Norval MORRIS, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1990, 473 pages.

ATHENS (Lonnie H.), *The Creation of Dangerous Violent Criminals*, Londres et New York, Routledge, 1989, 109 pages.

COOK (Dee), *Rich Law, Poor Law. Differential Response to Tax and Supplementary Benefit Fraud*, Milton Keynes, Philadelphie, PA, Open University Press, 1989, 193 pages.

SETHNA (J. M. J.), *Society and the Criminal. With Special references to the problems of crime and its prevention, the personality of the criminal, the treatment of the criminal, prison reform and juvenile delinquency in India*, 5<sup>e</sup> éd., Bombay, N.M., Tripathi Private Limited, 1989, 407 pages.

CLASSEN (Isabella), *Darstellung von Kriminalität in der deutschen Literatur, Presse und Wissenschaft 1900 bis 1930*, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris, Verlag Peter Lang, 1988, 348 pages.

MARAN (Rita), *Torture : The Role of Ideology in the French-Algerian War*, New York, Westport (Conn.), Londres, Praeger Publishers, 1989, 214 pages.

CARTER (Raymond H. A.), *Pharmacodépendance et pharmacodélinquance*, Paris, Editions Chiron, 1990, 430 pages.

TRAUTMANN (Catherine), *Lutte contre la toxicomanie et le trafic des stupéfiants. Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 1990, 266 pages.

MITCHELL (Chester Nelson), *The Drug Solution*, Ottawa, Carleton University Press, 1990, 362 pages.

*Drugs, Crime and the Criminal Justice System*, publié par Ralph WEISHEIT, Cincinnati, OH., Anderson Publishing Co., 1990, 405 pages.

*Crime and Justice. A Review of Research*, vol. 13, *Drugs and Crime*, publié par Michael TONRY et James Q. WILSON, Chicago, Ill., The University of Chicago Press, 1990, 574 pages.

ZAUBERMANN (Renée), PEREZ-DIAZ (Claudine) LEVY (René), avec la collaboration de Jean MACIOSCECK, *Les victimes. Comportements et attitudes. Enquête nationale de victimisation*, 2 vol., Paris, CESDIP, 1990, *Deviance et contrôle social*, n° 52, 282 et 587 pages ronéotées.

ROBERTS (Albert R.), *Helping Crime Victims. Research, Policy and Practice*, Newbury Park (Cal.), Londres, New Delhi, Sage Publications, 1990, 178 pages.

### Droits de l'homme et libertés publiques

*L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europa dei diritti dell'huomo : guida alla giurisprudenza della Corte (1960-1987)*, publié par Roberto FACCHIN, Padoue, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1988, 560 pages.

HEYMANN DOAT (Arlette), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 222 pages.

KNOPFF (Rainer), avec la collaboration de Thomas FLANAGAN, *Human Rights and Social Technology. The New War on Discrimination*, Ottawa, Carleton University Press, 1989, 233 pages.

*Human Rights in the United Kingdom*, publié par Paul SIEGHART, Londres et New York, Pinter Publishers, 1988, 139 pages.

ROBERTSON (Geoffrey), *Freedom, the Individual and the Law*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, Penguin Books Ltd, 1989, 442 pages.

HURWITT (Malcom) et THORNTON (Peter), *Civil Liberty : the Liberty/NCCL Guide*, 4<sup>e</sup> éd., Liberty, National Council for Civil Liberties, Penguin Books Ltd, 1989, 344 pages

### Varia

*Code civil 1990*, édition réalisée par André LUCAS, Avant-propos de Pierre CATHALA, Paris, Editions Litec, 1990, 1 628 pages.

*Code du travail 1990*, édition réalisée par Bernard TEYSSIE, Paris, Editions Litec, 1990, 2 026 pages.

BASTIN (Christiane), CASTILLA (Denise de), *Graphologie. Le psychisme et ses troubles*, Paris, Editions Robert Laffont, 1990, 314 pages.

STRONG (Philip) et ROBINSON (Jane), *The NHS Under New Management*, Milton Keynes, Philadelphie, PA, Open University Press, 1990, 206 pages.

### Erratum

Nous prions les lecteurs de cette *Revue* de bien vouloir excuser l'erreur qui a été faite dans la Bibliographie des périodiques de langue française du n° 3 de 1990, à la page 667.

En effet il faut lire dans la rubrique « Droit pénal général » :

4. — CALVET (H.) et HUGLO (J. G.), note sous C.J.C.E., 2 févr. 1989, un « touriste » (et non un « terroriste »)...

# TABLES DE L'ANNÉE 1990

dressées par Laurence GUYON et Sophie ROJARE  
*Diplômées d'études approfondies*

## I. — TABLE DES MATIERES

### ARTICLES DE DOCTRINE

<i>La qualification pénale des actes de terrorisme</i> , par Jean-Pierre MARGÉNAUD	1
<i>Le parquet et les faillites</i> , par Jean-François RENUCCI	235
<i>L'appel en voie de nullité en procédure pénale</i> , par Gérard CLEMENT	260
<i>La réception de l'innovation technologique en droit pénal</i> , par Bernard FILLION	270
<i>L'élément intentionnel dans les infractions douanières</i> , par Philippe de GUARDIA	487
<i>L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une sous-traction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons</i> , par Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC	507
<i>La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique</i> , par Françoise TULKENS	677
<i>La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français</i> , par Jean PRADEL	692
<i>La notion européenne de tribunal impartial et indépendant, et le système italien</i> , par Guido CASAROLI	707
<i>La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale</i> , par Jorge de FIGUEIREDA DIAS et Maria Joao ANTUNES	733
<i>La notion de tribunal impartial et indépendant en République fédérale d'Allemagne</i> , par Thomas WEIGAND	742
<i>La notion helvétique de tribunal indépendant et impartial</i> , par Pierre-Henri BOLLE	753
<i>La notion européenne de tribunal « indépendant et impartial » au sens de l'article 6 1 CEDH</i> , par Renée KOERING-JOULIN	765

### ÉTUDES, VARIÉTÉS ET DOCUMENTS

<i>La communauté économique européenne face à la fraude communautaire. Vers un « espace pénal communautaire » ?</i> , par John VERVAELE	29
<i>Le casier judiciaire et l'incapacité électorale</i> , par Gérard LORHO	42
<i>Casier judiciaire et insertion professionnelle: enquête sur la délivrance du bulletin n° 2 du casier judiciaire</i> , par Gilles RENAUD et Soizic LORVELLEC	48
<i>Comment punir ? « Galères » et philosophes au temps de Louis XV</i> , par Marc VIGIÉ	285
<i>Le travail dans les prisons (1873-1914)</i> , par Michel FIZE	297
<i>Ambiguïtés de la nature juridique du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général</i> , par Bernard-Marie BOYER	310

<i>Etude comparative des Conventions des Nations Unies et du Conseil de l'Europe relatives à la torture et aux peines ou traitements inhumains ou dégradants</i> , par Elisabeth PONROY et Christian JACQ .....	317
<i>Le temps en droit pénal. Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie</i> , par Gilles LUCAZEAU .....	521
<i>Analyse comparée des législations pénales des pays membres du groupe Pompidou en matière de lutte contre l'usage et le trafic de stupéfiants</i> , par Clarisse CERVELLO .....	538
<i>Les « Treasury Counsel » conseils ou conseillers de la Couronne ?</i> , par Antoine J. BULLIER .....	548

## CHRONIQUES

## CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE :

— <i>Droit pénal général</i> , par André VITU .....	59, 325, 555, 775
— <i>Infractions contre la chose publique</i> , par Jean-Pierre DELMAS-SAINT-HILAIRE .....	66, 332, 561
— <i>Infractions contre les personnes</i> , par Georges LEVASSEUR .....	71, 337, 566, 783
— <i>Infractions contre les biens</i> , par Pierre BOUZAT .....	80, 346, 575, 792
— <i>Infractions contre l'ordre financier</i> , par Jacques BEAUME et Jean COSSON .....	86, 351
— <i>Infractions contre l'ordre économique</i> , par Jean PRADEL et Jean-Claude FOURGOUX .....	354, 581, 797
— <i>Infractions contre la qualité de la vie</i> par Fernand BOULAN ( <i>Construction et urbanisme</i> ) et Jacques-Henri ROBERT ( <i>environnement</i> ) .....	102, 357, 584, 800
— <i>Infractions relevant du droit social</i> , par Christine LAZERGES et Antoine LYON-CAEN .....	107, 361, 589
— <i>Procédure pénale</i> , par André BRAUNSCHWEIG .....	112, 366, 593, 804

CHRONIQUE LEGISLATIVE, par Bernard BOULOC .....	117, 371, 598, 809
---	--------------------

## CHRONIQUE PENITENTIAIRE ET DE L'EXECUTION DES PEINES :

— <i>Les séismes de la modernisation</i> , par Jean-Pierre DINTILHAC .....	143
— <i>La mesure du temps carcéral</i> , par Marie-Danièle BARRÉ et Pierre TOURNIER .....	362
— <i>Les procédures de révocation du sursis</i> , par Pierre COUV RAT .....	611
— <i>Les prisons face au SIDA : vers des normes européennes</i> , par Pierre DARBEDA .....	821

## CHRONIQUE INTERNATIONALE :

— <i>Droits de l'homme</i> , par L.E. PETTITI .....	149, 388, 615, 829
— <i>Droit communautaire</i> , par Jean-Claude BONICHOT .....	155
— <i>Droit pénal international</i> <i>Le droit pénal international dans les travaux préparatoires du futur code pénal</i> , par Michel MASSÉ .....	395

## CHRONIQUE DE CRIMINOLOGIE :

- *L'enseignement de la criminologie*, par Reynald OTTENHOF ..... 168
- *Le programme ERASMUS et la criminologie*, par Reynald OTTENHOF et Robert CARIO ..... 404
- *Espace urbain et prévention de la délinquance. Nouvelles perspectives*, par Jacques BORRICAND ..... 622
- *Mais qui sont donc les hooligans ?*, par Reynald OTTENHOF ..... 836

## CHRONIQUE DE POLICE :

- *Police en prévention*, par Michel MARCUS ..... 173
- *Le nouveau paradigme de la police (police écologique-informatique et thématique)*, par Jean SUSINI ..... 410
- « *Mais que fait la police ?* », par Michel MARCUS ..... 630
- *A propos de l'Inspection générale de la police nationale : IGPN*, par Jean SUSINI ..... 840

## CHRONIQUE DE DEFENSE SOCIALE :

- *La prévention réhabilitée*, par Christine LAZERGES ..... 178
- *La détention des mineurs*, par Didier THOMAS ..... 417
- *La conciliation pénale à Valence*, par Georges APAP ..... 633
- *La pop justice. Permanences d'orientation pénale et rationalité judiciaire*, par Jacques FAGET ..... 844

## INFORMATIONS

## CONGRES, COLLOQUES ET SEMINAIRES :

- *Séminaire international sur le droit des réfugiés (Elena, 15-17 sept. 1989)* ... 187
- *XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit pénal (Vienne, 1<sup>er</sup>-7 oct. 1989)* ..... 188
- *Colloque de Marcinelle (Belgique) (14-15 oct. 1990) : Tziganes et voyageurs* ..... 192
- *VII<sup>e</sup> Centenaire de l'Université de Montpellier (1289-1989) : « L'enseignement et la recherche dans le champ de la matière pénale » (Montpellier, 24-25 nov. 1989)* ..... 193
- *XXVI<sup>e</sup> Congrès de l'Association française de criminologie (Lyon, 12-13 sept. 1990)* ..... 195
- *Séminaire sur « La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté » (Bruxelles, 27, 28 et 29 nov. 1989)* ..... 423
- *Séminaire Médiation* ..... 425
- *Commission de réforme du droit du Canada. Conférence de la Société pour la réforme du droit pénal (Washington, 21-25 janv. 1990)* ..... 639
- *Défis et possibilités juridiques issus de la croissance des services d'information électronique. Conférence organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Commission des Communautés européennes (Luxembourg, 27-28 mars 1990)* ..... 640
- *VI<sup>e</sup> Conférence européenne de la Société internationale pour la recherche sur l'agression (Jérusalem, 23-28 juin 1991)* ..... 854
- *II<sup>e</sup> Cours international de justice constitutionnelle (Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 6-12 juill. 1990)* ..... 854

RECHERCHES ET ENSEIGNEMENTS :

- *La grève de la faim en milieu carcéral (à travers le cas de la maison d'arrêt des Baumettes)* ..... 858

DROITS ETRANGERS :

- *Procès pénal et droits de l'homme en France et en U.R.S.S. (Journée du 16 juin 1989)* ..... 199
- *Deux arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis sur les droits des détenus* ..... 433
- *Le droit pénal grec face aux courtes peines d'emprisonnement : quels substituts ?* ..... 436
- *Blanchiment d'argent : les nouvelles solutions légales suisses* ..... 646
- *La réforme pénitentiaire en Grèce ou idées sans aboutissements* ..... 860

BILAN D'ACTIVITES D'ORGANISMES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX :

- *Institut des hautes études de la Sécurité intérieure (I.H.E.S.I.) (Paris, 2-3 nov. 1989) : la Sécurité intérieure : Défis et enjeux* ..... 196
- *Ecole nationale de la magistrature. Activité d'information et de recherche (A.I.R.) : « Y a-t-il une place pour le magistrat dans une dynamique de prévention ? »* ..... 197
- *L'Institut d'études comparées en sciences pénales de Buenos Aires* ..... 198
- *XVIII<sup>e</sup> Conférence de recherches criminologiques : la privatisation du contrôle de la criminalité (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21-24 nov. 1988)* ..... 644

CIRCULAIRES, RAPPORTS OFFICIELS, AVIS :

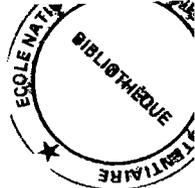
- *Empreintes génétiques. Avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé sur la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN* ..... 427

NECROLOGIES :

- Robert Schmelck ..... 851
- Mahmoud Mostafa ..... 852

BIBLIOGRAPHIE

- A. — NOTES BIBLIOGRAPHIQUES ..... 203, 439, 651, 867
- B. — BIBLIOGRAPHIE DES PERIODIQUES DE LANGUE FRANCAISE :
  - *Publications à caractère scientifique*, par Andrée MAYER-JACK ..... 667
  - *Périodiques professionnels et assimilés*, par Michel GENDREL ..... 468
- C. — OUVRAGES REÇUS ..... 225, 477, 670, 867



