

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
GABINTE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO COMPARADO

LISBOA

1996

BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

Director

Procurador-Geral da República

Proprietário

Ministério da Justiça

Editor

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Rua do Vale de Pereiro, 2

1250 LISBOA

Tel. 388 11 41 / 2 / 3 / 4 – Fax 387 13 60

Redacção

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Assinaturas e distribuição

Gabinete de Gestão Financeira

Rua do Vale de Pereiro, 2

1250 LISBOA

Tel. 388 11 41 / 2 / 3 / 4 – fax 387 13 60

Condições de assinatura anual

Portugal e PALOP 5000\$00

Estrangeiro 7000\$00

Revisão gráfica

Carlos Lacerda

Execução gráfica

SOCTIP - Sociedade Tipográfica, S.A.

Urb. da Portela de Sacavém, lote 201

2685 SACAVÉM

Depósito legal n.º 104 109/96

ISSN 0870-7138

Tiragem

4200 exemplares

DIREITO COMUNITÁRIO

MIGUEL DE AVILLENZ PEREIRA

LL. M. (Edinburgh)

Advogado

**THE RIGHT OF ACTION
OF THIRD PRIVATE PARTIES
AGAINST
EC COMMISSION'S CLEARANCE OF MERGERS**

PREÂMBULO

O Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, está em vigor há quase cinco anos, sendo que o respectivo texto se encontra presentemente em discussão em vista à sua futura revisão. A Comissão UE pretende, sobretudo, alargar o âmbito de aplicação do Regulamento, propondo que seja reduzido o limiar da dimensão comunitária de uma operação de concentração para um volume de negócios total realizado à escala mundial pelas empresas envolvidas na operação superior a dois mil milhões de ecus. Independentemente de se saber o quantitativo exacto para que será reduzido o referido limite, certo é que se a pretensão da Comissão UE tiver vencimento, serão em muito maior número as operações de concentração sujeitas ao controlo prévio. Neste contexto, atenta a exigência de notificação prévia das operações de concentração, e a obrigatoriedade de a Comissão UE proferir uma decisão formal, será de prever um aumento significativo de litígios entre os particulares e a Comissão UE.

A actividade da Comissão UE no âmbito da apreciação das operações de concentração está, como noutras áreas, sujeita a sindicância pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. As suas decisões poderão ser impugnadas ao abrigo do artigo 173 TUE, a fim de obter a respectiva anulação.

A realização de operações de concentração importam quase sempre elevados investimentos e alterações estruturais com carácter duradouro

nas empresas envolvidas, que não se compadecem com os prazos de resolução dos litígios levados a tribunal. Não serão, pois, seguramente, as empresas participantes na operação de concentração a recorrer das decisões da Comissão UE. Os litígios serão entre empresas terceiras e a Comissão UE, como aliás demonstram os vários recursos interpostos de decisões da Comissão UE sobre operações de concentração.

Sucedem, porém, que não é pacífico o reconhecimento de direito ao recurso contencioso das decisões da Comissão UE sobre operações de concentração a empresas não participantes na concentração, nem a extensão desse eventual direito. O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir sobre questões semelhantes no âmbito de recursos de anulação de decisões da Comissão UE sobre concorrência, auxílios de Estado e anti-dumping. Este trabalho trata precisamente da possibilidade de impugnação contenciosa de decisões da Comissão UE sobre operações de concentração à luz da jurisprudência dos tribunais da comunidade.

CONTENTS

- I. INTRODUCTION
- II. THE RIGHT OF ACTION OF THIRD PRIVATE PARTIES
 - A. Introduction
 - B. Reviewable Acts
 - (i) Competence
 - (ii) Final Decision
 - (iii) Binding Force
 - C. The Merger Administrative Procedure
 - D. EC Commission's Merger Decisions
 - E. Case Law Concerning Standing Requirements
 - (i) Individual Concern
 - (ii) Direct Concern
 - F. The Right of Action of Third Private Parties in the Field of Mergers
 - (i) Decisions Which Scape the Right of Action of Third Parties
 - (ii) Decisions Caught by the Right of Action of Third Parties
 - (iii) 'Legitimate Third Parties'
 - (iv) 'Non-Legitimate Third Parties'
- III. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

The establishment of the Internal Market and the European Economic Area provides a continental framework in which Community enterprises can operate. The result is a market with huge potential, allowing companies to apply economies of scale, and persuading them to expand into new markets, thereby creating a more favourable environment for stimulating enterprise, competition and trade. Against this background is their exposure to greater competition.

For many enterprises, amalgamation, and especially transnational amalgamation, is an appropriate strategic response to this challenge. But while the enlargement of companies businesses to cover as much of the market as possible is beneficial for stimulating the economic growth and competitiveness of the Community, it is clear that without some control at the Community level, such process of reorganisation¹ could result in lasting damage to competition.

¹ As the Commission of the European Communities acknowledged the phenomenon (see Nineteenth Competition Report, point 15).

Historically, the possible negative effects of mergers² on the Community market structures was scrutinized by the Commission of the European Communities (EC Commission) under articles 85 or 86 of the EEC Treaty³, regardless none of those articles is specifically addressed to mergers. In view of “merger enforcement not enched to specific procedures or substantive standards and the prospect of multiple enforcement activity by the Commission and several member states at the same time”⁴, it was felt the urgent need of the adoption of Community merger rules.

A system of merger control did not form part of the programme laid down in the EC Commission’s 1985 White Paper⁵, but soon it was seen as having great importance to the completion of the internal market⁶, by allowing the monitoring of mergers from the point of view of their impact on the structure of competition in the Community.

The European merger control law has existed now for almost three years. The founding document, Council Regulation (EEC) N° 4064/89 of 21 December 1989⁷, is currently undergoing a revision of some of its provisions, being the notice of the EC Commission’s proposal awaited at any time⁸. It is well known that the overall revision concerns the thresholds above which a concentrative operation shall be deemed to have Community

² For the sake of convenience the term merger or concentration (the legal term) shall include “merger”, “take-over” and “take-over bid” (whether hostile or agreed). A “merger” in strict sense is the result of the combination of two undertakings. A “take-over” occurs when one undertaking acquire control of another undertaking. A “take-over bid” consists of an offer by one undertaking to acquire the shares of another undertaking. A “take-over” is hostile or non contested depending on the disagreement or agreement of the target undertaking. For a full discussion on the topic, see Weinberg and Blank, *Take-Overs and Mergers* (1979, Sweet & Maxwell), p. 106-121.

³ Treaty establishing the European Economic Community; hereinafter any reference to an article without indication of legal source is to the EEC Treaty.

⁴ Fox E., *Merger Control in the EEC — Towards a European Merger Jurisprudence*, Fordham Corporate Law Institute: EC and US Competition Law and Policy, Barry Hawk Editor, 1991, p. 713.

⁵ Commission of the European Communities, *Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council, June 1985*, COM (85) 310 [hereinafter White Paper].

⁶ See Commission of the European Communities, *Nineteenth Competition Report*, point 14.

⁷ OJ L 395, 30.12.1989; corrected version in OJ L 257, 21.9.1990 [hereinafter Merger Regulation].

⁸ In fact, the EC Commission indicated that it would present its proposal in the second quarter of 1993. See *Draft Legislation Commission Work Program 1993*.

dimension⁹. The only question is how far will the EC Commission's proposal go. In any case, narrow thresholds means that EC merger law will apply in more and more cases.

The EC Commission's activity in mergers situations, as in others, is subject to review by the European Courts¹⁰. Such decisions may therefore be attacked by an appeal for annulment under article 173. Given the compulsory notification of mergers with a Community dimension¹¹, and the obligation on the EC Commission to take a formal decision¹², and assuming that narrow thresholds will be adopted, a certain amount of litigation in this field should be expected.

Traditionally, many merger cases considered by the EC Commission under articles 85 or 86 have not reached a formal decision, but terminated on the basis of comfort letters or undertakings given by the parties. On other hand, the amount of investment normally involved in mergers operations, the lasting structural change of the companies concerned, and, therefore, the perceived hurry of the notifying parties in having its legal position defined, is likely to prevent the addressees to challenge the EC Commission merger decisions. The outcome of judicial review of EC Commission action in merger matters shall not be expected to be fostered from this side. The load of actions brought before the CFI shall respect third parties claims.

⁹ Under article 1(2) of the Merger Regulation a concentration has a Community dimension if the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned exceeds ECU 5,000 million. The EC Commission is seeking to bring this thresholds down to ECU 2,000 million. Another important possible modification concerns the liaison with national authorities, and their future role towards the assessment of mergers with Community dimension, but having its main impact on national markets.

¹⁰ Articles 21(1) and 16 of the Merger Regulation. Since 1991, when Council Directive 88/591, of 24 October 1988, entered into force, the Court of First Instance (CFI) has competence in private actions concerning competition matters, which include merger cases. In actions brought by Member States the competent court is the Court of Justice (ECJ). The forementioned allocation of jurisdiction between the ECJ and the CFI in merger cases is not prescribed in their rules of procedure, but is generally accepted and well recognized as being the correct interpretation (See Langeheine B., *Judicial Review in the Field of Merger Control*, The Journal of Business Law, March 1992, p. 134).

¹¹ Article 4(1) of the Merger Regulation. Failure to notify a given concentration carries the risk of imposition of fines and divestiture of the operation after it has been put to effect.

¹² Article 8(1) of the Merger Regulation.

And, indeed, so far, only third parties have instituted proceedings before the CFI for the review of EC Commission merger decisions¹³.