## II. — TABLES CHRONOLOGIQUES

### LÉGISLATION NATIONALE

#### CONSTITUTION

1958 oct. 4 ..... 146, 692

#### LOIS

1845	juill. 15	.....	602	déc. 31 n° 1320	.....	539
1863	mai 13	.....	348	31 n° 1284	.....	76
1881	juin 30	.....	557	1972 janv. 3 n° 6	.....	601
	juill. 29	125, 272 et s., 510,	557	3 n° 11	.....	603
1885	mars 28	.....	132	déc. 11 n° 1097	.....	602
1891	mars 26	.....	777	22 n° 1137 ..	156, 581, 600	
1893	févr. 4	.....	308	29 n° 1226	.....	559
1897	déc. 8	.....	699	1973 déc. 27 n° 1193	.....	582, 599
1898	avr. 9	.....	302 et s.	1975 janv. 3 n° 4	.....	577, 794
	19	.....	527	juill. 11 n° 624	.....	398 et s.,
1901	juill. 1 <sup>er</sup>	.....	591	.....	441, 612	
1905	août 1 <sup>er</sup>	127, 158, 357, 600,	610	15 n° 633	.....	103
1906	déc. 28	.....	601	1976 juill. 19 n° 663	.....	604, 800
	30	.....	128, 599	1977 déc. 29 n° 1453	.....	90, 94, 491
1927	mars 10	.....	807 et s.	1978 janv. 6 n° 17	.....	123, 277 et s.
1930	mai 2	.....	104	10 n° 22	.....	360
1936	janv. 10	.....	6	10 n° 23	.....	357, 601, 817
1941	sept. 27	.....	104, 374	juill. 28 n° 788	.....	660
1943	oct. 8	.....	570	1980 juill. 15 n° 532	.....	376
1947	août 30	.....	47	déc. 23 n° 1041	.....	341, 343,
1952	juill. 25	.....	128	.....	527, 570	
1957	mars 11 n° 298	.....	84, 278, 518	23 n° 1042	.....	463, 556
1958	avr. 3 n° 346	.....	360	1981 févr. 2 n° 82	.....	282, 310, 340
1961	août 2 n° 842	.....	604	.....	527, 779, 783, 844	
1964	déc. 16 n° 1245	.....	800	août 4 n° 736	.....	557
	26 n° 1326 ..	395, 440, 528		4 n° 737	.....	1, 463
	26 n° 1331	.....	357	oct. 15 n° 927	.....	236
	31 n° 1360	.....	85	29 n° 873	.....	129
1965	juin 1 <sup>er</sup> n° 412	.....	118	1982 juin 15 n° 506	.....	463
1966	juill. 24 n° 537	.....	76, 132, 247,	juill. 21 n° 621	.....	345, 463
	.....	350, 601		août 7 n° 516	.....	207
	déc. 28 n° 1010 ..	578, 601, 814		oct. 28 n° 915	.....	50, 361
1967	juill. 13 n° 563	.....	42, 98 et s.,	nov. 13 n° 957	.....	363
	103, 235, 441, 577, 602			1983 janv. 3 n° 1	.....	601
1970	juill. 17 n° 643	.....	79, 417	juin 10 n° 466	.....	310 et s.,

	.....	421, 463, 531, 779		.....	442, 518
juill.	5 n° 583	..... 357, 815	juill.	20 n° 828	.... 42, 109, 118,
	8 n° 608	..... 71, 463,		.....	313, 557, 584, 589,
	.....	567, 568		.....	598, 779 et s.
	13 n° 635	..... 125	nov.	9 n° 1028	..... 534
	21 n° 660	.... 127, 158, 607	déc.	20 n° 1138	..... 605
	26 n° 675	..... 50		23 n° 1201	..... 132
1984	janv.	24 n° 46 ..... 601		23 n° 1249	..... 118
		26 n° 53 ..... 50	1989	juin	23 n° 421 ..... 582, 815
	mars	1 <sup>er</sup> n° 148 ..... 133, 247			23 n° 431 ..... 135
	juin	29 n° 512 ..... 360			28 n° 432 ..... 118, 137
	juill.	9 n° 576 ..... 463, 595			30 n° 434 .... 141, 397 et s.
		16 n° 610 ..... 138			30 n° 435 ..... 142
	déc.	29 n° 1208 ..... 164	juill.	6 n° 456	..... 142
1985	janv.	25 n° 98 ..... 42, 97 et s.,		6 n° 460	..... 133
		103, 235 et s., 441, 463,		6 n° 461	..... 114, 116,
		..... 577, 602		133 et s., 139 et s., 314,	
	mai	22 n° 542 ..... 357, 360		417 et s., 444, 845, 879	
	juill.	3 n° 660 ..... 273 et s.,		10 n° 467	..... 119, 138,
		..... 518, 583		.....	142, 374
		5 n° 677 ..... 211, 443,		10 n° 468	..... 121
		..... 463, 557		10 n° 469	..... 117, 122,
		11 n° 699 ..... 42, 113		.....	141, 371, 818
	août	7 n° 835 ..... 360		10 n° 473	..... 118
	nov.	18 n° 1196 ..... 463		10 n° 487	..... 125, 134
	déc.	10 n° 1303 ..... 463		10 n° 488	..... 125
		30 n° 1407 .... 93, 98 et s.,	août	2 n° 531	..... 129 et s.,
		..... 397 et s., 418, 463,		.....	138, 378, 598
		..... 596, 845 et s.		2 n° 548	..... 128
1986	janv.	6 n° 13 ..... 102, 105		2 n° 549	..... 138
		17 n° 76 ..... 540	déc.	1 <sup>er</sup> n° 874	..... 374, 378
	sept.	9 n° 1020 .... 1 et s., 345,		18 n° 899	..... 375
		..... 464, 660		18 n° 900	..... 375, 378
		9 n° 1025 ..... 129		18 n° 935	..... 376
	déc.	30 n° 1322 ..... 20		31 n° 1008	..... 599, 610
1987	juin.	19 n° 423 ..... 589		31 n° 1009	..... 600
	juill.	8 n° 502 .... 95 et s., 352,		31 n° 1010 .. 600, 794, 814	
		..... 487 et s.		31 n° 1014	..... 601
		10 n° 519 ..... 123, 313	1990	janv.	2 n° 7 ..... 602, 610
		10 n° 520 ..... 85, 442			2 n° 9 ..... 607, 608
		16 n° 541 3 et s., 397 et s.			10 n° 34 ..... 603
	nov.	30 n° 962 ..... 93			15 n° 55 ..... 598
	déc.	30 n° 1062 ..... 140,			23 n° 85 ..... 605
		417 et s., 444, 464, 879			23 n° 86 ..... 605, 609
		31 n° 1157 .... 62 et s., 66	mai	31 n° 444	..... 815
		..... et s., 93, 335, 464,	juin	16 n° 488	..... 817, 819
		..... 541 et s.		27 n° 527	..... 800 et s.
1988	janv.	5 n° 19 .... 277 et s., 346,	juill.	6 n° 589	..... 820

## ORDONNANCES

1945	févr.	2 n° 174 ..... 43, 59 et s.,	566, 596, 608, 700, 806
		135, 180, 417 et s., 523,	juin 30 n° 1484 ..... 558, 797

nov. 2 n° 2658 .. 128, 334, 603	..... 164, 356, 378, 464,
1958 déc. 23 n° 1296 .....	566 .....
1967 sept. 28 n° 833 .....	129, 378 .....
1986 déc. 1 <sup>er</sup> n° 1243 .....	123, 130, .....
	779 et s., 797 et s.

DÉCRETS-LOIS

1852 janv. 9 .....	357	1982 juill. 10 n° 429 .....	207
1935 oct. 30 .....	235, 577, 601, 794		

DÉCRETS

1808 juin 16 .....	303	22 n° 1018 .....	602
1852 janv. 9 .....	602, 606	29 n° 938 .....	376, 604
1853 juill. 4 .....	358	29 n° 989 .....	371, 464
1859 nov. 19 .....	358	1990 janv. 4 n° 21 .....	609
1885 nov. 11 .....	305	5 n° 30 .....	603
1936 sept. 1 <sup>er</sup> .....	358	10 n° 40 .....	528 et s.
1962 nov. 26 n° 1463 .....	128	10 n° 73 .....	604
1963 déc. 11 n° 1228 .....	604	15 n° 58 .....	604
1964 juill. 25 n° 754 .....	608	17 n° 83 .....	605
1972 févr. 18 n° 151 .....	161	19 n° 78 .....	604
sept. 1 <sup>er</sup> n° 809 .....	609	25 n° 93 .....	603
1977 nov. 29 n° 1321 .....	110	25 n° 94 .....	359, 606
1978 mars 20 n° 381 .....	634	25 n° 95 .....	359, 606
1983 juin 8 n° 459 .....	181, 623	févr. 16 n° 153 .....	606
1985 août 29 n° 913 .....	42	16 n° 154 .....	607
sept. 11 n° 956 .....	360	21 n° 166 .....	608
1986 janv. 15 n° 74 .....	113	27 n° 184 .....	609
déc. 29 n° 1309 .....	558, 780	27 n° 185 .....	609
1987 août 6 n° 644 .....	47	28 n° 192 .....	605
1988 oct. 28 n° 1015 .....	176	mars 3 .....	609
28 n° 1015 .. 181, 623 et s.		13 n° 226 .....	609
déc. 15 n° 1124 .....	105	14 n° 245 .....	610
1989 juin 30 n° 434 .....	141	16 n° 235 .....	609
30 n° 435 .....	142	21 n° 256 .....	598
juill. 6 n° 456 .....	142	23 n° 263 .....	599
7 n° 482 .....	124	23 n° 267 .....	607
10 n° 467 .....	142	26 n° 274 .....	607
11 n° 477 .....	123	28 .....	599
août 2 n° 554 .....	141	avr. 9 n° 320 .....	815
31 n° 616 .....	126	17 n° 357 .....	815
sept. 12 n° 662 .....	126	mai 10 n° 388 .....	818
18 n° 674 .....	127	16 n° 422 .....	815
22 n° 690 .....	128	29 n° 447 .....	820
oct. 12 n° 738 .....	373	juin 6 n° 473 .....	813
25 n° 791 .....	373	12 n° 481 .....	816
27 n° 800 .....	377	12 n° 482 .....	816
27 n° 904 .....	359	13 n° 485 .....	819
27 n° 905 .....	359	15 n° 493 .....	817
nov. 2 n° 815 .....	373, 378	25 n° 506 .....	814
déc. 4 n° 879 .....	372		

## ARRETÉS

1882	avr.	15	305		31	377
1903	janv.	26	304		nov. 7	376
1954	juill.	16	372, 603		13	372
1961	juin	12	359		15	372
1967	nov.	24	604		21	376
1982	mars	19	603		27	372
	sept.	15	126		29	376
1984	juill.	17	813		déc. 5	372
1986	janv.	8	126		14	372
	juill.	7	376		21	609
		10	372		22	603, 604
	déc.	31	840		28	376
1987	juill.	27	840	1990	janv. 5	609
	déc.	3	127		12	603
1988	mars	9	376		18	603
	juill.	8	815		24	603
	sept.	28	813		25	603
1989	juin	20	126		26	603
		26	124		févr. 5	604
		27	124		7	604
		28	124		8	604
		29	126		mars 6	604
	juill.	3	124		8	599
		10	134		16	610
		20	141		19	607
		25	124		22	813
	août 1 <sup>er</sup>		126		avr. 9	814
		10	126		10	815
		31	372		mai 10	818
	sept.	5	372		14	819
		22	127		15	813, 819
		26	372		juin 6	818
	oct.	2	372		13	813, 814
		5	372		14	818
		19	376		15	818
		26	374		25	814

## AVIS

1989	juill.	4	124	1990	janv. 5	603
		5	124		13	603
	août	2	124		avr. 8	814
	oct.	10	373		juin 26	815
	déc.	30	373			

## CIRCULAIRES

1980	oct.	7	justice	44	1986	janv. 22	justice	93
1981	oct.	21	justice	844		févr. 10	justice	54
1983	nov.	23	justice	53		déc. 1 <sup>er</sup>	justice	841
1985	janv.	28	justice	844	1988	déc. 19		105

1989	avr.	7 justice	845	1990	nov.	15 intérieur	627
	mai	22 justice	176		janv.	15 culture	604
	oct.	2 justice	372			25 justice	603

**LEGISLATION ETRANGERE***ANGLETERRE*

Treasury Solicitor's Act, 1876	549
Prosecution of Offences Act, 1879	549
Police Act, 1890	658
Crown Proceedings Act, 1947	552
Commonwealth Immigrants Act, 1962	215
Immigration Appeals Act, 1969	215
Immigration Act, 1971	215
Immigration Carriers Liability Act, 1987	216
Criminal Justice Act, 1988	456

*AUTRICHE*

Loi 1951 sept. 18	540
-------------------	-----

*BELGIQUE*

Constitution	680 et s.
Lois 1849 mai 15	683
1955 mai 13	678
1975 juill. 9	539 et s.
Circ. 1983 mars 29	684
1985 mars 11	684

*CANADA*

Charte de 1982	214, 856, 881
Canadian Bill of Rights, 1970	214

*DANEMARK*

Loi 1982 avr. 28	542
------------------	-----

*ESPAGNE*

Lois 1970 août 4	544
1983 juin 25	540

*FINLANDE*

Loi 1972 janv. 21, n° 41	539
--------------------------	-----

*GRECE*

Lois 1940 n° 2724	864
1967 n° 125	861 et s.
1970	539 et s.
1989 n° 1851	861 et s.

*IRLANDE*

Loi 1977 mai 16	539 et s.
-----------------	-----------

*ITALIE*

Constitution	717 et s.
Lois 1956 n° 1243	730
1965 n° 575	730
1975 n° 152	730
n° 354	725
n° 685	540 et s.
1981 n° 180	727
n° 689	728
1982 n° 646	730
1986 n° 663	725
1987 n° 81	720
1988 n° 117	719
n° 327	730

*LUXEMBOURG*

Loi 1973 févr. 19	539 et s.
-------------------	-----------

*MALTE*

Loi 1986 n° 8	539 et s.
---------------	-----------

*PAYS-BAS*

Loi 1976 juin 23	539
------------------	-----

	<i>PORTUGAL</i>	1981 déc. 17 .....	544
		1988 mai 19 .....	539
Constitution .....			
Décr.-L. 1983 déc.13 .....			539
Loi 1983 .....			540 et s.
		<i>SUISSE</i>	
	<i>REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE</i>	1889 juin 28 .....	756
		1979 mars 23 .....	755
Loi fondamentale .....			742 et s.
Loi 1981 juill. 31 .....			541 et s.
		<i>TURQUIE</i>	
	<i>SUEDE</i>	Loi 1953 juill. 9 .....	539
Lois 1968 mars 8 .....			539

## LEGISLATION INTERNATIONALE

### CONVENTIONS EUROPEENNES

1950 nov. 4 (C.E.S.D.H.).....	3 et s., 74, 162, 166, 188, 317 et s., 333 et s., 439, 451, 579, 614, 652, 677 et s., 692 et s., 707 et s., 733 et s., 753 et s., 765 et s., ..... 800, 879, 893 Protocole n° 4 .....	3 et s., 32 et 3 et s. 642 820 318 et s.
	Protocole n° 6 .....	864
	1957 mars 25 (Traité de Rome) ..	32 et s., 160, 355, 440, 451
	1977 janv. 27 .....	3 et s.
	1981 janv. 28 .....	642
	1983 nov. 24 .....	820
	1987 juin 26 .....	318 et s.