However, it is far from clear, among the writers¹⁴, the possibility of third parties to attack mergers decisions, and the extent of such an hypothetical right. Indeed, judicial review of EC mergers decisions gives rise to a number of distinctive questions, namely, standing of individuals (mainly competitors, but also others) to challenge a merger decision which is not addressed to them, whether the different steps involved in the merger procedure are all *appealable acts*, whether the EC Commission can be said to have failed to act within the meaning of article 175 when it does not start proceedings against a given merger.

Some of these problems have been largely clarified by the Court of Justice in other fields, such as state aid, anti-dumping and competition. Moreover, there is a consistent body of case law with respect to standing of private parties to attack EC Commission decisions addressed to Member States. The question is to what extent are those principles applicable to judicial review in merger matters.

One has also to bear in mind that the establishment of the CFI, just as the authors of the Single Act desired, approached the Community Judge to competition between companies, persuading them to bring their cases with the EC Commission to the Court. Indeed, whereas in 1989 and 1990, respectively, there were only lodged at the Court registry 10 and 11 appeals for review of EC Commission decisions in competition matters, in 1992 there were 37, and in the course of the first quarter of 1993, 13 appeals.

¹³ The decisions which have been challenged in Court to date are the following: Case T — 96/92, *Comité Central d'Entreprise de La Société des Grandes Sources v. EC Commission*, lodged at the Court registry on 5 November 1992, [1992] OJ C 332/14, 9.12.1992 — annul decision IV/M.190 — *Nestlé SA/Source Perrier SA*, adopted by the EC Commission on 22 July 1992, [1992] OJ L 356/1; Case T — 2/93, *Air France SA v. EC Commission*, lodged at the Court Registry on 5 January 1993, [1993] OJ C 45/19, 17.2.93 — annul decision IV/M.259 — *British Airways/TAT European Airlines*, adopted by the EC Commission on 27 November 1992; Case T — 3/93, *Air France SA v. EC Commission*, lodged at the Court registry on 5 January 1993 — annul decision IV/M.278 — *British Airways/Dan Air*, adopted by the EC Commission on 30 October 1992, [1993] OJ C 68/5.

¹⁴ See Rivery E. and Derenne J., *Règlement sur les Concentrations: voies de Recours des Entreprises*, Gazette Européenne du Palais, n° 8-9, 9-10 Avril 1993, p. 27.

On other hand, again in the field of competition, it is more and more frequent to see companies call for interim measures to suspend EC Commission decisions¹⁵. The new impetus in judicial review in the field of competition (including mergers) is given rise to new procedural questions, mainly as regards standing of third parties, which have been gradually asking the Court to review the EC Commission action¹⁶.

It is my purpose to consider the right of private parties to challenge an EC Commission merger decision which is not addressed to them, and other acts adopted in the course of the merger procedure, in the light of the case law of the ECJ and CFI. I will not discuss the rights of the so-called “privileged” plaintiffs, and in particular, Member States. On other hand, I shall only be concerned with decisions, for regulations are not relevant in this context. Finally, I will restrict the discussion to the system created by the EEC Treaty.

I realise that the discussion of the issue of judicial review in the field of Community merger control law gives rise to many other important questions (and more and more will arise towards judicial review of the EC Commission merger practice), but it is my intention to examine the right of appeal of third parties in this field, which seems to be an actual problem and not without some controversy, rather than go through all possible related questions, which I wouldn't be at all able to discuss here.

The question whether the EC Commission can be said to have failed to act within the meaning of article 175 when it does not examine a given merger within certain deadlines, is more apparent than real. In fact, the authors of the Merger Regulation sought to resolve that situation, establishing in article 10(6) that “where the Commission has not taken a deci-

¹⁵ See Geneste B., *L'Actualité du Contentieux Communautaire de la Concurrence*, Europe et Société, Palais des Congrès, 15 Juin 1993, p. 3. A good example of parties making use of emergency measures, is case T — 12/93 R, where Vittel and Pierval employees have required the President of the CFI to suspend the sale of Pierval to Castel as well as the whole Nestle/Perrier concentration operation (which suspension the President ordered — decision not yet published).

¹⁶ Presently the CFI is dealing with some 9 appeals against EC Commission decisions rejecting claims by competitors which consider themselves victims of anticompetitive practices (See Geneste, *op. cit.*, note 15, p. 6).

sion (...), the concentration shall be deemed to have been declared compatible with the common market". In other words, the silence of the EC Commission is considered a tacit decision, and therefore is deemed to be an act, including for the purpose of judicial review. Its challenge is consequently not distinct from the challenge of a formal decision¹⁷. There is no reason to be treated alone.

This said, my aim here is to set forth the rights of third (private) parties to attack a EC Commission decision not to oppose certain merger, or because it does not fall within the Merger Regulation or because it is compatible with the common market (to use the words of the Merger Regulation), whether or not those third parties have taken an active part in the procedure.

II. THE RIGHT OF ACTION OF THIRD PRIVATE PARTIES

A) Introduction

In the context of *locus standi*, the relevant *provisio* is article 173, which provides as follows:

"The Court of Justice shall review the legality of acts of the Council and the Commission other than recommendations or opinions. It shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of this Treaty or of any rule of law relating to this application, or misuse of powers.

Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former.

The proceedings provided for in this article shall be instituted within two months of the publication of the measure, or of its notification to the plaintiff, or, in the absence thereof, of the day on which it came to the knowledge of the latter, as the case may be".

¹⁷ Apparently in this sense, Langeheine B., *op. cit.*, note 10, p. 122.

As a result, the standing of third private parties depends on three conditions:

- a) the object of the appeal is an act of the Council or the EC Commission;
- b) the act is of direct concern to the applicant;
- c) the act is of individual concern to the applicant.

It is on the basis of the foregoing structure that the ECJ has developed a coherent jurisprudence regarding the standing of individuals to challenge decisions of the EC Commission not addressed to them. The question still to be seen is whether the principles developed by the ECJ will be transposed to merger cases or whether it will be developed a distinctive jurisprudence in this field.

A good starting point could be to find the answer to the following questions:

“1. What are the ‘acts’ of the Commission the legality of which can be reviewed?

2. When can a decision, although addressed to ‘another person’, be considered ‘of direct and individual concern’ to the plaintiff ?”¹⁸.

The response to both these questions in the context of mergers may bring to us the solution to the central discussion of this paper: what acts adopted by the EC Commission in the course of the merger procedure are appealable, and when does a private party have the right (the capacity) to appeal for annulment of a decision clearing a merger operation, which was not addressed to him.

It seems to me that since the Community merger jurisprudence is still embryonic, the best way is, bearing the specific circumstances of each case, to attempt to apply the principles so far developed by the ECJ to merger situations. In any case, it will always have to be a restrictive approach, meaning, analogy and arguments *a contrario* have to be applied with cau-

¹⁸ Waelbroeck M., *Judicial Review of Commission Action in Competition Matters*, Fordham Corporate Law Institute: Antitrust and Trade policies of the European Economic Community, Barry Hawk editor, 1983, p. 181.

tion. This is the procedure most common among writers, when examining *locus standi* in other fields, and is the procedure which I also intend to follow.

B) Reviewable Acts

As it is known the assessment of any merger operation involves several steps. In the course of this procedure the EC Commission adopts various acts. But not all those acts are reviewable or appealable acts. In terms of EC law and the case law of the ECJ, for a Community act to be open to judicial review, it has to possess certain characteristics.

(i) Competence

The first feature is laid down in article 173, which provides that “the Court of Justice shall review the legality of acts of the Council and the Commission (...)”¹⁹. Any given act will only be subject to judicial review if it has been adopted by a Community institution. Also, acts which are adopted by distinguished bodies acting beneath a legal delegation of powers by a Community institution, are subject to review²⁰.

In merger matters, since the EC Commission is the Community institution having the sole task to scrutinize concentrative operations with a Community dimension, and take the decisions related therein²¹, only its acts or those adopted by other body acting under a valid delegation of powers issued by the EC Commission, may be brought to the CFI²².

¹⁹ The ECJ has interpreted article 173 in an extensive manner so as to comprise also acts of the Parliament (See Case 294/83, *Parti Ecologiste ‘Les Verts’ v. European Parliament*, [1987] 2 CMLR 343.

²⁰ See Hartley T., *The Foundations of European Community Law*, Second Edition (Clarendon Law Series 1988), p. 335 to 337; and Waelbroeck M., *op. cit.*, note 18, p. 182.

²¹ Article 21(1) of the Merger Regulation.

²² Formally, all decisions taken under the Merger Regulation are decisions of the EC Commission. In practice, decisions may be taken by the head of division or the director concerned, the director general heading the DG, the Commissioner responsible (all acting under a valid delegation of powers), or the EC Commission as whole, depending on the importance of the matter.

(ii) Final Decision

In second place, for an act to be reviewable, it has to be definitive. Only those acts whereby a Community institution states its final position on a given matter, may be challenged. Normally, Community institutions adopt a decision at the outcome of an internal procedure. In the course of such procedure, various acts are taken in view of that final decision and do not alone define the position of the institution. Those acts are merely preparatory to the final decision of the institution, and interim and provisional in nature. The Community institution may revise it by its own motion, at any time²³. In this context it is irrelevant whether such preliminary acts do affect the legal position of some person. If this is the case, the concerned person may attack the definitive decision on the basis of the illegality of the preliminary act.

The leading case in this respect is *IBM*²⁴. Here the ECJ ruled that: “10. In the case of acts or decisions adopted by a procedure involving several stages, in particular where they are the culmination of an internal procedure, it is clear from the case law that in principle an act is open to review only if it is a measure definitively laying down the position of the Commission or the Council on the conclusion of that procedure, and not a provisional measure intended to pave the way for the final decision.

11. Furthermore, it must be noted that whilst measures of a purely preparatory character may not themselves be the subject of an application for a declaration that they are void, any legal defects therein may be relied upon in an action directed against the definitive act for which they represent a preparatory step.”²⁵

Certain acts, though preparatory to the final decision of the Community institution, are themselves definitive, since they culminate a special procedure

²³ As a rule the institution which has the power to delegate has also the power to revoke such delegation and /or the decision adopted under it. But since the act adopted under the delegation is the definitive position of the institution, until and if it is not revoked, it is submitted that while not revoked (with retrospective effects) it is subject to judicial review.

²⁴ Case 60/81, *International Business Machines Corporation v. EC Commission*, [1981] ECR 2639.

²⁵ *id.*, p. 2652.

within or apart of the relevant administrative procedure, and define the position of the institution on a particular issue.

The ECJ had the opportunity to affirm this point on the *Cimenteries* case²⁶. Here the applicants brought an annulment action against the decision adopted by the EC Commission under article 15(6) of Regulation 17²⁷, but were confronted by the inadmissibility argued by the EC Commission. The ECJ, however, stated that:

“Notwithstanding its preliminary nature, the measure by which the Commission takes a decision in such a case constitutes the culmination of a special procedure which is distinct from the procedure under which, after article 19 has been applied, a decision on the substance of the case can be taken.”²⁸

This same principle was maintained by the ECJ in the *IBM* case, where the applicant sought the annulment of the EC Commission decision to commence proceedings for abuse of a dominant position, and the statement of objections. But here the ECJ said that:

“19. A statement of objections does not compel the undertaking concerned to alter or reconsider its marketing practices and it does not have the effect of depriving it of the protection hitherto available to it against the application of a fine, as is the case when the Commission informs an undertaking, pursuant to article 15(6) of Regulation n° 17, of the results of the preliminary examination of an agreement which has been notified by the undertaking. Whilst a statement of objections may have the effect of showing the undertaking in question is incurring a real risk of being fined by the Commission, that is merely a consequence which the statement of objections is intended to produce.

21. It follows from the foregoing that neither the initiation of a procedure nor a statement of objections may be considered, on the basis of their nature and the legal effects they produce, as being decisions within the meaning of article 173 of the EEC Treaty which may be challenged

²⁶ Cases 8 – 11/66, *Noordwijks Cement Accoord*, [1967] ECR 75.

²⁷ OJ Sp. Ed. 204/62, 1962. Article 15(5) of Regulation 17 indicates that the EC Commission will not impose fines to notifying agreements before taking a decision pursuant to article 85(3). But article 15(6) provides that the former shall not apply where after a preliminary examination the EC Commission is of the opinion that article 85(1) applies and that the exemption provided for in article 85(3) is not justified.

²⁸ *Op. cit.*, note 26, p. 92.

in an action for a declaration that they are void. In the context of the administrative procedure as laid down by Regulations n° 17 and n° 99/63, they are procedural measures adopted preparatory to the decision which represents their culmination.”²⁹.

(iii) Binding Force

The third character required for an act to be appealable is inferred – and has been established by the ECJ in several cases – from the joint interpretation of articles 173 and 189. The former states that:

“The Court of Justice shall review the legality of acts of the Council and the Commission other than recommendations or opinions (...);”

Article 189 provides that:

“Recommendations and opinions shall have no binding force.”

Thus, an act is only subject to review if it has binding force. The same is to say if it has external and immediate legal effects, which means effects which produce a modification on the legal position of a person, namely on its rights, obligations or legitimate interests.

On both of the abovementioned Cimenteries and IBM cases the ECJ took the opportunity to rule on this point. In the former case, the ECJ said with respect to the decision adopted by the EC Commission pursuant article 15(6):

“This measure deprived them of the advantages of a legal situation which article 15(5) attached to the notification of the agreement and exposed them to grave financial risk. Thus the said measure affected the interests of the undertakings by bringing about a distinct change in their position. It is unequivocally a measure which produces legal effects touching the interests of the undertakings concerned and which is binding on them. It thus constitutes not a mere opinion but a decision.”³⁰.

The relevant parts of the ruling of the ECJ in the IBM case on this point have been already quoted above. In another competition case,

²⁹ *Op. cit.*, note 24, p. 2654.

³⁰ *Op. cit.*, note 26, p. 91.

AKZO³¹, the applicants sought the annulment of the EC Commission decision adopted in the course of the administrative procedure to reveal documents to competitors, which the applicants considered of confidential nature. The ECJ held the appeal admissible on the ground that it was a measure producing legal effects of such a kind as to affect the applicant's interest by clearly altering its legal position, namely affecting its right to confidentiality.

Certain categories of acts are by its nature excluded from possible judicial review, and others have been precluded from that possibility by the ECJ ruling.

By its nature are excluded those acts which are merely confirmatory, i.e., acts adopted upon the same factual circumstances and which repeat the provisions of another act, lacking therefore the effect of changing the legal position of the addressee. In this case the appealable act is the former act. An example is the SNUPAT case³² where the ECJ held inadmissible the appeal against an act which simply reproduces the contents of a previous act which the applicant failed to challenge within the legal time limits.

Also acts which merely implement or put in force or are the logical consequence proceeding from a previous act, without producing any further legal effects, or which legal effects do not bring about a distinct change to the legal position of the addressee, are by its nature not reviewable. The annulment shall be directed to the act which changed the legal position of the person concerned.

In the course of the administrative procedure, is not scarcely common that bodies distinct from the one having the task to adopt the final decision are called to take a position on the matter, to which the later will be bound when adopting the final decision. Normally, those bodies intervene in the form of an opinion or recommendation, but the applicable law prescribes that the institution making the final decision may not do it con-

³¹ Case 53/85, *AKSO v. EC Commission*, [1987] 1 CMLR 231.

³² Case 42, 49, *SNUPAT v. High Authority*, [1961] ECR 53.

trary to that opinion or recommendation. On the face of it, this acts could form the object of an appeal. The ECJ, however, held in the Huber case³³ that such acts are not reviewable, since they are not separable from the final decision. However, it is submitted that one has to distinguish those situations where the authority is legally bound to make a final decision from those where it has the discretion to make that decision or not. In the later case, I entirely agree with the ruling of the ECJ, for though the institution was restricted on the contents of the decision it was up to it to make a final decision or not. Here the decision of the third body has only internal and eventual effects, and therefore may not be detached from the final decision. But if the authority is bound to act, as it was in the Huber case, since it has to accomplish with the opinion of the third body, it is the later act which modifies the legal position of the person concerned. It is it that unequivocally produces external and immediate effects on the person's legal position. It does not exist an autonomous will between such opinion and its effect on the person's legal position. It should therefore be subject to judicial review. However, this is not the position of the ECJ, and so such acts are not appealable too.

In short, an act to form the object of an appeal to the ECJ must be adopted by a Community institution or by a third body acting under a valid delegation of powers, must be final and must have legal effects³⁴.

The Merger Regulation procedure involves several steps, some only preparatory to a final decision, others representing already the definitive position of the EC Commission. In addition, the EC Commission practice in merger matters, as in other competition affairs, is to have informal contacts with the concerned parties prior to the commencement of the proceedings³⁵.

Having regard to the case law of the ECJ, it is obvious that not all the measures taken in the course of or before the merger procedure are

³³ Case 78/63, *Huber v. EC Commission*, [1964] ECR 367.

³⁴ See Hartley T., *op. cit.*, note 20, p. 322 to 330.

³⁵ Recital 8 of the preamble to the Commission Regulation (EEC) n° 2367/90 of 25 July 1990 on the notifications, time-limits and hearings provided for in Council Regulation (EEC) n° 4064/89 (OJ L 219, 14.8.1990), embraces formally this practice. Its main advantage, at least from the point of view of the corporation concerned, is to be aware of the likely position of the EC Commission on the operation.

reviewable, either because they have not been adopted by the authority having the power to make a merger decision, or lack a definitive character and/or do not change the legal position of the addressee.

C) The Merger Administrative Procedure

A merger with a Community dimension must be notified to the EC Commission before it is put into effect and within one week of the conclusion of an agreement, announcement of a bid or the acquisition of a controlling interest, whichever occurs first³⁶.

The merger must not be put into effect before it has been notified or for three weeks thereafter. The EC Commission may suspend the implementation of the operation for a further period (or take other interim measures) if it considers that this is necessary³⁷.

If a merger has already been implemented, the EC Commission may by decision require the undertakings or assets brought together to be separated, or the cessation of joint control, or any other action that may be appropriate to restore conditions of effective competition³⁸.

If the EC Commission considers it needs further information, it shall by decision require it to be provided. The EC Commission also has the power to carry out investigations, which shall be ordered by decision³⁹.

The EC Commission must examine the notification as soon as it is received, and must take one of the following decisions within one month of its receipt:

- a) the operation does not fall within the scope of the Merger Regulation, in which case the EC Commission must issue a decision recording that finding;
- b) the operation falls within the scope of the Merger Regulation but does not raise serious doubts as to its compatibility with the common market, in which case the EC Commission must declare it to be compatible with the common market;

³⁶ Article 4(1) of the Merger Regulation.

³⁷ Respectively, article 7(1) and (2) of the Merger Regulation.

³⁸ Article 8(4) of the Merger Regulation.

³⁹ Respectively, articles 11(5) and 13(3) of the Merger Regulation.

- c) the operation falls within the scope of the Merger Regulation and does raise serious doubts as to its compatibility with the common market, in which case the EC Commission must initiate proceedings⁴⁰.

If the EC Commission fails to make any decision within the one month period, the merger is deemed declared compatible with the common market⁴¹.

If the EC Commission decides to initiate proceedings, it has four months from that date to decide whether or not the merger is compatible with the common market⁴². Failure to do so will also result in the merger being deemed to be compatible with the common market⁴³.