### REGLEMENTS COMMUNAUTAIRES

1962 févr. 6 n° 17-62 .....	160 et s.	sept. 22 n° 2807-83 .....	358
1963 juill. 25 n° 99-63 .....	160 et s.	1986 oct. 7 n° 3094-86 .....	358
1970 avr. 28 n° 729-70 .....	31	1987 mars 30 n° 945-87 .....	33
1972 févr. 10 n° 283-72 .....	31	juill. 23 n° 2241-87 .....	358
1981 mai 19 n° 1468-81 .....	33	1989 mars 20 n° 714-89 .....	817
1983 janv. 25 n° 171-83 .....	359		

### CONVENTIONS O.N.U.

1948 déc. 10 New York .....	188, ..... 317, 707	..... 721, 874, 894	
1949 août 2 Genève .....	187	1971 sept. 23 Montréal .....	120, ..... 374, 378, 397
1954 mai 12 Londres .....	357	févr. 21 Vienne .....	539 et s.
1961 mai 13 .....	539 et s.	1973 nov. 2 Londres .....	357
1966 déc. 19 New York .....	166, 317,	1984 déc. 10 .....	317 et s., 397, 783

## JURISPRUDENCE NATIONALE

### TRIBUNAL DES CONFLITS

1921 janv. 22 .....	49	1988 déc. 19 .....	90
---------------------	----	--------------------	----

## CONSEIL CONSTITUTIONNEL

1981	janv. 19 et 20	8, 200	1986	sept. 3	10 et s.
1983	déc. 24	164	1989	janv. 19	102
	29	797		juill. 28	598
1985	janv. 18	97			

## COUR DE CASSATION

1884	mai 23 crim.	326		juill. 15 crim.	97
1850	oct. 12 crim.	573	1965	mai 21 ch. ré.	81
1859	juin 28 crim.	566		oct. 28 crim.	97
1894	févr. 9 crim.	778	1966	oct. 27 crim.	788
1900	mai 17 crim.	783	1967	févr. 28 crim.	566
1902	mars 27 crim.	338		juill. 20 crim.	555
1905	mai 18 crim.	788		déc. 20 crim.	76
1908	mars 7 crim.	612	1968	janv. 23 crim.	790
1929	janv. 17 crim.	790		25 crim.	345
1941	avr. 4 crim.	491		févr. 7 crim.	787
1944	oct. 26 crim.	573		juin 12 civ. 2 <sup>e</sup>	44
	nov. 17 crim.	326		juill. 24 crim.	555
1946	nov. 29 crim.	326		oct. 23 crim.	787
1949	avr. 30 crim.	73		nov. 27 crim.	789
1953	janv. 13 crim.	25		déc. 11 crim.	806
	14 crim.	593	1969	janv. 4 crim.	73
	22 crim.	568, 574		juill. 16 crim.	789
	juill. 1 <sup>er</sup> crim.	568	1970	avr. 9 crim.	86
1954	mai 13 crim.	73		11 crim.	800
1955	janv. 26 crim.	778		juin 4 crim.	86
	oct. 20 crim.	338	1971	mai 11 crim.	80
1956	avr. 14 crim.	491		13 crim.	562
	juin 26 crim.	800		juin 30 crim.	80
1957	févr. 5 crim.	338		oct. 27 crim.	775
	oct. 10 crim.	566		nov. 22 crim.	573
1958	févr. 12 crim.	86		déc. 7 crim.	614
	juill. 8 crim.	93 et s.	1972	mars 9 crim.	71
	oct. 16 crim.	71	1973	janv. 24 crim.	583
	déc. 4 crim.	555		31 crim.	89
	22 crim.	571		févr. 21 crim.	790
1959	janv. 15 crim.	571		mars 14 crim.	60, 787
	févr. 2 crim.	499		juin 21 crim.	71
	mai 12 crim.	312		oct. 18 crim.	86
	oct. 28 crim.	509		déc. 18 crim.	60
1960	janv. 13 crim.	339	1974	févr. 5 crim.	787
	mars 15 crim.	697		27 crim.	86
1961	févr. 16 crim.	804		mars 27 crim.	72
	mai 4 crim.	574		juill. 24 crim.	338
	nov. 6 civ.	342, 343	1975	janv. 4 crim.	326
	déc. 21 crim.	591		30 crim.	578
1962	janv. 17 soc.	109		mai 7 crim.	361
1963	mars 14 crim.	614		28 crim.	802
	oct. 16 crim.	802		juin 4 crim.	75
1964	juin 9 crim.	572		juill. 3 crim.	56

	oct.	2 crim.	93		27 crim.	786	
1976	févr.	19 crim.	71		déc.	4 crim.	343
	mai	12 crim.	86			11 crim.	557
	juill.	5 crim.	86	1985	févr.	4 crim.	349, 613
	oct.	5 crim.	783			5 crim.	115
1977	juin	6 crim.	86		avr.	22 crim.	596
		8 crim.	578		mai	14 crim.	596
		9 crim.	783			30 crim.	567
		27 crim.	89		juin	24 crim.	86
	juill.	11 crim.	787			26 crim.	341
	nov.	7 crim.	87		août	3 crim.	595
1978	janv.	12 crim.	574		oct.	29 crim.	73
	févr.	14 crim.	75			30 crim.	341, 366
	mai	25 crim.	86		nov.	12 crim.	503
	oct.	30 crim.	502			14 crim.	593
	nov.	20 crim.	94			19 crim.	791
	déc.	4 crim.	86		déc.	2 crim.	90
1979	janv.	8 crim.	511 et s.	1986	janv.	3 crim.	93
		25 crim.	800			7 crim.	697
	févr.	2 crim.	110			14 crim.	504
	mars	7 crim.	115		févr.	13 crim.	800
		12 crim.	86		mars	7 Ass. plén.	274
	oct.	1 <sup>er</sup> crim.	86			10 crim.	100, 103
		2 crim.	109		avr.	8 crim.	567
		29 crim.	697			22 crim.	107
		31 crim.	71			29 crim.	508
1980	mars	5 crim.	790		mai	6 crim.	800
	mai	8 crim.	560			12 crim.	94
		12 crim.	87			30 crim.	72
		28 crim.	776		juin	17 crim.	102
	déc.	16 soc.	361		juill.	22 com.	354
1981	mai	5 crim.	563		sept.	13 crim.	783
		19 crim.	613		oct.	20 crim.	98
	juill.	10 crim.	339			22 crim.	568
1982	janv.	12 crim.	362		nov.	3 crim.	311
	mai	25 crim.	786			4 crim.	594
	juin	28 crim.	88			18 crim.	71
	nov.	8 crim.	87			26 crim.	614
1983	janv.	31 crim.	90, 94		déc.	18 crim.	504
	févr.	8 crim.	110	1987	févr.	10 crim.	568
	avr.	20 civ. 2 <sup>e</sup>	557		mars	3 com.	89
	mai	2 crim.	115			25 crim.	311
	juin	29 crim.	73		mai	4 crim.	572
	oct.	11 crim.	573		juin 1 <sup>er</sup>	crim.	86
	nov.	24 crim.	276		juill.	9 crim.	338
		28 crim.	790		sept. 1 <sup>er</sup>	crim.	327
	déc.	12 crim.	93			25 crim.	91
1984	janv.	10 civ. 1 <sup>re</sup>	895		oct.	21 crim.	591
		30 crim.	88		nov.	16 crim.	96
	mars	20 crim.	362		déc.	7 crim.	492
	avr.	24 crim.	87, 88	1988	janv.	4 crim.	88
	mai	2 crim.	90			12 crim.	313
	oct.	1 <sup>er</sup> crim.	87			26 crim.	778
	nov.	21 crim.	339			28 crim.	596

	févr.	9 crim.	77 et s.		17 crim.	576
		10 crim.	806		18 crim.	807
		16 crim.	571		22 crim.	338, 577
		24 crim.	334		29 crim.	76, 787
	mars	2 crim.	567		30 crim.	326, 784
		15 crim.	800 et s.		31 crim.	567
		22 crim.	787	juin	5 crim.	89 et s., 578, 611 et s.
	avr.	6 crim.	87		6 crim.	63 et s., 66 et s., 110, 336
		13 crim.	343		7 crim.	572
	mai	3 crim.	370		8 crim.	103
		17 crim.	612		12 crim.	97 et s., 793
		25 crim.	567		13 crim.	105
		31 crim.	103, 593		14 crim.	369
	juin	7 crim.	340, 569		17 crim.	102
		16 crim.	696		19 crim.	429
	juill.	6 crim.	88		20 crim.	102, 366
		13 crim.	555		21 crim.	343, 369
		20 civ. 1 <sup>re</sup>	340		25 crim.	86
	sept.	13 crim.	787		26 crim.	63 et s., 92 et s., 95 et s., 336
	oct.	19 crim.	614		27 crim.	66 et s., 335, 336, 582
		24 crim.	63 et s., 66 et s., 336		30 crim.	786
		25 crim.	354	juill.	3 crim.	107
	nov.	3 crim.	72, 569		4 crim.	59 et s.
		4 crim.	71		18 crim.	87 et s.
		21 crim.	339		19 crim.	556, 805
		28 crim.	96		26 crim.	108, 595
	déc.	7 crim.	341		9 crim.	370
		12 crim.	81, 82	août	5 crim.	583
		15 ch. mixte	164, 378, 798	sept.	20 crim.	113 et s.
1989	janv.	6 crim.	75		21 crim.	593
		12 crim.	347, 507 et s., 834		26 crim.	366, 568, 596
		23 crim.	96		26 soc.	361
	févr.	6 crim.	696		27 crim.	362
		9 crim.	72, 341, 347	oct.	4 crim.	361, 363, 573, 595
		13 crim.	349		5 crim.	114
		14 crim.	613		9 crim.	595, 794
		27 crim.	90		11 crim.	349, 362, 566, 597
	mars	1 <sup>er</sup> crim.	339, 346, 507		16 crim.	797
		7 crim.	74, 332		17 crim.	569, 589, 786
		8 crim.	113		24 crim.	335, 563
		13 crim.	347, 348		30 crim.	341, 368
		14 crim.	339	nov.	6 crim.	339, 786
		16 crim.	80, 492 et s.		7 crim.	358, 367, 596
		20 crim.	579		8 crim.	783
		22 crim.	341, 367		13 crim.	352
		29 com.	354		14 crim.	364, 561, 584, 806
	avr.	18 crim.	341		21 crim.	569, 577, 808
		19 crim.	104, 349, 571		24 Ass. plén.	444
		25 crim.	78 et s.		28 crim.	569
		26 crim.	113		29 crim.	570
	mai	2 crim.	111, 333 et s., 340			
		3 crim.	104, 113, 339, 341			
		11 crim.	113, 339			

déc.	4 crim.	581	8 crim.	806
	5 crim.	590, 591	12 crim.	356
	11 crim.	337	13 crim.	804
	12 crim.	790, 798, 808	15 crim.	787, 804
	13 crim.	368, 783	19 crim.	584
	19 crim.	337, 563, 584, 585, 775 et s., 798	21 crim.	785
1990	janv. 4 crim.	370, 432, 559, 788, 807	26 crim.	780
	8 crim.	351	27 crim.	586
	9 crim.	338, 572	mars 1 <sup>er</sup> crim.	587
	17 crim.	791	8 crim.	587
	23 crim.	784	avr. 24 crim.	593, 805
févr.	1 <sup>er</sup> crim.	788, 790, 795	juill. 11 crim.	784
			17 crim.	799

COURS D'APPEL

1878	nov.	1 <sup>er</sup> Bourges	572	mars	16 Paris	104
1948	oct.	14 Amiens	501		30 Pau	346
1966	janv.	9 Paris	345		31 Metz	98
	nov.	24 Nîmes	572	avr.	1 <sup>er</sup> Lyon ch. d'acc.	75
1969	juin	4 Paris	572	juin	2 Paris	92
1973	juin	28 Angers	71		6 Paris	89
1976	mai	29 Paris	578		9 Douai	328 et s.
	oct.	27 Paris	73		10 Reims	107
1983	janv.	28 Paris	82		17 Versailles	102
	juill.	13 Paris	92		23 Caen	78
	sept.	16 Belfort	567	sept.	6 Basse-Terre	780
1984	avr.	26 Paris	91		14 Rennes	358
	juin	21 Amiens	567		21 Nancy	351
	déc.	19 Dijon	791	oct.	10 Colmar	103
1985	févr.	8 Douai	567		19 Paris	355
		28 Rouen	567		19 Pau	358
	mai	22 Agen	343, 791		20 Rennes	358
	juill.	4 Grenoble	567	nov.	8 Poitiers, ch. d'acc.	98
	oct.	9 Lyon	92		10 Toulouse	780
	déc.	6 Grenoble	577		23 Colmar	582
1986	mai	13 Versailles	98	déc.	7 Lyon	780
	déc.	15 Paris	98		14 Lyon	585
1987	janv.	7 Aix-en-Provence	343		19 Paris	81 et s.
		13 Besançon	312		20 Paris	80
	mars	4 Paris	91		28 Riom	794
		13 Colmar	72	1989	janv. 19 Angers	85
		24 Rouen	353		19 Douai	793
	mai	5 Angers	54		19 Paris	581
		7 Angers	54		30 Riom	76
		14 Nîmes	800	févr.	2 Paris	520
	juin	24 Paris	512		24 Reims	592
		27 Aix-en-Provence	98	mars	2 Bordeaux	590
	oct.	29 Toulouse	347		9 Douai	779
	déc.	23 Grenoble	78	mai	11 Paris	76
1988	janv.	22 Colmar	582	juin	22 Bourges	780
	févr.	3 Colmar	795	sept.	26 Nancy	792
		3 Paris	98	oct.	5 Paris	577

18 Lyon .....	799	1990 janv. 17 Paris .....	356
nov. 17 Douai .....	558, 780	25 Angers .....	520
23 Dijon .....	793	sept. 27 Paris .....	797
déc. 19 Paris .....	788		