Before any of the main decisions can be taken, an Advisory Committee on concentrations must be consulted. This Committee is required to give a written opinion on the draft decision, of which the EC Commission must take account, but need not to follow⁴⁴.

Finally, the EC Commission may impose fines for failure to notify a merger with community dimension in due time. Fines may also be imposed for supplying incorrect or misleading information in a notification⁴⁵.

It is time to see if all those decisions are reviewable acts.

D) EC Commission's Merger Decisions

As mentioned before, the EC Commission encourages parties to notify it informally of their intended operation. Such informal contacts do normally occur on the level of officials from the relevant DG, in this case,

⁴⁰ Articles 6(1) and 10(1) of the Merger Regulation.

⁴¹ Article 10(6) of the Merger Regulation.

⁴² The EC Commission may also issue a decision declaring the merger to be compatible with the common market subject to certain conditions (article 8(2) of the Merger Regulation).

⁴³ Respectively, articles 8(2) and (3), 10(3) and (6) of the Merger Regulation.

⁴⁴ Article 19(4) and (6) of the Merger Regulation.

⁴⁵ Article 14(1) of the Merger Regulation.

the Merger Task Force of DG IV, which will as a rule provide, also on an informal basis, parties with the information which they are seeking, eventually, the likely view of the EC Commission on the operation. It seems self-evident that such decisions may not be attacked in Court, since they normally are adopted by bodies which are not empowered to make the decision, do not represent the final position of the EC Commission, and do not affect the legal position of the parties concerned. Only after the formal notification, compulsory under the Merger Regulation for transactions with a Community dimension, the EC Commission may (have to) adopt a definitive and binding decision.

In some cases the relevant provisions of the Merger Regulation expressly recognise the reviewable nature of the specific decision. This is the case of the decisions demanding information from the parties, decisions ordering an investigation of the parties or decisions imposing fines to the parties. In relation to all these decisions, the Merger Regulation expressly states the right to have it reviewed by the Court of Justice⁴⁶.

Where the EC Commission decides to extend the suspension period laid down in article 7 of the Merger Regulation, it seems to me that such measure constitutes the culmination of a procedure, which being preliminary in nature is, nonetheless, special. Indeed, following a preliminary examination of the merger, the EC Commission takes a final decision declaring the operation suspended until a decision on the substance of the case is taken. That decision is a measure definitively laying down the position of the EC Commission on the conclusion of the procedure provided for the suspension of mergers, and distinct from the procedure leading to the decision on the compatibility or incompatibility of the merger with the common market. Furthermore, the decision is unquestionable binding to the parties, since they may not proceed with the proposed transaction, and make them incur in all the financial losses emerging from the suspension of the operation. To be consistent with the case law of the ECJ, namely the abovementioned *Cementeries* and *IBM* cases, the decision to extend the suspension of a merger is definitive and binding, being therefore reviewable.

⁴⁶ Respectively, articles 11(5), 13(3) and 16 of the Merger Regulation.

The decision ordering divestment, where a merger has already been implemented, is definitive and produces a change on the (i)legal position of the corporations involved, and thus is also appealable.

The decision whereby the EC Commission decides to initiate proceedings is merely preparatory to the final decision, and has only the effect of opening a second stage of investigation of the transaction. It is intended to extend the period of investigation, and does not affect the conclusion of the operation. According to the leading judgement on this issue (IBM), such a decision may not form the object of an appeal⁴⁷. However, as mentioned before, if the EC Commission decides to initiate proceedings, and fails to decide within the legal period, whether or not the merger is compatible with the common market, the merger will be tacitly cleared. The same occurs if the EC Commission does not take a decision within the one month period from the date of notification of a merger. In both cases the silence of the EC Commission is considered a tacit decision, and therefore is deemed to be an act, an appealable act.

Finally, the decisions where the EC Commission declares the operation not caught by the Merger Regulation, or to fall within it but without raising serious doubts as to its compatibility with the common market, compatible subject to certain conditions, or incompatible at all, the EC Commission takes its final position on the matter, which is legally binding to the addressees. All are subject to review by the CFI and appeal to the ECJ. The same applies to the silence of the EC Commission, which is deemed to be a decision declaring the operation compatible, and of course, to the revocation of any such decisions.

E) Case-law Concerning Standing Requirements

At this point we have identified which acts adopted by the EC Commission in the context of mergers may be reviewed. All those decisions may be challenged before the CFI by the persons to whom they are

⁴⁷ In this sense, Overburry C. and Jones C., *EEC Merger Regulation Procedure: A Practical View*, Fordham Corporate Law Institute: International Mergers and Joint Ventures, Barry Hawk Editor, 1991, p. 361.

addressed. What remains to be seen, is which decisions may also be attacked by third private parties. As mentioned before, article 173, the provision under which parties may seek the annulment of a EC Commission's decision, requires in addition, for standing of third private parties, that the decision is "of direct and individual concern" to them. As a result, the problem now is to find when can a merger decision, addressed to a person⁴⁸, be considered of direct and individual concern to another individual, undertaking or association. To be more accurate, this is the determining factor to the admissibility of third private parties' action against decisions addressed to another person⁴⁹.

Third parties for the purpose of the following discussion shall be shareholders in the undertakings concerned, competitors of the enterprises involved in the merger operation, target companies which are the subject of hostile bids, associations of customers or suppliers of the merged corporations, associations of consumers, members of the administrative bodies of the undertakings concerned, and recognised worker's representatives⁵⁰. All these bodies or persons may have an interest in the annulment of the EC Commission's clearance of a given merger. But is their interest sufficient to deserve judicial protection from the European Courts, i.e., may such interested parties be considered as being directly and individually concerned with a merger decision addressed to another enterprise?

There is an extensive case law of the ECJ with respect to the requirements of direct and individual "direct and individual concern" under article 173(2). The majority consider the rights of third parties to attack decisions addressed to Member States. Therefore, such case law, being very significant cannot be decisive for *locus standi* in the field of mergers. It will be attempted to conciliate the reasoning of the Court with the merger situations.

⁴⁸ It is well defined that the sentence "another person" contained in article 173(2) includes either Member States and individuals or companies.

⁴⁹ See Barav A., *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, Common Market Law Review, vol. 11/1974, p. 191.

⁵⁰ The two last categories of interested parties have their legitimate interest specifically recognised by the Merger Regulation (article 18(4)).

(i) Individual Concern

As regards the requirement of individual concern the leading case is *Plaumann*⁵¹, the Court reasoning being that:

“Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed”⁵².

The ECJ’s decision must be well accepted in the light of article 173(2): natural or legal persons are not presumed to have a special interest in acts addressed to another person. Such persons shall only be entitled to attack acts of the latter kind if they succeed in demonstrating an individual interest⁵³.

The feature of the requirement is individuality as opposed to generality. It is general an act addressed to persons, and individual an act addressees to the person X. But it is irrelevant the number of addressees. An act can be of individual concern nonetheless affecting more than one person. Generality is different from plurality. An act may apparently be directed to an objective category of enterprises, when in fact is intended to catch just an individual company. As a rule, one have to find out if the act is addressed to the companies which at a specific moment belong to a category, or directed to the category determined objectively, irrespective of the companies members of it at a particular time. The former is said to be of individual concern to those companies, whereas the later is not⁵⁴.

⁵¹ Case 25/62, *Plaumann & Co v. EC Commission*, [1963] ECR 95.

⁵² *Idem*, p. 107.

⁵³ In this sense, Toth A. G., *The Individual and European Law*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 24/1975, p. 675-676.

⁵⁴ Hartley proposes the test for “individual concern” to be applied through the distinction between open category and closed category. The former “is one the membership of which is not fixed and determined when the measure comes into force”; the latter “is one the membership of which is fixed and determined” (*op. cit.*, note 20, p. 344).

Thus, in the Plaumann case it was decided that:

“The applicant is affected by the disputed Decision as an importer of clementines, that is to say, by reason of a commercial activity which may at any time be practised by any person and is not therefore such as to distinguish the applicant in relation to the contested Decision as in the case of the addressee.”⁵⁵

In Toepfer⁵⁶ the ECJ took the same line, and held the applicants individually concerned, for their number and identity was fixed and ascertainable when the contested decision was made, and the EC Commission ought to know that its decision affected the interests and the position of the applicants. The ECJ decided, therefore, that:

“The factual situation thus created differentiates the said importers, including the applicants, from all other persons and distinguishes them individually just as in the case as the person addressed.”⁵⁷

The same reasoning was maintained in Spijker⁵⁸, despite here only one person was affected by the act, which fact the ECJ considered not invalidating the rule. The ECJ held:

“The contested decision concerns the applicant merely by virtue of its objective capacity as an importer of the goods in question in the same manner as any other trader who is, or might be in the future, in the same situation. (...) With regard to the importers of such products it is therefore a measure of general application covering situations which are determined objectively and it entails legal effects for categories of persons envisaged

⁵⁵ *Op. cit.*, note 51, p. 107.

⁵⁶ Case 106 and 107/63, *Alfred Toepfer und Getreide-Import Gesellschaft v. EC Commission*, [1965] ECR 405.

⁵⁷ *Idem*, p. 412. Similarly, the ECJ admitted the appeal in *Bock*, on the ground that “the applicant has challenged the decision only to the extent to which it also covers imports for which applications for import licences were already pending at the date of its entry into force. The number and identity of importers concerned in this way was already fixed and ascertainable before that date. The defendant was in a position to know that the contested provision in its decision would affect the interests and situations of those importers alone. The factual situation thus created differentiates the latter from all other persons and distinguishes them individually just as in the case of the person addressed.” (Case 62/70, *Werner A. Bock v. EC Commission*, [1971] ECR 897, p. 908).

⁵⁸ Case 231/82, *Spijker Kwasten BV v. EC Commission* [1983] ECR 2559.

in a general and abstract manner. Thus the contested decision is not of individual concern to the applicant.”⁵⁹.