## TRIBUNAUX DE GRANDE INSTANCE

1961 janv. 18 Pontoise, cor. ....	562	1988 mai 6 Angers, cor. ....	85
1970 janv. 9 Paris, cor. ....	85	oct. 10 Paris, cor. ....	113
1981 févr. 25 Paris, cor. ....	90	1989 janv. 23 Arras, cor. ....	778
1982 juin 30 Paris, cor. ....	557	févr. 17 Paris, cor. ....	83 et s.
1985 oct. 14 Toulouse, cor. ....	311	mars 31 Paris, cor. ....	344
1986 janv. 6 Caen, cor. ....	78	avr. 21 Chalon-sur-Saône, cor.	793
févr. 6 Toulouse, cor. ....	311	28 Paris, ref. ....	82
avr. 15 Paris, cor. ....	512	sept. 20 Rennes, cor. ....	576
1987 juin 19 Melun, cor. ....	80		

## CONSEIL D'ETAT

1936 juin 3 .....	57	1981 janv. 19 et 20 .....	200
1943 avr. 2 .....	52	1982 janv. 27 .....	51
1944 mai 5 .....	200	déc. 13 .....	87
1945 oct. 26 .....	200	1987 nov. 12 .....	201
1967 mars 15 .....	57	1989 mai 22 .....	87
1971 déc. 3 .....	56	oct. 20 .....	440

## JURISPRUDENCE ETRANGERE

R. v. Oakes, 1986..... 881

## ANGLETERRE

## ETATS-UNIS d'AMERIQUE

Swati v. Secretary of State for the Home Department, 1986, A.C. ....	215
R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Northumbria Police Authority, 1987 .....	658

Cour suprême	
Davis c/ U.S., 1985 .....	214
Brown c/ Education Board of Topeka, 1954 .....	659
Furman c/ Georgia, 1972 .....	659
Roe c/ Wade, 1973 .....	656
Kentucky Department of Corrections c/Thompson, 1989 .....	434
Thornburgh c/ Abbott, 1989 .....	433
Webster c/ Missouri, 1989 .....	657

## BELGIQUE

Cour de cassation	
1858 nov. 17 .....	683
1983 mai 18 .....	680
1984 avr. 4 .....	685, 689
oct. 16 .....	688
1987 janv. 27 .....	680

## ITALIE

Cour d'appel	
1983 sept. 8 Gand .....	685
Conseil d'Etat	
1984 sept. 26 .....	679

Cour constitutionnelle	
n° 61/67, 1967 .....	724
n° 123/70, 1970 .....	724
n° 268/86, 1986 .....	724
n° 172/87, 1987 .....	724

## CANADA

Cour suprême	
R. v. Dakes, 1986 .....	214

## SUISSE

Cour de cassation	
1988 avr. 29 .....	763

## JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

## COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- 1970 janv. 17 Delcourt ..... 153, 392,  
..... 652, 682, 712, 770
- 1971 juin 18 De Wilde, Ooms  
et Versyp ..... 766  
juill. 16 Ringeisen ..... 709
- 1975 févr. 21 Golder ..... 709
- 1976 juin 8 Engel et autres 713, 756
- 1978 janv. 18 Irlande c/ R.U. .... 452
- 1979 avr. 26 Sunday Times ..... 452
- 1980 févr. 27 Deweer ..... 709
- 1981 juin 23 Le Compte et autres  
710, 712, 767 et s., 895  
nov. 5 X. c/ R.U. .... 766
- 1982 oct. 1<sup>er</sup> Piersack ..... 683 et s.,  
..... 697, 711, 769 et s.
- 1983 févr. 10 Albert et Le Compte  
..... 710, 771, 895
- 1984 févr. 21 Öztürk .... 166, 714, 763  
mai 24 Campbell et Fell .... 710  
..... et s., 766 et s.  
oct. 22 Sramek ..... 766 et s.  
26 De Cubber .... 680 et s.,  
..... 711, 760, 771 et s.
- 1985 mai 6 Bönisch ..... 391, 832
- 1986 mai 29 Felbrugge ..... 833  
nov. 24 Unterpertinger ..... 152,  
..... 391, 832
- 1987 mars 2 Weeks ..... 766  
avr. 23 Ettl ..... 768 et s.  
août 25 Lutz ..... 715  
nov. 27 Ben Yaacoub ..... 772  
30 H. c/ Belgique 712, 767
- 1988 avr. 29 Belilos .... 712, 767 et s.  
mai 26 Pauwels ..... 684  
juill. 12 Schenk ..... 393  
nov. 9 Brogan ..... 452  
déc. 6 Barberá, Messegué et  
Jabardo .. 388 et s., 832
- 1989 févr. 22 Ciulla ..... 153, 392  
mai 24 Hauschildt ..... 771 et s.  
nov. 20 Kostovski ..... 149 et s.,  
..... 388 et s.  
déc. 19 Kamasinski ..... 832
- 1990 mars 28 B. c/ Autriche .. 829 et s.  
août 29 E. c/ Norvège ..... 831

## COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- 1974 juill. 11 Dassonville ..... 159
- 1976 juill. 14 Kramer et autres .... 359
- 1979 févr. 20 Rewe Zentral.... 157 et s.
- 1980 juill. 10 Commission c/  
France ..... 157  
oct. 29 Fedetab ..... 166
- 1981 févr. 5 Horvath ..... 92  
déc. 17 Biologische  
Produkten ..... 160
- 1982 mars 31 Blesgen ..... 157  
oct. 26 Santa Einberger ..... 92  
26 Wolf ..... 92  
déc. 15 Oosthock ..... 157
- 1983 juin 7 Musique diffusion.... 166  
nov. 30 Van Bennekom ..... 564
- 1984 avr. 10 Von Colson et  
Kamann ..... 160
- 1986 mai 15 Johnston ..... 162  
juin 12 Schloh ..... 355
- 1988 févr. 25 Rainer Drexl ..... 155
- 1989 mai 11 Würmser ..... 158 et s.  
16 Buet ..... 156 et s.  
sept. 21 Commission c/ Républi-  
que hellénique .. 155, 424  
21 Hoechst ..... 161 et s.  
oct. 17 Dow Benelux .. 161 et s.  
17 Dow Chemical Iberica  
et autres ..... 161 et s.  
oct. 18 Orkem ..... 161 et s.  
18 Solvay ..... 161 et s.

### III. — TABLE ALPHABÉTIQUE

- N.B.** — **doctr.** — doctrine.  
**e.v.d.** — études, variétés et documents.  
**jur.** — chronique de jurisprudence.  
**leg.** — chronique législative.  
**pen.** — chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines.  
**int.** — chronique internationale.  
**crim.** — chronique de criminologie.  
**pol.** — chronique de police.  
**dfs.** — chronique de défense sociale.  
**inf.** — informations.  
**bib.** — bibliographie.

Les chiffres renvoient aux pages.

#### **Abandon de famille.**

- jur.** — organisation d'insolvabilité, 787 et s.  
**bib.** — Pologne, non-versement de la pension alimentaire, 876 et s.

#### **Abandon des poursuites.**

- classement sans suite
- jur.** — implicite, poursuite à l'initiative du ministère public pour dénonciation calomnieuse, 570 et s.
- transaction
- leg.** — infractions en matière de pêche maritime, accord du procureur de la République, 141.

#### **Abus de biens sociaux.**

- jur.** — groupe de sociétés, 349 et s.

#### **Abus de confiance.**

- jur.** — crédit-ba..., non-restitution du matériel loué, 792.  
— gestion de dettes, 794.  
— nature du contrat, vente à terme, 81 et s.

#### **Action civile.**

- jur.** — indemnisation de la victime après acquittement ou relaxé, 568 et s.  
**leg.** — associations ; protection du patrimoine archéologique, 376.  
— fédérations sportives, dopage, 138.

- syndicats, licenciement pour motif économique, 138.

#### **Action publique.**

- doctr.** — banqueroute, procédure préalable de redressement judiciaire, 250 et s.  
— pratique des parquets en matière de faillite, 250 et s.
- e.v.d.** — prescription, trafic de stupéfiants, 546.
- jur.** — extinction ; par annulation d'un acte administratif individuel ; refus d'autorisation de licenciement, 592.  
— infraction à la législation des relations financières avec l'étranger, plainte préalable, habilitation (non), 351 et s.
- leg.** — assurances, transmission du dossier entre la Commission de contrôle des assurances et le parquet, avis motivé, 601.  
— extinction, paiement d'une amende forfaitaire, conditions, 141.  
— recherche et poursuite des infractions en matière de patrimoine archéologique, 375, 376.

#### **Aéronef.**

- leg.** — sécurité des —, code de l'aviation civile, 119 et s.

**Affichage.**

*V. publicité, prix.*

**Aide judiciaire.**

**leg.** — contentieux de la reconduite à la frontière, 609.

**Ajournement du prononcé de la peine.**

**leg.** — avec mise à l'épreuve, contrôle du J.A.P., délais, 133.

**Alcool-alcoolisme.**

**doctr.** — Nouvelle Calédonie, système coutumier, interdiction de la vente d'alcool, 529.

**leg.** — constatation de l'état alcoolique, 123.

**bib.** — notion de stupéfiant ; drogue licite, 210.

**Amende.**

**jur.** — infractions de pêche, 360.

**leg.** — forfaitaire minorée, encaissement immédiat par l'agent verbalisateur, majoration, 141.

— forfaitaire ; imprimés, 819.

— procédure de l'— forfaitaire minorée ; modalités de paiement, majoration, 818 et s.

— augmentation du taux des — de police, reclassement des — de contravention, 117.

— majoration du taux des —, 371.

— tarif des — de police, 371.

— transports, assurances, — forfaitaire, modalités de paiement, 141.

**Amnistie.**

**doctr.** — Nouvelle Calédonie, 533 et s.

**e.v.d.** — d'une peine avec sursis assorti d'un T.I.G., 313.

**jur.** — effets sur l'action civile, prescription en matière de presse, 556 et s.

— champ d'application ; droit du travail, 589 ; vente, 558 et s., 779 et s.

**leg.** — infractions liées au financement des campagnes électorales, champ d'application, 598.

— Guadeloupe, Martinique, Corse, infractions commises à l'occasion d'événements d'ordre politique ou social, 118.

**Anthropologie.**

**bib.** — juridique, manuel, 867 et s.

**Appel.**

*V. voies de recours.*

**Armes.**

**leg.** — produits explosifs, installations, dépôts, recherches, 606 et s.

— historiques, 126.

**Arrestation.**

**jur.** — appréhension de l'auteur d'un délit flagrant, conditions d'application, erreur de fait, 327 et s.

**Associations.**

**jur.** — humanitaire, escroquerie, 575 et s.  
— responsabilité pénale du président, 591 et s.

**leg.** — défense des investisseurs en valeurs mobilières, conditions d'agrément, 609 et s.

— action civile, protection du patrimoine archéologique, 376.

**bib.** — participation des — à la médiation, 453.

**Assurances.**

**jur.** — escroquerie, 347, 348 et s.

— intervention au procès pénal, conditions de recevabilité, 566 et s.

**leg.** — code des —, 601 et s.

**Attentat aux mœurs.**

**jur.** — attentat aux mœurs avec violence, outrage public à la pudeur ; qualification des agissements, 343.

**leg.** — condamnation, obstacle à l'activité de professeur de danse, 121.

**Audience.**

**jur.** — huis clos, viol, absence de renonciation expresse de la qualité de partie civile, 570.

— attentats aux mœurs, huis clos, motivation, 113.

— huis clos, viol, qualité de partie civile, 341, 367 et s.

— manifestation d'opinion par le président de cour d'assises, 368 et s.

**leg.** — publique, chambre d'accusation, détention provisoire, 139.

**Audiotvisuel.**

**doctr.** — propriété littéraire et artistique ; phonogrammes, vidéogrammes, contrefaçon, 278.

**jur.** — oeuvres cinématographiques, diffusion illicite, preuve, 583.

— archives de la justice, 113.

— télévision, décodeur, détention en vue

de l'usage de l'instrument fabriqué, 85.

### Autorités administratives et indépendantes.

- **Commission des opérations de bourse**
- leg. — composition, pouvoirs d'enquête, perquisitions, 129 et s.
- procédure, injonctions, recours, 599.
- **Conseil de la concurrence.**
- jur. — visites et perquisitions, conditions d'autorisation du —, 798 et s.

### Audition.

V. *témoins.*

### Avocat.

- e.v.d. — Royaume-Uni, treasury counsel, 548 et s.
  - jur. — secret professionnel, inculpation, correspondance, règlement intérieur du barreau, 75 et s.
  - bib. — règles de la profession d'—, 446 et s.
- V. *droits de la défense.*

### Avortement.

- bib. — et protection du fœtus, droit comparé, 656 et s.

### Banque.

- jur. — complicité de banqueroute, 794.
  - inf. — Suisse, blanchiment d'argent, 646 et s. ; défaut de vigilance en matières d'opérations financières, 648 et s.
- V. *crédit.*

### Banqueroute.

- jur. — tenue de comptabilité irrégulière, requalification en infraction fiscale (non), relaxe, 797.

### Bio-éthique.

- leg. — recherche biomédicale, 605 et s.
- inf. — empreintes génétiques, avis du Comité national d'éthique, 427 et s.
- expérimentation biomédicale, comités d'éthique, contrôle ; consentement, proportionnalité, alternative, 190.
- bib. — responsabilité médicale, procréation médicalement assistée, 665 et s.
- nouvelles techniques de reproduction, recherches biomédicales, 870 et s.

### Bourse.

- leg. — C.O.B. ; composition, pouvoirs,

perquisitions, 129 et s. ; procédure, recours, 599.

- gérant de portefeuille, agrément de la C.O.B., 132.
- délit d'obstacle à la mission des enquêteurs de la C.O.B., 131.
- délit d'initié, 131.

### Casier judiciaire.

- e.v.d. — délivrance du bulletin n°2 ; autorités habilitées à la demande, motifs, 48 et s.
- national, incapacité électorale, problèmes pratiques et juridiques, 42 et s.
- jur. — condamnation exclue du bulletin n°2, effets sur les peines accessoires et complémentaires, effets sur une sanction disciplinaire, 807.

### Changes.

- jur. — constitution irrégulière d'avoirs à l'étranger, nécessité d'une plainte préalable du ministre du Budget, fonctionnaire non habilité, 351 et s.
- importations sans déclaration de moyens de paiement, plainte préalable tardive, nullité (non), 95 et s.
- émission sans provision, intention de porter atteinte aux droits d'autrui, dol général, 577.
- interdiction bancaire d'émettre des —, 794.
- leg. — relations financières avec l'étranger, 604.
- mouvement physique de titres ou valeurs, obligation de déclaration, 376.
- traitement automatisé des chèques volés ou perdus, participation des services de police, Toulouse, 374.

### Chose jugée (autorité).

- leg. — révision, champ d'application et procédure, 135 et s.

### Circonstances aggravantes.

- jur. — de barbarie, 783.
- viol, personne particulièrement vulnérable, 341 et s.

### Circonstances atténuantes.

- jur. — confusion des peines, conséquences, 556.

### Circulation routière.

- jur. — ceinture de sécurité (omission), dis-

pense médicale, verbalisation, outrage à agent de la force publique, 551 et s.

- infractions routières, preuve par tout moyen; délit, témoignage, 332 et s.
- leg.** — agents habilités à constater les infractions, 604, 814.
- véhicules; équipements, 124, 372, 603, 813.
- contrôle des émissions de gaz polluants, 813.
- permis de conduire délivré à l'étranger, reconnaissance, 814.
- permis de conduire, délivrance; conditions, 124; catégories, 813; validité, 814.
- permis de conduire; conversion des brevets de conduite militaire, 813.
- permis de conduire à points, conditions de suspension, 122 et s.
- utilisation non autorisée d'un véhicule, 813.
- contrôle technique, 124; Polynésie, 123.
- état alcoolique, constatation, 123.
- peine complémentaire, travail d'intérêt général, 123.
- permis de conduire, annulation, 123.
- port de la ceinture de sécurité, exceptions, 372 et s.
- bib** — droit de la —; incriminations, modalités particulières de répression, 211.

**Classement sans suite.**

*V. abandon des poursuites.*

**Commissaire aux comptes.**

**doctr.** — relations avec le parquet; obligation de révélation de faits délictueux, champ d'application, 245 et s.

**Commissions-consults.**

*V. autorités administratives indépendantes, voies de recours (révision), délinquance, indemnisation.*

« **Common Law** ».

*V. droit pénal étranger (Etats-Unis, Royaume-Uni).*

**Comparution.**

**jur.** — immédiate, « peine prévue par la loi », 779.

**Compétence.**

**doctr.** — universelle, actes de terrorisme, 14 et s.

- jur.** — demande d'extradition, juridiction compétente lorsque l'étranger est détenu pour une autre cause, 808.
- territoriale, non-représentation d'enfant, 788 et s.
- désignation de juridiction; crimes et délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires, 369 et s.; par un maire, 370.
- recours contre l'avis de la Commission des infractions fiscales, — administrative ou judiciaire, 90.
- contrôle de la légalité d'un acte administratif, juridictions répressives ou administratives; refus d'autorisation de licenciement, 591 et s.
- homicide involontaire d'un écolier, action civile, faute de service, — administrative, 568 et s.
- mineur et coaccusés majeurs, disjonction des procédures, juridiction compétente, 59 et s.

- leg.** — dommages résultant de la recherche biomédicale, 606.
- accident nucléaire, — du T.G.I. de Paris, 819 et s.
- internement psychiatrique, — administrative et judiciaire, 811 et s.
- infractions commises à l'étranger, — des juridictions françaises; aviation civile internationale, 120; transport ou utilisation de matières nucléaires, 141 et s.; actes de violence dans les aéroports, 142.
- infractions commises dans la mer territoriale, fouilles archéologiques, 375.
- int.** — projet de code pénal; sources de la — française, — territoriale, personnelle et réelle, 395 et s.

**Complicité.**

- jur.** — de complicité, 325 et s.
- parricide; — par instructions, 337; — par abstention, 776 et s.

**Conciliation.**

*V. médiation.*

**Concours d'infractions.**

**doctr.** — de qualifications, terrorisme, 23 et s.

**Concurrence.**

- jur.** — Conseil de la —; conditions d'autorisation de visites et de perquisitions, 798 et s.

- int.** — pratiques anticoncurrentielles, Commission des Communautés européennes ; pouvoirs de vérification, 160 et s. ; principe général des droits de la défense, demande de renseignements, 165 et s.

#### Consommation.

- leg.** — jouets, 126 et s.  
— vente et distribution gratuite de « poppers », 607.  
— notion d'additif alimentaire, 127.  
— courtage matrimonial, 815.  
V. *démarchage, prix, concurrence, publicité, fraudes.*

#### Constitutionnalité.

- doctr.** — terrorisme, principe de légalité, 8 et s.  
— Italie, organisation judiciaire, indépendance, 717 et s.  
**inf.** — colloque, 854 et s.  
— Etats-Unis, droits des détenus, jurisprudence de la Cour suprême, 433 et s.  
**bib.** — Canada, procédure pénale, 880 et s.  
— Conseil constitutionnel, jurisprudence, 449 et s.

#### Construction.

- jur.** — mesures à caractère réel, 103 et s.  
— démolition des — irrégulières ; mesures à caractère réel, nature, 103 et s.  
— violation du POS, 105 et s.  
— clôtures, absence d'autorisation administrative, application de la loi nouvelle plus douce, 102 et s.  
— sans permis, infraction exclue de l'amnistie, 584 et s.  
— distinction entre l'affectation et la destination d'un immeuble, 585 et s.  
— sans permis, inefficacité de l'exception d'illégalité, 586 et s.  
— permis tacite ; régularité du retrait, 587 ; exclusion, 588.  
**leg.** — servitude de passage sur le littoral maritime, 816.

#### Contentieux administratif.

V. *compétence.*

#### Contrainte par corps.

- jur.** — durée, trafic de stupéfiants ; application de la loi dans le temps, 92 et s.  
— recouvrement des impôts et des pénalités, 807.

#### Contrefaçon.

- doctr.** — définition de la —, droit de l'informatique, 516 et s.  
**jur.** — « télévision pirate », diffusion de films, 583.  
— marque protégée, reproduction quasi identique, mauvaise foi présumée, 83 et s.

#### Conventions Internationales.

- doctr.** — convention européenne de répression du terrorisme, loi d'application, 14 et s.  
**e.v.d.** — stupéfiants ; — unique, Nations Unies, 539 et s. ; Vienne 1971, 539 et s.  
— torture et traitements inhumains ou dégradants, Nations Unies, 1984 ; prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, Conseil de l'Europe, 1987, 317 et s.  
**leg.** — Protocole n°8 à la CESDH, 610.  
— extradition, France-Canada, 142.  
— protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports, Montréal 1988, 120, 142, 373 et s.  
— convention européenne de dédommagement des victimes d'infractions violentes, champ d'application, 820.  
**inf.** — accords de Schengen, réfugié, droit d'asile, 188.  
**bib.** — CSDH ; limitations aux droits, statut en droit interne, degré d'effectivité, méthodes d'interprétation de la CEDH, 451 et s.  
V. *droits de l'homme, droit communautaire.*

#### Correspondance.

- jur.** — entre avocats, nature, secret professionnel, 77 et s.

#### Coups et blessures.

- involontaires
- jur.** — inobservation d'un règlement, 341.  
— partie civile des proches parents, 72.
- volontaires
- jur.** — mortels, lien de causalité, 338 et s.  
— absence d'excuse de provocation, faute de la victime, action civile, partage de responsabilité, 71.  
— droit de correction paternelle, 785.  
— mise en cause de l'assureur (non), 567.  
— usage d'une arme par destination, 339.

- usage d'une arme ; dommages matériels, acte intentionnel de violence, 339 et s. ; excuse de provocation (non), 786.

**Coutume.**

- e.v.d.** — incidence du temps dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie, 521 et s.

**Crédit.**

- jur.** — détermination du taux effectif global, 578 et s.  
 — bail immobilier, défaut de restitution de l'équipement ; abus de confiance, 792 ; escroquerie, 793.  
 — détermination du taux effectif global, prêts usuraires, 793 et s.
- leg.** — gratuit, 603.  
 — plafond des intérêts, 603.  
 — délit d'usure, 601.  
 — gratuit, 124.  
 — taux effectif global, 814 et s.  
 — taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de —, 124, 373, 814.

**Crimes contre l'humanité.**

- int.** — projet de code pénal, 395 et s.  
**inf.** — colloque, 195.  
**bib.** — incrimination, régime, 440.

**Criminalistique.**

- bib.** — Roumanie, manuel, 896.

**Criminalité.**

- inf.** — organisée, blanchiment d'argent, Suisse, 646 et s.  
**bib.** — internationale, 891 et s.  
 — mouvements de —, pays développés, 886 et s.  
 — coût de la —, 661 et s.  
*V. délinquance.*

**Criminologie.**

- crim.** — enseignement de la — ; état actuel, 168 et s. ; programme Erasmus, 404 et s.  
 — approche criminologique du hooliganisme, 836 et s.
- inf.** — colloques et congrès, 854.
- bib.** — croissance de la criminalité, facteurs, 886 et s.  
 — valeurs morales et crime, 888 et s.  
 — délinquance par imprudence, déviance juvénile, 219 et s.  
*V. délinquance.*

**Cumul.**

- jur.** — des peines, conditions, 555 et s.

**Débats.**

*V. audience.*

**Défaut (jugement par).**

- e.v.d.** — définitif, incapacité électorale, 44.

**Défense.**

- inf.** — Institut des hautes études de la — nationale, 196.

**Défense sociale.**

*V. délinquance.*

**Détails.**

*V. détention provisoire.*

**Délégations de pouvoirs.**

*V. travail.*

**Délinquance.**

- crim.** — prévention de la — et insécurité urbaine, 622 et s.
- pol.** — politique de prévention, développement social urbain, 173.
- dfs.** — prévention de l'insécurité urbaine ; actions des conseils communaux de prévention de la —, exemple de Montpellier, 178 et s.
- inf.** — prévention, rôle des magistrats, 197 et s.  
*V. mineurs.*

**Démarchage.**

- jur.** — à domicile ; cession de fonds de commerce, 581 ; marchandises de nature à faciliter l'exploitation commerciale, 582.
- leg.** — prestations de service, locations, locations-ventes, 600.
- int.** — à domicile, matériel pédagogique, interdiction compatible avec le droit communautaire, 156 et s.

**Démence.**

- leg.** — réforme de l'internement psychiatrique, droits de l'interné, 809 et s.  
*V. psychiatrie.*

**Dénonciation.**

- e.v.d.** — trafic de stupéfiants, 541.
- jur.** — calomnieuse ; poursuite à l'initiative du parquet, classement implicite

de la —, 570 et s. ; caractère du préjudice, 571 et s. ; éléments constitutifs, causes de non responsabilité, 573 et s.

- obligation de —, secret professionnel, 75.

### Dépénalisation.

*V. sanctions extra-pénales.*

### Détention provisoire.

- jur.** — mise en liberté ; annulation d'actes de la chambre d'accusation, prolongation du délai imparti pour statuer, 366.
  - maintien en —, trouble à l'ordre public, motivation, 366 et s.
  - procédure, mandat de dépôt, délai d'exécution de la mise en liberté, 593 et s.
  - mineurs, mise en —, chambre d'accusation, consultation du service de l'éducation surveillée (non), 596.
- leg.** — mise en —, enquête préalable, ordonnance spécialement motivée ; durée ; comparution devant la chambre d'accusation, conditions, 139.
  - mineurs, conditions, durée, prolongation, 134 et s.
- pen.** — durées de détention, 379 et s.
- int.** — Autriche, durée de la —, 829 et s.
- dfs.** — enquêtes sociales « rapides », permanences d'orientation pénale, champ d'application, modalités d'application, 844 et s.
  - jeunes majeurs, 419 et s.
  - mineurs ; placement, prolongation, durée, motivation, 417 et s.
- bib.** — Royaume-Uni, durée de la —, 886.

### Dévlance.

- bib.** — juvénile, 219 et s.

### Douanes.

- doctr.** — infractions douanières, élément constitutif intentionnel, 487 et s.
- jur.** — contrebande, stupéfiants, amende douanière, 92 et s.
  - infractions douanières, élément intentionnel (non), 95 et s. ; fausse déclaration, exception de bonne foi admissible, 352 et s.

### Drogue.

*V. stupéfiants.*

### Droit communautaire.

- e.v.d.** — fraude dirigée contre le budget de la

C.E.E. ; nature, contrôle des Etats membres et de la Commission, 29 et s.

- incidences sur le droit pénal des Etats membres, incriminations, sanctions ; fraude communautaire, 36 et s.
- jur.** — libre circulation des véhicules, contrôle technique, restriction quantitative à l'importation, 355 et s.
- leg.** — régime de conservation et de gestion des ressources de pêche, 606.
- int.** — incidences du — sur le droit pénal des Etats membres ; obligations positives des Etats membres, 155 et s. ; législations commerciales, démarchage à domicile, responsabilité du fabricant, 156 et s.
  - pouvoirs de vérification de la Commission, demande de renseignements, pratiques anticoncurrentielles, 160 et s.
- inf.** — fraude au préjudice des finances communautaires, 423 et s.
- bib.** — Cour de justice des Communautés, 213.
  - droit pénal interne et —, 440.

### Droit pénal des affaires - droit pénal économique.

- doctr.** — droit des faillites, rôle du parquet, 235 et s.
- inf.** — blanchiment d'argent, Suisse, 646 et s.
  - V. concurrence, vente, consommation, douanes, fraude fiscale, abus de biens sociaux, perquisitions, banqueroute.*

### Droit pénal étranger.

- bib.** — avortement et protection du fœtus, droit comparé, 656 et s.
  - peines de substitution à la détention, législations et pratiques européennes, 216 et s.
    - Australie
- bib.** — jury, 457 et s.
  - Autriche
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- int.** — durée de la détention provisoire, 830 et s.
  - Belgique
- doctr.** — réception de la CESDH en droit interne, 678 et s.
  - notion de tribunal indépendant et

- impartial, 677 et s.
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **Canada**
- bib.** — droits de l'individu et police, 662 et s.  
— organisation judiciaire, procédure pénale, contrôle de constitutionnalité, 880 et s.  
— présomption d'innocence, 213 et s.  
— commission de réforme du droit, organisation judiciaire, 460 et s.
- **Danemark**
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s. ; blanchiment des profits, 542.
- **Espagne**
- e.v.d.** — stupéfiants, législation, 538 et s.
- **Etats-Unis**
- inf.** — détenus ; droit à recevoir certaines publications périodiques, 433 et s. ; droit à des visites, 434 et s.
- **bib.** — avortement, jurisprudence de la Cour suprême, 656 et s.  
— peine de mort, 659.  
— organisation judiciaire, procédure pénale, 879 et s.  
— contempt of court, champ d'application, 212.  
— témoignage des enfants, comportement et perception, 456 et s.
- **Finlande**
- e.v.d.** — stupéfiants, législation, 538 et s.
- **Gabon**
- bib.** — politique pénale, 454 et s.
- **Grèce**
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **inf.** — substituts aux peines d'emprisonnement, peines pécuniaires, 436 et s.  
— réforme de l'exécution des peines, 860 et s.
- **Irlande**
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **bib.** — du Nord, forces de police, 458.
- **Italie**
- doctr.** — notion de tribunal indépendant et impartial ; organisation judiciaire, sanctions administratives et disciplinaires, tribunaux spéciaux, 707 et s.  
— réforme de la procédure pénale, 720 et s.
- **e.v.d.** — stupéfiants, législation, 538 et s.
  - **bib.** — substituts à l'emprisonnement, 216 et s.
- **Luxembourg**
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **Malte**
- e.v.d.** — stupéfiants, législation, 538 et s.
- **Norvège**
- e.v.d.** — stupéfiants, législation, 538 et s. ; blanchiment des profits, 542.
- **int.** — interment de sûreté, 831 et s.
- **Pays-Bas**
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **int.** — audition de témoins, 151 et s. ; 390 et s.
- **Pologne**
- bib.** — non exécution de l'obligation alimentaire légale, 876 et s.
- **Portugal**
- doctr.** — tribunal indépendant et impartial, 733 et s.
- **e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **République fédérale d'Allemagne**
- doctr.** — tribunal indépendant et impartial, 742 et s.
- **e.v.d.** — stupéfiants, législation, 539 et s.
- **Roumanie**
- bib.** — procédure pénale, dictionnaire, 884 et s.  
— médecine légale, 468.
- **Royaume-Uni**
- e.v.d.** — avocats, treasury counsel, treasury solicitor, 548 et s.  
— usage et trafic de stupéfiants, 538 et s. ; blanchiment des profits, 542.
- **bib.** — police, structures, 657 et s.  
— « Crown Prosecution Service », Angleterre, Pays de Galles, 882 et s.  
— libertés publiques, guide pratique, 895 et s.  
— recueil de jurisprudence, « Draft Criminal Code Bill », 875.  
— théorie du droit, 873.  
— contempt of court, 212.  
— droit des preuves, 212, 456.  
— juges, statut, recrutement, 459 et s.  
— jury, 457 et s.
- **Suède**
- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.
- **Suisse**
- doctr.** — notion de tribunal indépendant et impartial ; justice militaire, mineurs, incompatibilités, 753 et s.