Again in *Piraiki*, the ECJ concluded that:

“The Commission was in a position to obtain sufficiently exact information on the contracts already entered into which were to be performed during the period of application of the decision at issue. It follows that the undertakings which were party to contracts meeting that description must be considered as individually concerned for the purpose of this action, as members of a limited class of traders identified or identifiable by the Commission and by reason of those contracts particularly affected by the decision at issue.”⁶⁰.

Despite the particular circumstances of all the foregoing cases, namely EC Commission’s decisions addressed to Member States and which were aimed at the adoption of national legislative measures, one may add one further principle to the leading pronouncement on the requirement of “individual concern” (the *Plaumann* judgement), which is that where specific provision(s) of an EC Commission’s decision would affect particularly certain persons belonging to a category defined objectively, those persons will be declared by the ECJ individually concerned⁶¹.

The first judgement concerning an application by a person against a decision addressed to another person was *Eridania*⁶². The applicants considered that they were individually concerned by way of the fact that since the aids granted was likely to affect competitive relationships on the Italian sugar market, the advantage thus given to the addressees of the contested

⁵⁹ *Idem*, p. 2566. The opinion of the Advocate General was, on the contrary, that appeal should be admitted. On this point, Advocate General Rozès said that there were certain attributes circumstances which differentiated *Spijker* from all other persons. So, for the Netherlands authorities *Spijker* committed a major fraud, which fact was reiterate in the EC Commission’s decision, and made it public that they would apply the EC Commission’s decision automatically and specifically to *Spijker* (*idem*, p. 2570 and 2571).

⁶⁰ Case 11/82, *A. E. Piraiki-Patraiki and Others v. EC Commission*, [1985] ECR 207, p. 246.

⁶¹ See opinion of Advocate General Van Themaat, *op. cit.*, note 60, p. 216.

⁶² Joined Cases 10 and 18/68, *Società Eridania Zuccherifici Nazionali and Others v. EC Commission, supported by Cooperativa Produttori Bieticoli and Others*, [1969] ECR 459. The EC Commission decision was not only addressed to private parties, but also to a Member State (the Italian Government).

decision, who are their competitors, caused damage to them. The ECJ declared, however, that this was not enough for *locus standi* under article 173:

“The mere fact that a measure may exercise an influence on the competitive relationships existing on the market in question cannot suffice to allow any trader in any competitive relationship whatever with the addressee of the measure to be regarded as directly and individually concerned by that measure.

Only the existence of specific circumstances may enable a person subject to Community law and claiming that the measure affects his position on the market to bring proceedings under article 173”, which the Court didn’t found in the present case⁶³.

The next case regarding proceedings brought by a third private party to annul a decision addressed to another person, and the first about competition matters, was the Metro judgement⁶⁴. The ECJ took the view that the facts of the case:

“establish that the contested decision was adopted in particular as the result of a complaint submitted by Metro and that it relates to the provisions of SABA’s distribution system, on which SABA relied and continues to rely as against Metro in order to justify its refusal to sell to the latter or to appoint it as a wholesaler, and which the applicant had for this reason impugned in its complaint.

It is in the interests of a satisfactory administration of justice and of the proper application of articles 85 and 86 that natural or legal persons who are entitled, pursuant to article 3(2)(b) of Regulation n° 17, to request the Commission to find an infringement of articles 85 and 86 should be able, if their request is not complied with either wholly or in part, to

⁶³ *Idem*, p. 481. Advocate General Roemer was of the opinion that the appeal should be admitted. For him “if one keeps to undertakings concerned at present, which may be regarded as competitors of the recipient undertaking and, consequently, as having suffered damage, it cannot be denied that the contested decision affects in a special way precisely the applicant undertakings which carry on a part of their activities in the same province as the recipient undertaking, and perhaps also some others which are part of the group of 25 Italian refineries.” (*ibidem*, p. 492).

⁶⁴ Case 26/76, *Metro SB Grossmarkte GmbH & Co. KG v. EC Commission*, [1977] ECR 1875.

institute proceedings in order to protect their legitimate interests.”⁶⁵, being the appeal held thus admissible^{66, 67}.

From the foregoing judgements, which of course do not cover all the possible situations where a problem of “individual concern” may be raised, but in any case are exemplificative of the jurisprudence of the ECJ on the issue in distinct contexts, one may draw the following conclusions:

(1) the ECJ does not distinguish the requirement of individual concern depending on the nature of the matter to deal with; the most the ECJ held is that certain circumstances may lead to a finding in one way or another; there is a consistent approach on this point.

(2) the general rule is to be found in the Plaumann case, to which the ECJ does always link its decisions: an individual will be considered individually concerned if he is affected as a member of a “closed category”, i.e., if the contested decision does not affect the category determined objectively but its members at a specific moment, which were ascertainable when the decision was made;

(3) in competition matters, the possible effect on the relationships between competitors is not enough to satisfy the requirement; however, here as in the fields of State aid and anti-dumping duties, a person may successfully claim to be individually concerned despite belonging to an “open category”, and thus being apparently affected as all the other members, which are not identifiable. It is only required that the applicant had intervened in the relevant administrative proceeding.

On the whole, I share the view expressed by Harding that the “concept of individual concern functions to identify a special interest in a com-

⁶⁵ *Idem*, p. 1901.

⁶⁶ Applying the principle submitted by Hartley, one will find a further principle concerning locus standi: in competition matters, the complainant may be deemed individually concerned despite being affected by the final decision just like the others members of an open category (see Hartley, *op. cit.*, note 20, p. 356). The rule is also so true with regard to judicial review in the fields of state aids and anti-dumping (see, respectively, Case 169/84 *COFAZ v. EC Commission* [1986], 3 CMLR 385, and Cases 239, 275/82, *Allied Corporation v. EC Commission*, [1984] ECR 1005).

⁶⁷ As noted by Temple Lang, the Court’s ruling in *Metro* does not consider the position of third private parties which have not complained and/or which had not intervened in the relevant administrative procedure, but were entitled to (Temple Lang J., *The Position of Third Parties in EEC Competition Cases*, *European Law Review*, vol. 3/1978, p. 188). Dinnage submits a number of well reasoned criticisms against the restriction of the right of action to complainants (Dinnage J., *Locus standi and Article 173 EEC: the Effect of Metro SB Grossmarkte v. Commission*, *European Law Review*, vol. 4/1979, p. 33).

munity measure which is clearly distinct from the general interest in that act, and the presence of this special interest at the same time reflects the juridical character of the measure.”⁶⁸.

(ii) Direct Concern

The meaning of the requirement of "direct concern" has also been several times considered by the ECJ. However, as regards this requirement there is not such a judgement containing a general principle which the ECJ consistently applies, as it happens with regard to the requirement of "individual concern" by way of the Plaumann case. The ECJ first considered the requirement of "direct concern" in Toepfer, where it held the contested decision of direct concern to the applicants, on the following grounds:

“According to the terms of article 22 of Regulation N° 19, when a Member State has given notice of the protective measures provided for in paragraph (1) of the said article, the Commission shall decide within four working days of the notification whether the measures are to be retained, amended or abolished.

The last sentence of the second paragraph of article 22 provides that the Commission’s decision shall come into force immediately.

Therefore a decision of the Commission amending or abolishing protective measures is directly applicable and concerns interested parties subject to it as directly as the measures which it replaces.

It would be illogical to say that a decision to retain protective measures had a different effect, as the latter type of decision does not merely give approval to such measures, but renders them valid.”⁶⁹.

In the Alcan case⁷⁰, which concerned an appeal against the refusal by the EC Commission to a Member State to open a tariff quota, the ECJ

⁶⁸ Harding C., *The Review of EEC Regulations and Decisions*, Common Market Law Review, vol. 19/1982, p. 319.

⁶⁹ *Op. cit.*, note 56, p. 411.

⁷⁰ Case 69/69, *SA Alcan Aluminium Raeren and Others v. EC Commission*, [1970] ECR 385.

declared the applicants not directly concerned, since the annulment of the contested decision :

“cannot confer on the applicants the benefits which they seek, as such benefits can result only from the opening of tariff quotas by national authorities after an authorization granted by the Commission to the Member State concerned.

The decision rejecting the request does not therefore concern the applicants in any other manner than would the positive decision which they wish to obtain”⁷¹, and which can affect only Member States.

Similarly to Toepfer, in the *International Fruit* case⁷², the ECJ held the appeal admissible. The Court declared that:

“it is clear from the system introduced by Regulation N° 459/70, and particularly from article 2(2) thereof, that the decision on the grant of import licences is a matter for the Commission.

The Commission alone is competent to assess the economic situation in the light of which the grant of import licences must be justified

(...) national authorities do not enjoy any discretion in the matter of the issue of licences and the conditions on which applications by the parties concerned should be granted.

The measure whereby the Commission decides on the issues of the import licences thus directly affects the legal position of the parties concerned.”⁷³.

If one brings together the preceeding judgements, it is possible to say that the assessment of the requirement of “direct concern” by the ECJ is not very different from that one the Court follows for the requirement of legal effects for an act to be subject to review⁷⁴. It may be recalled that I said then that an act would be appealable only if it produces immediate and external legal effects on the legal position of an individual. Here, too, the ECJ will consider the requirement fulfilled as long as the contested measure produces legal effects directly on the legal sphere of the appli-

⁷¹ *Idem*, p. 394.

⁷² Joined Cases 41 to 44/70, *NV International Fruit Company and Others v. EC Commission*, [1971] ECR 411.

⁷³ *Idem*, p. 422 and 423.

⁷⁴ The similarity was first emphasized by Advocate General Gand in *Alcan*, *op. cit.*, note 70.

cant. And will also reject the appeal if it finds an autonomous will between such decision and its effects on the person's legal position.