- e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.  
**inf.** — blanchiment d'argent, éléments constitutifs, personnes punissables, sanctions, 646 et s.  
 • **Turquie**  
**e.v.d.** — usage et trafic de stupéfiants, 538 et s.  
 • **U.R.S.S.**  
**inf.** — droits de la défense, procès équitable ; projet de réforme, 199 et s.

### Droits de l'homme.

- doctr.** — Belgique, réception de la CESDH en droit interne, 678 et s.  
**leg.** — procédure devant la Commission européenne des droits de l'homme, Protocole n°8 à la CESDH, 610.  
**bib.** — Cour européenne des droits de l'homme, méthodes d'interprétation, 652.  
 — U.R.S.S., 663 et s.  
 — droit international des —, analyse des droits garantis, limitations, contrôle, 893 et s.  
 — CSDH ; limitations aux droits, statut en droit interne, degré d'effectivité, méthodes d'interprétation de la CEDH, 451 et s.  
 • **non discrimination**  
**jur.** — interdiction du territoire, compatibilité avec la CESDH, 334.

- **présomption d'innocence**  
**bib.** — Canada, 213 et s.  
**inf.** — droits de l'accusé, 200.

- **procès équitable**  
**doctr.** — tribunal indépendant et impartial ; Belgique, 677 et s. ; France, 692 et s. ; Italie, 707 et s. ; Portugal, 733 et s. ; R.F.A., 742 et s. ; Suisse, 753 et s. ; jurisprudence européenne, 765 et s.  
**inf.** — URSS, droit à un tribunal impartial et indépendant ; projet de réforme, 201 et s.  
**int.** — délai raisonnable, Autriche, 829 et s.  
*V. écoutes téléphoniques, droits de la défense, détention, garde à vue, domicile, torture, bio-éthique, psychiatrie, incompatibilité.*

### Droits de la défense.

- jur.** — envoi du procès-verbal de constatation des infractions à la durée du travail, 107 et s.  
 — présence d'un interprète lors de l'information, langue utilisée, 804 et s.

- int.** — principe du contradictoire, droit de faire interroger les témoins à charge, 832 et s.  
 — audition de témoins, anonymat, 149 et s, 388 et s.  
 — droit communautaire, principe général des — ; demande de renseignements de la Commission des Communautés européennes, 165 et s.  
**inf.** — URSS, 199 et s.

### Écoutes téléphoniques.

- int.** — jurisprudence nationale et européenne, critère de la qualité de la loi, 615 et s.

### Egalité.

*V. travail, droits de l'homme.*

### Elections.

- e.v.d.** — radiation des listes électorales, peine accessoire ou complémentaire, casier judiciaire national, 42 et s.  
**leg.** — infractions liées au financement des campagnes électorales, amnistie, 598.

### Enquête.

*V. arrestation, flagrant délit, police, perquisitions, ministère public.*

### Environnement.

- jur.** — site classé, fouille archéologique « sauvage », utilisation d'un détecteur de métaux, 104 et s.  
 — pollution de rivière, rejet d'effluents, autorisation administrative, 800 et s.  
**leg.** — déchets générateurs de nuisances ; importation, exportation et transit, 607.  
 — homologation de véhicules, 603 et s.  
 — installations nucléaires, 604.  
 — pollution maritime par hydrocarbures, 815 et s.  
 — domaine public maritime, réglementation des fouilles archéologiques, constatation des infractions, 374 et s.  
 — utilisation de détecteur de métaux, autorisation administrative, 375 et s.  
**bib.** — pollution, 440.  
*V. pêche, forêts.*

### Erreur.

- jur.** — de fait sur la personne, appréhension de l'auteur d'un délit flagrant, 328 et s.

**leg.** — judiciaire, révision, 135 et s.

**Escroquerie.**

- jur.** — association humanitaire, 575 et s.  
 — crédit-bail, non-restitution du matériel loué, 793.  
 — emploi d'un prête-nom, fausse qualité de salarié, 81.  
 — fabrication et altération de fausses vignettes de sécurité sociale, manoeuvres frauduleuses, 347 et s.  
 — fausse déclaration envoyée à une compagnie d'assurances, 347.  
 — manoeuvres frauduleuses ; fausse entreprise, 80 et s., 349 ; pouvoir imaginaire, 576.  
 — usage de fausse qualité, assurances, 792.

**Etablissements pénitentiaires.**

- leg.** — centres de détention, 134, 377, 607 et s., 818.  
 — maison d'arrêt, 818.  
**pen.** — prévention du SIDA en prison, recommandations du Conseil de l'Europe, 821 et s.  
 — prise en charge des détenus malades du SIDA, libération anticipée, 827 et s.  
 — modernisation, 143 et s.  
**inf.** — privatisation, 645.  
**bib.** — Royaume-Uni, quartiers de haute sécurité, 885 et s.

**Etranger.**

- jur.** — libre circulation ; conformité de l'interdiction du territoire avec le protocole n°4 de la CESDH, 334.  
**leg.** — fichier OFPRA, empreintes digitales, 124, 609.  
 — reconduite à la frontière, recours, conditions d'exécution, 603.  
 — entrée et séjour en France, reconduite à la frontière, expulsion, maintien dans un local administratif, 128 et s.  
**pol.** — accords de Schengen, transmission des informations, protection des personnes fichées, 175.  
**inf.** — réfugié, statut ; droit d'asile, accords de Schengen, 187 et s.  
**bib.** — droit de l'immigration, Royaume-Uni, 215 et s.  
*V. extradition, interdiction (du territoire).*

**Evasion.**

- jur.** — non-cumul des peines, application, 61 et s.

**Exception.**

- jur.** — d'illégalité d'un acte administratif ; individuel, décision de refus de licenciement, 591 et s.

**Exécution des peines.**

- doctr.** — cumul de la fonction de J.A.P. et de la fonction de jugement, 705 et s.  
**inf.** — Grèce, réforme, 860 et s.  
*V. sursis, libération conditionnelle, relèvement, traitement pénitentiaire.*

**Exercice illégal.**

- jur.** — de la pharmacie, notion de médicament, parapharmacie, 563 et s.

**Expertise.**

- inf.** — empreintes génétiques ; mode de désignation, conditions, 430 et s.

**Expulsion.**

- leg.** — urgence absolue, 129.

**Extradition.**

- jur.** — demande en nullité de —, audience publique et présence de l'extradé devant la chambre d'accusation (non), 807 et s.  
 — étranger détenu pour une autre cause, juridiction compétente, 808.

**Faillite.**

- doctr.** — rôle des parquets, 235 et s. ; droit de communication, champ d'application, limites, 239 et s. ; pouvoirs d'action et de contrôle, 249 et s.

**Faits justificatifs.**

- jur.** — consentement de la victime ; travail, repos dominical, 590 et s.  
 — légitime défense ; acquittement, conséquences sur la responsabilité civile, 783 et s.  
 — commandement de l'autorité légitime, ordre de la loi ; appréhension de l'auteur d'un délit flagrant, erreur de fait, 328 et s.  
 — légitime défense, renvoi en cour d'assises, 785 et s.  
**leg.** — mineurs, délaissement, 125.

**Faute.**

*V. responsabilité, indemnisation.*

**Fichiers.**

- leg.** — en matière d'impôts, 609.

- OFPRA, empreintes digitales, 124, 609.
- origines, opinions politiques, philosophiques, 609.
- automatisé des personnes incarcérées, droit d'accès, 376 et s.

**Flagrant délit.**

- jur.** — arrestation spontanée, conditions, 328 et s.

**Forêts.**

- leg.** — défrichement, coupe d'arbres et modification de la destination des terrains sans autorisation, 605.
- plantations et semis d'essences forestières, 815.

**Fraudes.**

- e.v.d.** — dirigée contre le budget de la C.E.E., partage des compétences entre les Etats membres et la Commission, 29 et s.
- leg.** — préemballages, matières fertilisantes, 604.
- substances de synthèse ; préparations enzymatiques ; viandes fraîches ; objets d'ameublement, 372.
- inf.** — fraude au préjudice des finances communautaires, 423 et s.

**Fraudes fiscales.**

- jur** — procédure, avis de vérification ; délai de remise au contribuable, désignation du destinataire, preuve de la remise, 86 et s.
- plainte préalable aux poursuites, avis de la commission des infractions fiscales, nullité, juridiction compétente, 89 et s.

**Grâce.**

- pen.** — médicale, SIDA, 827.

**Histoire du droit pénal.**

- e.v.d.** — peine des galères, caractères, effets ; bagnes ; philosophie des Lumières, 284 et s.
- travail dans les prisons, 297 et s.
  - Royaume-Uni, avocats, treasury counsel, 548 et s.
- pol.** — police judiciaire, exercice général de la police, 410 et s.
- bib.** — codes de pénaux de 1791 et 1810, 447 et s.
- justice pénale révolutionnaire, 445 et s.
  - peine de mort, 466 et s.

**Homicide.**

- involontaire
- jur.** — responsabilité médicale, chirurgien, 786.
- école, rencontre sportive, faute de service, 568 et s.
  - accident du travail, responsabilité de l'employeur, 340 et s.
  - responsabilité médicale, faute, causalité, 569.
  - asphyxie, installation défectueuse, 787.
  - responsabilité médicale, absence de faute, 71 et s.
- volontaire
- jur.** — questions posées à la cour d'assises ; barbarie, 783.
- parricide, complicité par instructions, 337.
  - questions à la cour d'assises, mineur, 566.
  - intention de provoquer la mort ; preuve, présomptions de fait, 337 et s.

**Impôts.**

- leg.** — création de fichiers informatisés, 609.  
*V. fraude fiscale, contrainte par corps.*

**Incompatibilité.**

*V. magistrats.*

**Inculpation-inculpé.**

*V. instruction préparatoire, détention provisoire.*

**Indemnisation.**

- jur.** — appréciation du préjudice ; victime par ricochet, 341.
- leg.** — victimes d'actes de terrorisme, 377, 609.
- victimes d'erreur judiciaire, révision, Commission d'—, 136.
  - victimes d'infractions violentes, convention européenne, 820.  
*V. action civile.*

**Informatique.**

- doctr.** — adaptation du droit pénal ; logiciel, appropriation frauduleuse, imitation ; « escroquerie informatique », 270 et s.
- traitements informatisés ; finalité, contrôle, CNIL, 277 et s.
  - fraude, incriminations et sanctions, 278 et s.
  - vol du contenu informationnel de

disquettes, 507 et s.

e.v.d. — casier judiciaire national, 42.

jur. — vol de disquettes, reproduction illégitime, 346 et s.

leg. — demandeur du statut de réfugié, empreintes digitales, fichier, 12.  
— traitement — du permis à points, protection des informations, 122.

pol. — OFPRA, empreintes digitales, 609.  
— étrangers, accords de Schengen, protection des personnes fichées, 175.

inf. — criminalité —, protection des données, accès aux fichiers publics, 640 et s.

### Injure.

V. *outrage*.

### Innocence.

V. *droits de l'homme*.

### Insolvabilité.

jur. — organisation d'—, 787 et s.

bib. — abandon pécuniaire de famille, Pologne, 876 et s.

### Instruction préparatoire.

jur. — transport sur les lieux du juge d'instruction, avis préalable au conseil de l'inculpé, 804.

— recherche des causes de la mort, désignation du juge d'instruction, 112 et s.

leg. — avis de clôture prochaine du dossier, 140.

— désignation du juge d'instruction, tableau de roulement, 140.

V. *détention provisoire, magistrat, voies de recours (révision)*.

### Interdiction.

• du territoire

jur. — définitive, infraction à la législation sur les stupéfiants par un étranger, 333 et s.

— définitive, trafic de stupéfiants, exclusion du relèvement, application de la loi dans le temps, 62 et s., 66 et s., 335 et s.

• professionnelle

V. *peines accessoires et complémentaires*.

### Jeux.

jur. — loterie, participation aux frais d'envoi, caractère onéreux de l'opération (non), 577.

### Juridictions.

doctr. — Nouvelle Calédonie, décentralisation judiciaire, création d'une — coutumière, 536.

• Cour de cassation

jur. — désignation de juridiction, arrêt en chambre du conseil, 114 et s.

— requête en suspicision légitime, huis clos, 113 et s.

leg. — cour de révision saisie par une commission d'instruction, 136.

• cour d'assises

jur. — manifestation d'opinion du président de —, 368 et s.

— mesures d'instruction, pouvoir discrétionnaire du président de la —, pouvoir concurrents de la —, 368.

— prestation de serment, condamné à une peine criminelle, conditions, 112.

• chambre d'accusation

jur. — composition, incompatibilités, 593.  
V. *détention provisoire, extradition*.

• juridictions des mineurs

jur. — coaccusés majeurs, compétence, 59 et s.

— question, formulation, homicide volontaire, 566.

— cour d'assises, questions, 596 et s.

• tribunaux de commerce

— rôle des parquets en matière de faillite, 249 et s.

V. *audience, compétence, instruction préparatoire, voies de recours (révision)*.

### Jury.

jur. — secret des délibérations, violation, 344 et s.

leg. — listes des jurés suppléants, 819.

bib. — mode de désignation, conséquences, 659 et s.