The lack of an autonomous will in *Toeffer and International Fruit*, since it concerns a measure directed to a Member State, is explained due to the absence of discretion of the latter's authorities with regard to the adoption of national measures needed to give effect to the contested decision. Conversely, in *Alcan*, since the Member State authorities maintained its discretion whether to give effect to the EC Commission's decision, the legal position of the applicant was not affected directly by the measure.

Direct concern is related to causation, as Hartley explains: "there must be a direct link of cause and effect between the act and its impact on the applicant."⁷⁵ And resembles the notion of "direct effect" as Schermers states: "In both cases the intermediary Government has no discretion and the act is of direct legal relevance to individuals who need not necessarily be the addressees on it."⁷⁶

But in *Bock*, the ECJ deviated from this line, by declaring the applicant directly concerned, whereas the Member State authorities unquestionably were left discretion. The reasoning of the Court was:

"The appropriate German authorities had nevertheless already informed the applicant that they would reject its application as the Commission had granted them the requisite authorization. They had requested that authorization with particular reference to the applications already before them at that time."⁷⁷

Again in *Piraiki*, the ECJ held the measure of direct concern to the applicants despite the discretion left to the national authorities, since:

"the possibility that the French Republic might decide not to make use of the authorization granted to it by the Commission decision was entirely theoretical, since there could be no doubt as to the intention of the french authorities to apply the decision."⁷⁸

⁷⁵ *Op. cit.*, note 20, p. 343.

⁷⁶ Schermers H. and Waelbroeck D., *Judicial Protection in the European Communities*, Fifth Edition (Kluwer, 1992), p. 243.

⁷⁷ *Op. cit.*, note 57, p. 908.

⁷⁸ *Op. cit.*, note 60, p. 242.

Thus, one may assume that the ECJ will be prepared to held a measure of direct concern to the applicant where the Member State authority concerned gives notice of the action which it will take following the EC Commission's decision and prior to it, or, by majority, when the same authorities had already made the decision and just need the EC Commission's authorization to give effect to it.

In this connection I entirely agree with the statement of Advocate General Van Theemat in his opinion on the Piraiki case, that "that provision is wide enough to encompass not only the direct formal effects but also the direct material effects on a person of a decision granting authorization. A measure taken by the Community is defined as being of direct material concern to an interested party if, even though it requires the adoption of a further national implementing measure, it is possible to foresee with certainty or with a high degree of probability that the implementing measure will affect the applicant and the manner in which it will do so"⁷⁹.

In any case, one may regard AKSO as containing the general rule: the requirement of direct concern will be held fulfilled as long the contested decision is "a measure producing legal effects of such a kind as to affect the applicant's interest by clearly affecting its legal position".

F) The Right of Action of Third Private Parties in the Field of Mergers

On the basis of the case law discussed above it is time to find out which of the EC Commission's merger decisions are of individual and direct interest to third private parties, i.e., against which of such acts individuals, undertakings or associations, whom are not the addressees, have a right of action.

Certainly not all kind of decisions which the EC Commission might take towards the merger control procedure may concern third private par-

⁷⁹ *Op. cit.*, note 60, p. 216.

ties. The starting point here shall be to set out those acts which being nonetheless reviewable are undoubtedly excluded from the sphere of action of third parties.

(i) Decisions which Scape the Right of Action of Third Private Parties

The first category of acts to consider are the decisions demanding information from the parties involved in the merger operation, decisions ordering an investigation and decisions imposing fines⁸⁰. Those acts are irrelevant for third parties for they do not affect in any way the latter's legal position, namely its rights, obligations or legitimate interests. Only the addressees of the decision are concerned with it, and just them are entitled to attack it.

The same applies to the EC Commission decisions extending the suspension period for the implementation of the merger operation⁸¹. Here, too, the effects of those decisions do not produce a modification on the legal position of third parties. Such decision is not on the substance of the case, i.e., does not regard the compatibility or incompatibility of the merger with the common market. Again only the addressees have the capacity to challenge it.

The decision whereby the EC Commission orders divestment of a merger operation already implemented⁸², does as well not have the effect of changing the legal position of third parties, which therefore have not the possibility to seek its annulment.

Finally, the decision where the EC Commission declares the concentration incompatible with the common market⁸³, affects exclusively the legal position of the parties to the operation, which for that reason are the sole persons legitimate to challenge it. Indeed, despite being a decision on the substance, it does however not produce a negative effect on the legal position of third parties.

⁸⁰ Adopted, respectively, under articles 11(5), 13(3) and 16 of the Merger Regulation.

⁸¹ Pursuant to article 7 of the Merger Regulation.

⁸² Taken under article 8(4) of the Merger Regulation.

⁸³ Adopted under article 8(3) of the Merger Regulation.

As regards these four types of EC Commission's decisions, third private parties lack *locus standi* to bring the proceedings for its annulment⁸⁴. The review of the legality of the EC Commission action on those issues depends entirely from the addressees of the decision.

(ii) Decisions Caught by the Right of Action of Third Private Parties

The only decisions which may, in principle, be of individual interest to and, in addition, affect the legal position of third private parties, and in particular competitors, regard decisions where the EC Commission declares the operation not caught by the Merger Regulation, or to fail within its scope however without raising serious doubts as to its compatibility with the common market, or compatible subject to certain conditions⁸⁵. This means that third parties may only challenge decisions on the substance of the case producing a negative effect on their legal position. It is time to decide if third private parties may have a sufficient interest and direct concern upon those decisions for standing under article 173.

On the basis of the EC merger control law and the EC Court's case law discussed above, the approach has to be twofold. On one side, I shall discuss the rights of third parties to which the law recognizes a legitimate interest in the outcome of the EC Commission action and/or which have intervened in the relevant administrative procedure and claim that their market position will be significantly affected by the clearance of the concentration. On the other side, the rights of third parties not specifically referred in the applicable law as having a special interest, and which have in addition not intervened in the procedure, but that later seek the annulment of the final decision⁸⁶. This approach is explained because the Merger Regulation specifically recognises a "sufficient interest" of members of the administrative or management bodies of the undertakings concerned, and recognised worker's representatives of those undertakings⁸⁷. On other hand,

⁸⁴ See also Langeheine B., *op. cit.*, note 10, p. 129-130.

⁸⁵ Adopted, respectively, under articles 6(1)(a), (b) and 8(2).

⁸⁶ For ease of reference I shall call the former 'legitimate third parties', and the latter 'non-legitimate third parties'.

⁸⁷ Article 18(4) of the Merger Regulation. The interest thereby recognised just entitles those persons to be heard during the administrative procedure. It does not automatically follow a right of action on them.

the ECJ's case law, in particular *Metro and Cofaz*, shows that the Court is prepared to take into consideration for standing, the participation of third parties in the relevant administrative procedure as well as the impact of the contested decision on their market position⁸⁸.

(iii) 'Legitimate Third Parties'

Prior to the Merger Regulation, any person who considered that a certain merger operation was in breach with articles 85 and/or 86 had a right to lodge a complaint to the EC Commission. Such right was provided in Regulation 17 to all natural or legal persons who claimed a legitimate interest⁸⁹. Since the Merger Regulation is in force, however, third parties are no longer entitled to ask the EC Commission to take action against a given merger operation which they consider is in breach with it⁹⁰. This apparent restriction on the rights of interest third parties has been explained, in first place, because merger operations are not as such forbidden by community law, in particular by the Merger Regulation⁹¹. Besides, on the face of it, the merger control system set up by the Merger Regulation is directed to the impact of concentrations on the structure of competition, and not, in principle, to protect competitors and other individuals⁹².

From here it does not necessarily follow that the 'legitimate third parties' do not have a right to participate in the proceedings concerning the assessment of a given merger. The Merger Regulation expressly recognises to those parties, upon application, the right to be heard⁹³. Automatically, to members of the administrative or management organs of the companies

⁸⁸ But one has always to keep in mind that the application of the principles so far developed by the ECJ in other fields, to merger matters, must be with caution.

⁸⁹ At article 3(2)(b) (see note 27).

⁹⁰ The Merger Regulation specifically disapplies Regulation 17 from merger situations (at article 22(2)). And then does not provide a right to complaint to third parties.

⁹¹ See Cook J. and Kerse C., *EEC Merger Control Regulation 4064/89* (Sweet & Maxwell, 1991), p. 108.

⁹² See Recital (7) of the Merger Regulation. See also Langeheine, *op. cit.*, note 10, p. 127 and 129.

⁹³ The right to be heard includes the submission of written and oral comments. Oral hearings are, however, secondary to the making of written submissions, save where the urgency of the case requires written comments to be dispensed with in favour of oral comments.

concerned, or the recognised representatives of their employees. When showing a “sufficient interest”, to all others. Thus, ‘legitimate third parties’ do not have a right to lodge a complaint with regard to mergers, requiring the EC Commission to take action to prevent further or continued infringement of community law⁹⁴. But once the EC Commission initiates the administrative proceedings to scrutinize the operation, those parties have the right to be heard. Now the question which one must put forward is that will the recognition of a “sufficient interest” and/or to participate in the administrative proceedings be enough for standing under article 173 ?

The ECJ, as seen above, in contrast with its rather consistent line of reasoning, uphold less restrictive factors to accept the fulfilment of standing requirements in the fields of competition, state aids and anti-dumping. Indeed, in *Metro* and in *Cofaz*, for example, the role of the third parties in the administrative procedures was determinant for the Court to accept the standing requirements fulfilled. It is true that in *Cofaz* the ECJ was influenced by the impact of the contested decision on the market position of the applicants. But none of these factors would as such, in terms of the general case law, turn the applicants individually concerned, i.e., in members of a “close category” for being affected by the contested decision in a special way. However, if one accepts the view submitted by Langeheine, that the Court held the applications admissible only in so far the provisions claimed to be infringed were designed to protect the applicant⁹⁵, then we must take into consideration a further qualification.

These principles cannot be automatically transposed to the field of mergers. Moreover, the Merger Regulation does not provide a right to lodge complaints, which exercise in *Metro* was probably determinant for the Court upholding the appeal⁹⁶. But the intervention of third parties in the merger proceedings is in all equal to the intervention in any other community administrative procedure, i.e., once the third parties have been allowed or invited to participate their rights and legitimate interests should

⁹⁴ These does not mean that the EC Commission will not investigate informal complaints, for example that there had been a failure to notify a merger with community dimension. In practice, that must be precisely what the EC Commission will do.

⁹⁵ As it seems it was the case in *Sofrimport* (Case 152/88, *Sofrimport SARL v. EC Commission*, [1990] ECR 2477, 2508). See Langeheine, *op. cit.*, note 10, p. 128.

⁹⁶ See Dinnage, *op. cit.*, note 67, p. 33.

be safeguarded in the same manner as in any other field. The only difference is that in one case is the complainant who had activated the procedure culminating in the decision which was challenged, whereas that may not be the situation in merger proceedings. But such fact does not distinguish the interveners in one or other procedure in any legal way⁹⁷. Likewise, nothing should prevent the application in this context of the principles of “satisfactory administration of justice”, and “proper application of substantive law”: anyone entitled to intervene in the merger proceedings as a result of its sufficient interest in the EC Commission’s decision must be individually concerned with the latter.

It is hardly reasonable that a person showing a “sufficient interest” with respect to the forthcoming decision would nonetheless be not individually concerned with that same decision. This in turn raises the question of the meaning of the term “sufficient interest”.

First of all, it should be noted that the term is not new in community law, since it is also contained in Regulation 17 and Regulation 99/65⁹⁸. Thereby is afforded to third parties the right to be heard, too. It has been said that the interest required to be allowed to be heard might be less than the interest required to lodge a complaint⁹⁹. The remark is not relevant in merger matters, for the right to complaint is not contemplated applicable law. More important, is that the recitals to the Merger Regulation outline the ‘legitimate interest’ of third parties¹⁰⁰ where as the relevant *provisio* in this context speaks of “sufficient interest”. It is difficult to accept that the use of the first term is nothing more than the result of a *lapsus linguae* of the drafters. I prefer to believe that the use of the two terms is deliberate and that both terms have just one and the same meaning. The problem is that the Court has not so far clarified what shall be precisely meant by “sufficient or legitimate interest”.

⁹⁷ See Dinnage, *op. cit.*, note 67, p. 32.

⁹⁸ At article 19 of Regulation 17 (see note 25). At articles 5 and 7 of Regulation 99/63 of the Commission of 25 July 1963 on the Hearings provided for in article 19(1) and (2) of Council Regulation 17, OJ Sp., Ed. 1963.

⁹⁹ See Temple Lang, *op. cit.*, note 67, p. 183.

¹⁰⁰ Recital 19 states that “(...) third parties showing a legitimate interest, must also be given the opportunity to be heard.” (emphasis added).

In this context I share the view expressed by Temple Lang in competition situations, that in defining the phrase “legitimate interest” one has to take into consideration the case law under article 37 of the Protocol on the Statute of the ECJ, and article 93 of the Rules of Procedure of the ECJ¹⁰¹. It is suggested that an interest sufficient or legitimate to give a third party the right to intervene in the merger proceeding (and therefore also in eventual legal proceedings) is its direct and practical interest in the outcome of that proceeding, in the final decision. This would be consistent with the leading pronouncement on “individual concern”, since the interest in the outcome of the procedure would differentiate the intervener from all other persons just as in the case of the addressees. The interest to protect cannot be the influence of the measure on the competitive relationships existing on the relevant market, which the ECJ already held not sufficient to fulfil the requirement in *Eridania*. It has to be a special interest clearly distinct from the general interest in the outcome of the procedure.

If said approach is valid, those third parties specifically recognised by the Merger Regulation as having “sufficient interest” on the merger administrative proceeding would automatically be “individually concerned” for seeking the review of the final decision. And the position shall be the same whether they intervene or not in the procedure. The law itself states that they have a special and direct concern in the outcome of the proceeding, and does not make it dependent upon their intervention.

As to the others third parties they would need to succeed in demonstrating a direct and individual interest in the outcome of the merger procedure. How would this occur? That is a question of fact. But the following seems to have a sufficient or legitimate interest in the EC Commission’s merger decision, and therefore, should be considered individually concerned:

- a) the result of the operation will be a horizontal merger¹⁰², which the third party reasonably claim that will run him out of the relevant market or reduce significantly his market share;

¹⁰¹ Temple Lang, *op. cit.*, note 67, p. 179, 183 and 187.

¹⁰² A horizontal merger is the result of the combination “between competitors in the same product market and at the same level of the productive or distributive cycle.” (See Which R., *Competition Law*, 2nd Ed. (Butterworths, 1989), p. 692).

- b) the transaction will give place to a vertical integration¹⁰³, which the third party reasonably alleges will have foreclosure effects, for it will bar its access to the source of supply or it will prevent or significantly difficult him from disposing his products¹⁰⁴.

This said, it is to the requirement of direct concern that I must turn now, since for *locus standi* under article 173 is not enough to be lost individually concerned with the contested decision.

The special interest in the outcome of the merger procedure arises from the potential damage of the EC Commission on the undertaking's market position, if the intervener is a competitor, or more generally, in the individual's legal sphere.

It is submitted that a decision clearing the merger will be always of direct concern to 'legitimate third parties'. Such decision would be necessarily contrary to the position assumed by it towards the merger procedure. Indeed, as seen before, only decisions of compatibility may be of concern to third parties. On other hand, the legitimate interest of those persons was defined by their direct and practical interest in the outcome of the merger procedure. Such interest must be the non clearance of the merger due to its negative effects on the legal sphere of the legitimate third parties. The decision of compatibility would consequently be of direct concern to legitimate third parties¹⁰⁵.

The express recognition of a sufficient interest to members of the administrative or management bodies of the undertakings concerned or the recognised representatives of their employees, and to interveners in the merger procedure, together with the clearance of the merger, makes

¹⁰³ A vertical merger takes place "where a firm at one level takes over another further back or further down in the distributive chain." (idem, p. 693).

¹⁰⁴ It should be noted that the third parties are required to show the reasons for their interest in the result of the case, and not to demonstrate the merits of the claim. Otherwise, what is exclusively a jurisdictional issue, would turn to be assessed *ex vi* substantive concepts.

¹⁰⁵ In drawing this conclusion I tender that it is sufficient the impact of the decision concerned on the applicant's legitimate interests: the interest in not having its market position significantly affected, in the case of a competitor.

these two classes of third parties, directly and individually concerned for the purposes of bringing appeals under article 173¹⁰⁶.

A competitor, for example, will show a legitimate interest to intervene in the merger procedure, if he reasonably claims that his market position will be significantly affected by the clearance of the merger. It is this special interest in the outcome of the procedure that is clear distinct from the general interest, and which therefore, makes him “individually concerned”.

If finally the merger is considered compatible, the relevant decision will have a direct and negative impact on his market position. Those effects on the competitor’s sphere makes him, in addition, “directly concerned”.

There is, however, a further problem. It has been said at the beginning of this discussion that one author suggested that the Court might be only prepared to take into consideration the third party’s intervention in the procedure, and the impact of the contested decision on his legal sphere, in so far as the Merger Regulation is designed to protect also competitors and other individuals, such as consumers and workers.

I shall argue, though, that in the context of legal proceedings brought by ‘legitimate third parties’ that is not the situation. With regard to this category of third parties, and for the purpose of standing, it is irrelevant the general scope of the Merger Regulation, for the reason that the regulation itself recognises formally a sufficient interest to it, which make ‘legitimate third parties’ individually concerned with the EC Commission’s merger decision. They will in addition be directly concerned with the decision clearing the merger. This means that any decision where the EC Commission declares the merger not caught by the Merger Regulation, or to fail within its scope but without raising serious doubts as to its compatibility with the common market, or compatible subject to certain conditions, will accord automatic *locus standi* to ‘legitimate third parties’.

¹⁰⁶ In favour of the right of action of those parties, see McClellan A., *Mergers and Joint Ventures with a Community Dimension and Other Acquisitions*, The Journal of Business Law, March 1992, p. 147-148.

(iv) Non-Legitimate Third Parties

It was said above that the assessment of *locus standi* of third parties in the field of mergers, would have to focus on the parties which the Merger Regulation considered as having a sufficient interest in the culmination of the administrative procedure, or those having intervened therein, on one hand, and all other third private parties seeking the annulment of the decision concerned, on other hand. The separate discussion was then justified due to the distinction afforded by the Merger Regulation, and because of the case law concerning private standing to sue. Such procedure is not, therefore, the result of a scientific option. The reason for not being is simple. I do not think that the mere fact that third private parties have not intervened in the merger procedure or, have not their interest in the culmination of that procedure legitimated by the applicable law, does differentiate their legal position, namely, their right of action.

If it is accepted that two persons may be directly and individually concerned by an EC Commission's decision, in different ways, being no reason why both shouldn't have standing to attack it, as it seems to be the case¹⁰⁷, *a fortiori*, the same should apply to persons showing a similar direct individual concern.

It seems quite obvious that a person who has not intervened in the relevant procedure cannot just by that reason be considered as having any less of an interest. It would be rather anomalous if the legal nature of the interest of third parties in the contested decision would vary depending on their administrative participation. There might be various reasons for not intervening. Moreover, it is not the participation that made 'legitimate third parties' individually concerned, but the interest that they had shown in the outcome of the procedure. Persons that could be entitled to play a part in the merger procedure comparable to the actual interveners, should have the same rights.