— Australie, Royaume-Uni, 457 et s.

### Légallité.

doctr. — des délits et des peines, Conseil constitutionnel, 8.

jur. — contrôle par le juge pénal de la légalité d'un acte administratif ; acte individuel, 591 et s.

int. — qualité de la loi ; principes, écoutes téléphoniques, 617 et s.

### Légitime défense.

V. *faits justificatifs*.

**Libertés publiques.**

- bib.** — Royaume-Uni, guide pratique, 895 et s.  
 — liberté individuelle, instruction préparatoire, 222 et s.  
*V. droits de l'homme.*

**Logique juridique.**

- bib.** — floue, Cour européenne des droits de l'homme, 452.

**Loi pénale.**

- doctr.** — nouvelles technologies ; droit de l'informatique ; politique législative, 277 et s.
- int.** — Cour européenne des droits de l'homme, notion de —, acception matérielle, 617.
- **abrogation**
- jur.** — banqueroute, effet sur le délit de recel, 576 et s.
- **interprétation**
- doctr.** — notion de faits délictueux, — stricte, 246.
- jur.** — amnistie, — stricte, 557 et s.
- bib.** — méthodes d'—, 651 et s.
- **réforme**
- int.** — projet de — du code pénal, dispositions de droit pénal international, 395 et s.
- **législations techniques**
- doctr.** — informatique ; traitement automatisé des données à caractère personnel, 277 ; fraude, incriminations et sanctions, 278 et s.

**Magistrats.**

- doctr.** — notion de tribunal indépendant et impartial, incompatibilités ; Belgique, 683 et s. ; France, 695 et s. ; Portugal, 738 et s. ; R.F.A., 743 et s. ; Suisse, 758 et s. ; jurisprudence européenne, 772 et s.
- contrôle disciplinaire du —, avancement, R.F.A., 750 et s.
- jur.** — incompatibilité, requête en confusion de peines, actes d'instruction accompli par un magistrat membre de la chambre d'accusation, 593.
- inf.** — rôle du — dans la prévention de la délinquance, 197 et s.
- bib.** — Royaume-Uni, recrutement, statut, 459 et s.

**Marques.**

- jur.** — usage sans autorisation du titulaire, 579.  
 — protégée, contrefaçon, pastiche, 83 et s.  
 — usage sans autorisation du titulaire ; intention délictuelle, 795.

**Médecine.**

- bib.** — responsabilité médicale, gynécologie, procréation, 665 et s.  
*V. bio-éthique, psychiatrie, santé publique, responsabilité.*

**Médiation.**

- dfs.** — règlement des infractions, développement de procédures amiables de conciliation, Valence, 633 et s.
- inf.** — renouveau de la —, causes, séminaire, 425 et s.
- bib.** — participation des associations à la —, 453.

**Mineurs.**

- doctr.** — âge, conséquences, 523 et s. ; système coutumier de Nouvelle Calédonie, 524 et s.
- jur.** — et coaccusés majeurs, disjonction des procédures, juridiction compétente, 59 et s.  
 — non représentation d'enfant, 343 et s.
- leg.** — Direction de la protection judiciaire de la jeunesse, fonctions, 608.  
 — crime commis par un ascendant, réouverture du délai de prescription à la majorité, 125.  
 — détention provisoire, conditions, durée et prolongation, 134 et s.  
 — établissements ou services accueillant des —, conditions de création et de transformation, 375.  
 — exercice des droits de la partie civile, désignation d'un administrateur ad hoc, 125.  
 — mauvais traitements à —, prévention, 125, 134.
- dfs.** — détention provisoire, 417 et s.
- bib.** — statistiques longitudinales, 223 et s.

**Ministère public.**

- doctr.** — Italie, redéfinition du rôle du —, 722 et s.
- leg.** — tribunal de police, commissaire de police, désignation, 140.  
*V. abandon des poursuites, action publique, magistrats, faillite.*

**Non représentation d'enfant.**

- jur. — lieu de remise de l'enfant, compétence territoriale, 788 et s.
- élément moral, 789 et s.
- résistance de l'enfant concerné au droit de visite, 343 et s., 790 et s.

**Non rétroactivité.**

- doctr. — principe de — ; Nouvelle Calédonie, « temporalisation » de l'infraction, 527 et s.
- jur. — application de la loi nouvelle plus douce ; clôtures, absence de déclaration préalable, 102 et s., 95 et s.
- suppression d'une voie de recours, qualification de la loi nouvelle, 67 et s.

**Nullités.**

- doctr. — appel voie de — ; analyse des —, pouvoirs de la cour d'appel, 260 et s.
- droit des faillites ; défaut de communication au parquet, présomption de régularité, 244 et s.

**Opportunité des poursuites.**

*V. abandon des poursuites.*

**Outrage.**

- jur. — à agent de la force publique ; ceinture de sécurité (omission), dispense médicale, verbalisation, matérialité de l'—, 561 et s

**Pêche.**

- jur. — maritime ; incidence du droit communautaire sur le droit français, 357 et s.
- fluviale ; codification, 359 et s.
- leg. — maritime, transaction, 141 ; conservation et gestion des ressources de pêche, réglementation communautaire, 606 ; détermination de la taille de capture des poissons, 602.

**Peine.**

- doctr. — Nouvelle Calédonie, système coutumier, principe d'intemporalité et d'impersonnalité ; essais de codification, 531 et s.
- jur. — confusion des —, évasion, application, 61 et s.
- inf. — de mort, Grèce, 864.
- bib. — de mort, Etats-Unis, 659.
- de mort ; histoire, 466 et s.
- V. circonstances aggravantes, amende, travail d'intérêt général, substitués,*

*prescription, cumul.*

**Peines accessoires.**

- e.v.d. — incapacité électorale, casier judiciaire national, problèmes juridiques et pratiques, 42 et s.

**Peines complémentaires.**

- e.v.d. — T.I.G., infractions routières, 315.
- incapacité électorale, faillite personnelle, 42 et s.
- jur. — publication du jugement, 793.
- V. interdiction, travail d'intérêt général.*

**Perquisitions.**

- jur. — droit de la concurrence, conditions d'autorisation par le Conseil de la concurrence, 798 et s.
- leg. — en matière fiscale et douanière ; ordonnance du juge, motivation, notification, 377 et s.
- COB, autorisation du président du tribunal, contrôle du bien fondé de la demande, conditions, 130 et s.

**Police.**

- leg. — OPJ, aérodromes, fouilles, 121.
- pol. — action de la — en matière de stupéfiants et de racisme, 631 et s.
- inspection générale de la police nationale, organisation, attributions et missions, 841 et s.
- judiciaire, exercice général de la —, histoire, 410 et s.
- légitimité vécue de la —, évolution de la — scientifique, 413 et s.
- mission préventive, Institut des hautes études sur la sécurité préventive, sous-direction chargée de l'action préventive et de la protection sociale, 173 et s.
- inf. — scientifique, empreintes génétiques, 428 et s.
- Institut des hautes études de la sécurité intérieure ; missions, composition, 196 et s.
- privatisation, 645.
- bib. — et les droits de l'individu, France, Canada, 662 et s.
- Royaume-Uni, structures, modernisation, 656 et s.
- Irlande du Nord, forces de — anti-terroristes, 458.

**Politique criminelle.**

- inf. — prévention de la délinquance, rôle des magistrats, 197 et s.

**Postes et télécommunications.**

**leg.** — usage de documents imitant ceux de l'administration des P.T.T., 373.

**Pourvoi en cassation.**

*V. votes de recours.*

**Prescription.**

**doctr.** — principe ; Nouvelle Calédonie, système coutumier, 534 et s.

**jur.** — presse ; action civile, délai, effets d'une loi d'amnistie, 556 et s.

**leg.** — mineurs, crime commis par un ascendant, réouverture du délai de — à la majorité, 125.

**Presse.**

*V. prescription, amnistie (jur.).*

**Preuve.**

**jur.** — communication audiovisuelle, constatation des infractions par agents assermentés, — par tout moyen, 583.

— infractions routières ; délit, — par témoignage, 332 et s.

**int.** — recherche de la — d'une infraction et respect de la vie privée, écoutes téléphoniques, violation du secret de la correspondance, exigences du droit européen, 615 et s.

**inf.** — liberté de la —, empreintes génétiques, 429 et s.

**bib.** — droit des —, Royaume-Uni, 212, 456 et s.

*V. témoins, témoignage, expertise.*

**Prévention.**

*V. délinquance.*

**Prix.**

**leg.** — livres, 604.

— publicité, — des carburants, affichage et indications obligatoires, 815.

**Procédure pénale.**

**bib.** — Canada, 880 et s.

— Etats-Unis, 879 et s.

— France; 659 et s., 879 ; traité, 461 et s.

— Roumanie, 884.

— Royaume-Uni, 882 et s.

— Italie, 466.

*V. compétence, nullité, ajournement, audience, détention, action publique, droits de la défense, enquête,...*

**Procès-verbal.**

*V. travail.*

**Proxénétiisme.**

**jur.** — infraction d'habitude (non), 73.

**Psychiatrie.**

**leg.** — réforme de l'internement psychiatrique ; droits des internés, contrôle des établissements psychiatriques, modes d'hospitalisation, 809 et s.

**Publicité.**

**jur.** — fausse ou de nature à induire en erreur, prix en partie indéterminé, 582 et s.

— comparative, 354 et s.

— mensongère, 355 et s.

**leg.** — interdictions ; entreprises commerciales et artisanales, 599.

*V. audience, prix.*

**Recel.**

**jur.** — abrogation du fait principal, rétroactivité *in mitius*, délit de — non constitué, 576 et s.

**Récidive.**

**jur.** — correctionnelle, calcul de la peine, 777 et s.

**Réfugié.**

*V. étranger.*

**Relèvement.**

**jur.** — interdiction définitive du territoire, trafic de stupéfiants par un étranger, exclusion du —, 63 et s., 66 et s., 335 et s.

— inapplicable aux sanctions disciplinaires, 559 et s.

**Responsabilité.**

**jur.** — des personnes morales, projet de code pénal, 592.

**bib.** — médicale, gynécologie-obstétrique, 665 et s.

• civile

**jur.** — indemnisation de la victime après acquittement, conditions, légitime défense, 783 et s.

— médicale, compétence administrative ou judiciaire, 340.

— coups et blessures volontaires, faute de la victime, partage de la —, 71.

**leg.** — énergie nucléaire, — de l'exploitant et du transporteur de substances nucléaires, 817.

— énergie nucléaire, compétence, 819 et s.

- pénale
- jur. — accident en rallye, faute du garagiste préparateur du véhicule, 569 et s.
- du directeur de clinique, défaillance dans l'organisation de la clinique (non), 786 et s.
- médicale, faute personnelle détachable des fonctions, homicide involontaire, 569.
- médicale, lien de causalité entre la faute et le dommage, 786.

#### Révision.

V. *voies de recours*.

#### Sanctions extra-pénales.

- administratives
- doctr. — notion autonome de « matière pénale », 712 et s.
- tribunal indépendant et impartial, 728 et s.
- leg. — Commission des opérations de bourse, procédure, 599.
- sanctions pécuniaires, commission de contrôle des assurances, 601.
- inf. — développement des —, 856 et s.
- disciplinaires
- doctr. — notion de tribunal indépendant et impartial, Italie, 725 et s.
- leg. — assurances sociales, commission de contrôle des institutions de retraite, 600.
- Conseil du marché à terme, conditions, 132.
- organismes de placement collectif en valeurs mobilières, conseil de discipline, recours, 132 et s.
- jur. — interdiction professionnelle, 807, exclues du relèvement, 559 et s.
- leg. — fédérations sportives, contrôle antidopage, refus, 138.

#### Santé publique.

- leg. — introduction en France de maladies transmissibles, 373.
- pen. — prévention du SIDA en prison, programme de l'OMS, recommandations du Conseil de l'Europe, 821 et s.
- bib. — droit de la pharmacie, 876.

#### Secret.

- e.v.d. — informations recueillies par le comité européen de prévention de la torture, 324.
- jur. — des délibérations, violation, 344 et s.
- professionnel ; violation, éléments constitutifs, 73 et s. ; obligation de

dénonciation, 74 et s. ; personnes pouvant s'en prévaloir, 76 ; correspondance entre avocats 77 et s.

- leg. — assurances sociales, commission de contrôle des institutions de retraite, 600.
- professionnel, commission de contrôle des assurances, 601.
- médical, carnet de grossesse, examen médical prénatal, 375.
- bib. — professionnel, hôpital, 876.

#### Sécurité sociale.

- jur. — escroquerie, paiements indus, fausses vignettes, 347 et s.

#### Serment.

V. *témoins*.

#### Sociétés.

V. *abus de biens sociaux, faillite, banqueroute*.

#### Sports.

- leg. — organisation de manifestations sportives, défaut d'agrément fédéral, 815.
- dopage ; contrôle, procédure, 137 et s. ; majoration des sanctions, 118 et s.

#### Statistiques.

- doctr. — fraudes dirigées contre le budget de la C.E.E., 29 et s.
- e.v.d. — délivrance du bulletin n°2, 48 et s.
- pen. — population pénale, durées de détention, 379 et s.
- inf. — substituts aux peines d'emprisonnement, Grèce, 436 et s.

#### Stupéfiants.

- e.v.d. — usage et trafic de —, incriminations, sanctions, pays membres du groupe Pompidou, 538 et s.
- classification, 542 et s.
- jur. — infraction commise par un étranger, interdiction du territoire, 63 et s, 66 et s, 335 et s.
- leg. — blanchiment d'argent, 118.
- inf. — blanchiment d'argent ; incrimination, peines, Suisse, 646 et s.
- bib. — droit de la drogue ; notion de - ; classification, incriminations, 209 et s.

#### Substituts à l'emprisonnement.

- inf. — Grèce, peines pécuniaires, 436 et s.

**bib.** — législations et pratiques européennes, modélisation, 216 et s.  
V. *travail d'intérêt général*.

### Sursis.

**e.v.d.** — assorti d'un T.I.G., avec mise à l'épreuve, distinctions, révocation, 310 et s.  
**leg.** — avec mise à l'épreuve, durée, 134.  
**pen.** — révocation ; — simple, — probatoire, — assorti d'un T.I.G., procédures, 611 et s.

### Syndicats.

**leg.** — action civile, licenciement économique, 138.  
V. *travail*.

### Tapage.

**jur.** — nocturne, activités agricoles, 791.

### Témoignage.

**jur.** — délits routiers, preuve par —, 332 et s.  
**bib.** — des enfants, perception par le jury, Etats-Unis, 456 et s.

### Témoin.

**jur.** — condamné à une peine criminelle, cour d'assises, prestation de serment, conditions, 112.  
**leg.** — sanction contre un —, délai pour former appel, 140.  
**int.** — anonymes ; Pays-Bas, 149 et s., 388 et s. ; Autriche, 833.

### Tentative.

**jur.** — actes caractérisant le commencement d'exécution, escroquerie à l'assurance, 348 et s.

### Terrorisme.

**doctr.** — qualification pénale des actes de — ; critères, concours de qualifications, 1 et s.  
**leg.** — victimes d'actes de —, indemnisation, 609 ; fonds de garantie, 377.

### Torture.

**e.v.d.** — conventions des Nations Unies et du Conseil de l'Europe ; définition de la — ; Comité des Nations Unies, Comité de prévention, pouvoirs, visites, 317 et s.

### Traitement pénitentiaire.

**e.v.d.** — travail pénitentiaire, histoire, 297 et s.  
**leg.** — travail en prison, 607.

— pécule de libération, 376 et s.  
**pen.** — modernisation de l'institution pénitentiaire, 143 et s.  
**inf.** — Grèce, règles minimas pour le — des détenus, 860 et s.  
— grève de la faim, 858 et s.  
— Etats-Unis, détenus ; droit à recevoir certaines publications périodiques, contrôle du directeur de la prison, 433 et s. ; droit à des visites, 434 et s.  
**bib.** — psychothérapie en milieu carcéral, 221.  
V. *établissements pénitentiaires*.

### Transaction.

V. *abandon des poursuites*.

### Transports.

**leg.** — en commun, agents habilités à constater les infractions, 124.  
— aviation civile, sanctions à l'encontre des exploitants, personnel naviguant, sécurité des aérodromes, 119 et s.

### Travail d'intérêt général.

**doctr.** — Nouvelle Calédonie, système coutumier, « peine de travail d'utilité publique », 532.  
**e.v.d.** — conditions, non-exécution, prescription, 314 et s.  
— sursis assorti d'un —, nature, 310 et s.  
**leg.** — circulation routière, peine complémentaire, 123.  
— substitut à l'emprisonnement, conditions du prononcé et de l'application, 134.  
V. *peines complémentaires*.

### Travail.

**e.v.d.** — insertion professionnelle, délivrance du bulletin n° 2, 48 et s.  
— pénitentiaire, histoire, 297 et s.  
**jur.** — durée du travail ; paiement majoré d'heures supplémentaires, 589 et s. ; envoi du procès-verbal au contrevenant, sauvegarde des droits de la défense, 107 et s.  
— repos hebdomadaire ; consentement de l'employé, 590 et s. ; application à tout le personnel, 364 et s.  
— représentants du personnel, entrave à l'exercice de leurs fonctionnements ; réunion mensuelle, 362 ; mise à pied, 591.  
— comité d'entreprise ; budgets, subvention de fonctionnement, 361.

- hygiène et sécurité ; cumul des délégations de pouvoirs, responsabilité du chef d'entreprise, 109 et s. ; accidents, responsabilité du chef d'entreprise, 340 et s.
  - notion de rapport de — salarié, dépendance économique ; hygiène et sécurité, 362 et s.
  - obligation annuelle de négociation dans l'entreprise, 363 et s.
  - pourboires, versement au personnel en contact avec la clientèle, détournement de leur affectation, 108 et s.
- leg.** — clandestin ; recherche et constatation des infractions, 126, 608.
- en prison, 607.
  - constatation des infractions, contrôleurs du —, 125.
  - égalité professionnelle entre hommes et femmes, 125.
  - emploi de travailleurs étrangers, 125 et s.
  - licenciement économique, action civile des syndicats, 138.

**Urbanisme.**

*V. construction.*

**Usure.**

*V. crédit.*

**Usurpation.**

- jur.** — du titre d'avocat, serveur minitel, 83.

**Vente.**

- jur.** — champ d'application de l'amnistie, 558 et s. ; 779 et s.
- à perte, délégation d'autorité, exonération (non), 798 et s.
- leg.** — à la sauvette, chemins de fer, constatation des infractions, confiscation, 602.
- à la sauvette, saisie et destructions de marchandises, chemins de fer, 610.

- en solde, conditions, 127 et s.

**Victimes.**

- doctr.** — système coutumier de Nouvelle Calédonie, vulnérabilité particulière de la —, 526 et s.
- V. indemnisation, associations, action civile.*

**Vie privée.**

*V. écoutes téléphoniques.*

**Viol.**

- jur.** — huis clos ; qualité de partie civile, 341, 367 et s. ; renonciation expresse (non), 570.
- circonstances aggravantes, personne particulièrement vulnérable, 341 et s.

**Voies de recours.**

- doctr.** — ouvertes au parquet, faillite, 256 et s.
- **appel**
- doctr.** — voie de nullité ; nullités, pouvoirs de la cour d'appel, 260 et s.
- leg.** — sanctions contre un témoin, délai, 140.
- **pourvoi en cassation**
- jur.** — déclaration de —, mandataire ; avoué, fondé de pouvoir spécial, 595 et s.
- **révision**
- leg.** — réforme, cas d'ouverture, procédure, commission d'instruction, cour de —, effets, indemnisation, 135 et s.
- V. relèvement.*

**Vol.**

- doctr.** — biens incorporels, données comptables et commerciales, 346, 507 et s.
- jur.** — biens incorporels ; informatique, — du contenu informationnel de disquettes, notion de soustraction, 346 et s, 507 et s.
- jur.** — notion de soustraction frauduleuse, 80.

## PRINCIPAUX COLLABORATEURS FRANÇAIS



**Cl. ARRIGHI**, Conseiller à la Cour d'appel de Poitiers. – **J.-M. AUSSEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier I. – **J. BEAUME**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. – **J.-C. BONICHOT**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes. – **J. BORRICAND**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie. – **F. BOULAN**, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique. – **B. BOULOC**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **Antoine J. BULLIER**, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **P. CANNAT**, Premier Président honoraire de la Cour d'appel de Monaco. – **R. CENAC**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation. – **A. CHAVANNE**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon), Directeur honoraire de la Faculté de droit de Beyrouth, Président de l'Association française de droit pénal. – **M. COLIN**, Professeur agrégé à la Faculté de médecine de Lyon, Président de l'Association française de criminologie. – **J. COSSON**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. DECOCQ**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin (Lyon). – **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, Professeur à la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de l'Université de Bordeaux I. – **P. DELTEIL**, Médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de Paris, Expert près les tribunaux. – **J. DUBOIS**, Avocat à la Cour, ancien Membre du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris. – **B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE**, Président de chambre à la Cour de cassation. – **H. FERAUD**, Chef (E.R.) de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **M. FIZE**, Ingénieur de recherche au Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson. – **J.-C. FOURGOUX**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **J. FRANCILLON**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Grenoble. – **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). – **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). – **P. LUTZ**, Conseiller honoraire à la Cour de cassation. – **A. LYON-CAEN**, Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. – **G. MARC**, Substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. – **M. MARCUS**, Magistrat. – **M. MASSE**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. – **A. MAYER-JACK**, Maître-assistant honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **J. MICHAUD**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MONZEIN**, Conseiller à la Cour de cassation. – **P. MOUTIN**, Médecin psychiatre aux prisons de Fresnes. – **R. OTTENHOF**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université, Directeur du Centre de sciences criminelles de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal. – **F.-J. PANSIER**, Magistrat au tribunal de grande instance de Bobigny, chargé de travaux dirigés à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). – **C. PIERRE**, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris. – **J. PRADEL**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Directeur de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers. – **M.-L. RASSAT**, Professeur à l'Université de Paris 12. – **J. ROBERT**, Ancien Procureur général près la Cour de cassation. – **J.-H. ROBERT**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). – **L. ROCHE**, Professeur honoraire à la Faculté de médecine Alexis-Carré de Lyon. – **G. ROUJOU DE BOUBÉE**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse. – **M. SACOTTE**, Président de Chambre honoraire à la Cour d'appel de Paris. – **E. SCHLANITZ**, Chef de la Division des études de l'O.I.P.C.-INTERPOL. – **J. SUSINI**, Commissaire divisionnaire honoraire de la Police nationale, Président d'honneur de l'Association française de criminologie. – **F. TEITGEN**, Avocat à la Cour d'appel de Paris. – **A. TOUREN**, Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation. – **J. VERIN**, Magistrat, Secrétaire général honoraire du Centre de recherches de politique criminelle. – **R. VIENNE**, Président de Chambre honoraire à la Cour de cassation.

## COLLABORATEURS ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS

**J. ANDENAES**, Professeur honoraire à la Faculté de droit d'Oslo. – **Inkeri ANTILA**, Professeur émérite de droit pénal à l'Université d'Helsinki, Directeur de l'Institut d'Helsinki pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, affilié à l'Organisation des Nations Unies. – **Le Professeur M. BARBERO SANTOS**, Magistrat au Tribunal suprême de Madrid. – **M. Ch. BASSIOUNI**, Professeur au DePaul University College of Law (Chicago), Président de

- l'Association internationale de droit pénal. – **V. BAYER**, Professeur (E.R.) à l'Université de Zagreb, Membre de l'Académie yougoslave des sciences et de l'art. – **Ramsès BEHNAM**, Professeur à la Faculté de droit d'Alexandrie. – **A. BERIA DI ARGENTINE**, Procureur général près la Cour d'appel de Milan, Secrétaire général du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. – **A. BERISTAIN**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal de la Faculté de droit de Saint-Sébastien, Directeur de l'Institut basque de criminologie. – **A. BERNARDI**, Docteur en droit de l'Université de Ferrare. – **P.-H. BOLLE**, Professeur à l'Université de Neuchâtel.
- M. CHIAVARIO**, Professeur à l'Université de Turin.
- F. CLERC**, Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel, Professeur émérite de l'Université de Fribourg. – **J. CORDOBA RODA**, Professeur titulaire de la chaire de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université de Barcelone, Directeur de l'Institut de criminologie. – **Eduardo CORREIA**, Professeur de droit pénal honoraire à la Faculté de droit de Coimbra. – **P.-J. DA COSTA**, Professeur de droit pénal à l'Université de Sao Paulo.
- C. DEBUYST**, Professeur ordinaire à l'Université de Louvain. – **S. DONMEZER**, Professeur honoraire à l'Université d'Istanbul. – **I. DRAPKIN**, Professeur (E.R.) de l'Université hébraïque de Jérusalem. – **M. DRISSI ALAMI**, Professeur à la Faculté de droit de Rabat. – **J. DUPREEL**, Secrétaire général honoraire du ministère de la Justice de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles.
- Chr. J. ENSCHEDE**, Professeur honoraire de l'Université d'Amsterdam, Ancien Conseiller à la Cour suprême (La Haye).
- J. de FIGUEIREDO DIAS**, Professeur titulaire à la Faculté de droit de Coimbra.
- C. GARDIKAS**, Professeur de criminologie à l'Université d'Athènes. – **K.-H. GOSSEL**, Professeur à l'Université d'Erlangen-Nuremberg.
- J. HALL**, Professeur honoraire de l'Université d'Indiana. – **J.-M. HÄUSSLING**, Recteur de l'Université de Wuppertal, Directeur du Centre international de documentation et d'études sur les conflits de jeunes. – **L. H. C. HULSMAN**, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Rotterdam. – **J. HURTADO POZO**, Conseiller à la Cour suprême de Lima.
- H.-H. JESCHECK**, Professeur émérite de l'Université de Fribourg-en-Brigau, Directeur émérite du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Président honoraire de l'Association internationale de droit pénal. – **H. JUNG**, Professeur à l'Université de Sarrebruck.
- G. KELLENS**, Professeur à l'Université de Liège, Avocat honoraire. – **H.-J. KERNER**, Professeur à l'Université de Hambourg.
- Francisco P. LAPLAZA**, Doyen de la Faculté de droit et des sciences sociales de Buenos Aires. – **R. LEGROS**, Premier Président émérite de la Cour de cassation de Belgique, Professeur honoraire de l'Université de Bruxelles. – **L.-H. LEIGH**, Professeur à la London School of Economics and Political Science. – **T. S. LODGE**, Ancien Directeur de la recherche scientifique et des statistiques, Home Office, Londres.
- F. H. Mc CLINTOCK**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Edimbourg, Directeur du Centre for Criminology and the Social and Philosophical Study of Law. – **K. MADLENER**, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brigau. – **T. MORISHITA**, Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Hiroshima. – **Norval MORRIS**, Professeur à l'Université de Chicago, Directeur du Center for Studies in Criminal Justice.
- A. NELSON**, Professeur honoraire de l'Université d'Upsal. – **Eduardo NOVOA MONREAL**, Ancien Président de l'Institut des sciences pénales du Chili, Ancien Professeur à l'Université du Chili, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et sociales de Caracas.
- E. OLIVEIRA**, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université fédérale du Para-Amazonie.
- F. C. PALAZZO**, Professeur de droit pénal à l'Université de Florence. – **O. PERIC**, Professeur à la Faculté de droit de Novi Sad. – **G. D. PISAPIA**, Professeur à l'Université de Milan. – **C. POKLEWSKI-KOZIELL**, Docteur en droit, Rédacteur de la Revue *Panstwo i Prawo*, Institut des sciences juridiques, Varsovie.
- C. RACZ**, Ancien Président de Chambre à la Cour suprême de Hongrie. – **Sir Leon RADZINOWICZ**, L.L.D., Fellow of the British Academy, Trinity College, Cambridge. – **L. RIBEIRO**, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro. – **J.-P. RICHERT**, Associate Professor of Law and Political Science, Stockton College, Pomona (N.J.). – **H. ROSTAD**, Conseiller à la Cour suprême de Norvège, Président de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. – **E. ROTMAN**, Visiting Researcher à la Harvard Law School.
- H. SCHULER-SPRINGORUM**, Professeur à l'Université de Munich, Président du Conseil scientifique criminologique du Conseil de l'Europe. – **H. SCHULTZ**, Professeur émérite de l'Université de Berne. – **Louis B. SCHWARTZ**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **R. SCREVENS**, Président de la Cour de cassation, Professeur émérite aux Universités de Bruxelles. – **Sami SELÇUK**, Conseiller à la Cour de cassation de Turquie. – **Thorsten SELLIN**, Professeur émérite à l'Université de Pennsylvanie. – **A. SOROUR**, Professeur et doyen de la Faculté de droit, Université du Caire, Ministre de l'Education de la République arabe d'Egypte. – **Dr. G. STURUP**, Ancien Directeur de l'Etablissement de Herstedvester (Danemark). – **D. SZABO**, Professeur 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.
- G. VASSALLI**, Professeur à l'Université de Rome, Ministre de la Justice d'Italie. – **J. VERHAEGEN**, Professeur à l'Université de Louvain. – **C. N. VOUYOUCAS**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université aristotélicienne de Thessalonique.
- K. WAABEN**, Professeur à l'Université de Copenhague.