This suggests that 'non-legitimate third parties' do also have access to judicial review under article 173(2). To achieve that objective, I submit

¹⁰⁷ See Hartley, *op. cit.*, note 20, p. 341.

that they have to show a “sufficient interest” in the contested decision just as the interveners did with regard to the result of the procedure, to be allowed to make comments on the operation. This would demonstrate their “individual concern”.

Since such interest must be the non clearance of the merger because of its negative effects on the person’s legal sphere, the decision where the EC Commission declares the merger not caught by the Merger Regulation, or to fail within its scope but without raising serious doubts as to its compatibility with the common market, or compatible subject to certain conditions, will be necessarily of “direct concern” to ‘non-legitimate third parties’.

There is, though, a practical distinction between ‘legitimate third parties’ and ‘non-legitimate third parties’. The former shall be held automatically directly and individually concerned with the EC Commission’s merger clearance, whereas the latter shall show the reasons for their practical and direct interest in the result of the case, for the same effect.

III. CONCLUSION

Judicial review of EC Commission’s mergers decisions gives rise to a number of distinctive questions. I restricted the object of my dissertation, though, to private standing for the purposes of bringing appeals under article 173(2).

According to the general case law, the standing of third private parties depends on three conditions:

- a) the object of the appeal must be an act of the Council or the EC Commission;
- b) the act must be of “direct concern” to the applicant;
- c) the act must be of “individual concern” to the applicant.

The immediate problem which I put forward from the outset was whether the principles developed by the ECJ could be transposed to merger situations or whether it was to expect the Court to develop a distinctive jurisprudence in this field. It is suggested towards the present

work the possibility to conciliate the general case law with the possible standing requirements for attacking merger decisions.

Accordingly, I think that the only EC Commission's merger decisions against which individuals, undertakings or associations, whom are not the addressees may have a right of action, regard decisions where the EC Commission declares the operation not caught by the Merger Regulation, or to fail within its scope but without raising serious doubts as to its compatibility with the common market, or compatible subject to certain conditions. I.e., third private parties may only challenge decisions on the substance of the case producing a negative effect on their legal position.

Members of the administrative and management boards of the undertakings concerned, and recognised worker's representatives of those undertakings, and third parties which have participate in the proceedings before the EC Commission, all are recognised as having a "sufficient" or "legitimate" interest in the outcome of that proceedings, which differentiates them from all other persons just as in the case of the addressees. All are, consequently, "individually concerned" for seeking the review of the EC Commission's clearance of the merger. Due to the impact of such decision on their legitimate interests, the clearance of the merger is in turn of "direct concern" to them. Any decision clearing the merger will, therefore, accord to those parties automatic *locus standi* under article 173(2).

But the mere fact that the third parties have not intervened in the merger procedure or, have not their interest in the culmination of that procedure legitimated by the applicable law, does not differentiate their legal position, namely, their right of action. This class of third parties will also have access to judicial review under article 173(2), if they show a "sufficient interest" in the contested decision just as the interveners did with regard to the result of the procedure, to be allowed to make comments on the operation. This will demonstrate their "individual concern". Since such interest must be the non clearance of the merger because of its negative effects on their legal sphere, such a decision will be necessarily of "direct concern" to them.

The straightforward access to judicial review in the field of mergers by private plaintiffs which I suggest in the present work is certainly

be open to severe criticisms. I would always argue that in the absence of a merger jurisprudence, the solutions to which I arrived are consistent with the general case law regarding private standing, namely, Plaumann and AKSO, as well as with the case law in other fields, notably Metro and Cofaz.

BIBLIOGRAPHY

Bellamy C. and Child G., *Common Market Law of Competition*, 3rd Ed., with 1991 supp. (Sweet & Maxwell, 1987).

Barav A., Direct and Individual Concern: *An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, *Common Market Law Review*, vol. 11/1974, p. 191-198.

Commission of the European Communities, *Horizontal Mergers and Competition Policy in the European Community*, *European Economy* n° 40, May 1989.

— *Nineteenth Competition Report* (1989).

— *Twentieth Competition Report* (1990).

— *Twenty First Competition Report* (1991).

— *Community Merger Control Law*, *Bulletin of the European Communities*, supp. 2/90.

Cook J. and Kerse C., *EEC Merger Control Regulation 4064/89* (Sweet & Maxwell, 1991).

Dinnage J., *Locus standi and Article 173 EEC: the effect of Metro SB Grossmarkte v. Commission*, *European Law Review*, vol. 4/1974, p. 15-34.

Edward D. and Lane R., *European Community Law – An Introduction* (Butterworths/Law Society of Scotland, 1991).

- Foster N., *EEC Legislation*, 3rd Ed. (Blackstone Press Limited, 1992).
- Fox E., *Merger Control in the EEC – Towards a European Merger Jurisprudence*, Fordham Corporate Law Institute: EC and US Competition Law and Policy, Barry Hawk Editor, 1991, p. 709-750.
- Geneste B., *L'Actualité du Contentieux Communautaire de la Concurrence*, Europe et Société, Palais des Congrès, 15 Juin 1993.
- Goyder D.G., *EC Competition Law*, 3rd Ed. (Oxford European Community Law Series, 1993).
- Greaves R., *Locus Standi under Article 173 EEC when Seeking Annulment of a Regulation*, European Law review, vol. 11/1986, p. 119-133.
- Halverson J., *EC Merger Control: Competition or Industrial Policy ? Views of a US Practitioner*, Legal Issues of European Integration, 1992/2, p. 49-66.
- Harding C., *The Private Interest In Challenging Community Action*, European Law Review, vol. 5/1980, p. 354-361.
- *The Review of EEC Regulations and Decisions*, Common Market Law Review, vol. 19/1982, p. 315-322.
- Hartley T. C., *The Foundations of European Community Law*, 2nd Ed. (Clarendon Law Series, 1988).
- Langeheine B., *Substantive Review under the EEC Merger Regulation*, Fordham Corporate Law Institute: International Mergers and Joint Ventures, Barry Hawk Editor, 1990, p. 481-502.
- *Judicial Review in the Field of Merger Control*, The Journal of Business Law, March 1992, p. 121-135.
- Mestmacker E., *Merger Control in the Common Market: Between Competition Policy and Industrial Policy*, Fordham Corporate Law Institute:, Barry Hawk Editor, p. 20-1–20-34.
- McClellan A., *Mergers and Joint Ventures with a Community Dimension and other Acquisitions*, The Journal of Business Law, March 1992, p. 136-149.
- Morgan de Rivery E. and Derenne J., *Règlement sur les Concentrations voies de Recours des Entreprises*, Gazette Européenne du Palais, n° 8-9, 9-10 Avril 1993.

Overbury C. and Jones C., *EEC Merger Regulation Procedure: A Practical View*, Fordham Corporate Law Institute: International Mergers and Joint Ventures, Barry Hawk Editor, 1990, p. 353-384.

Rasmussen H., *Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs ?*, European Law Review, vol. 5/1980, p. 112-127.

Ridyard D., *An Economic Perspective on the EC Merger Regulation*, European Competition Law Review, vol. 6/1990, p. 247-253.

Schermers H. and Waelbroeck D., *Judicial Protection in the European Communities*, Fifth Edition (Kluwer, 1992).

Swann D., *The Economics of the Common Market*, 7th Ed. (Penguin Books, 1992).

Temple Lang J., *The Position of Third Parties in EEC Competition Cases*, European Law Review, vol. 3/1978, p. 177-190.

Toth A.G., *The Individual and European Law*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 24/1975, p. 659-706.

Usher J., *Regulations – general and individual at the same time ?*, European Law Review, vol. 9/1984, p. 263-265.

Waelbroeck M., *Judicial Review of Commission Action in Competition Matters*, Fordham Corporate Law Institute: Antitrust and Trade Policies of the European Economic Community, Barry Hawk Editor, 1983, p. 179-218.

Weinberg and Blank, *Take-overs and Mergers* (Sweet & Maxwell, 1979).

Which R., *Competition Law*, 2nd Ed. (Butterworths, 1989).

CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM

JOSÉ MANUEL SANTOS PAIS

*Directeur du Bureau de Documentation et Droit Comparé
de l'Office du Procureur Général de la République*

**LE STATUT CONSTITUTIONNEL
ET LA STRUCTURE INTERNE
DU MINISTERE PUBLIC
DANS UN ETAT DE DROIT ***

* Réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le Bureau du Procureur Général de la République de Hongrie (Budapest, 27-29 septembre 1994).

1. Introduction

Il y a une grande difficulté de base à parler d'un département. l'Office du Procureur Général de la République, et d'un ensemble de personnes, celles qui intègrent le Parquet (Ministère Public) dans une perspective pan-européenne. Il s'agit, en effet, d'une entité très différente dans les pays d'Europe occidentale, qui risque de n'avoir en commun, dans les différents pays, que le nom, lequel ne correspond pas aux mêmes principes, à la même philosophie, à la même structure et organisation.

Le Ministère Public reflète surtout une évolution historique propre à chaque pays et système juridique. Sa propre évolution est, en particulier, étroitement liée aux changements survenus en matière de procédure pénale dans ces dernières années.

2. Evolution historique du Ministère Public

L'on pourrait dire qu'il y a, *grosso modo*, deux grands systèmes d'organisation du Parquet: les systèmes continentaux, directement ou indirectement inspirés du modèle napoléonien du Parquet, et les systèmes de common law. Il s'agit, dans la plupart des cas, de différentes approches pour la satisfaction des mêmes besoins. Point parfois en commun des deux systèmes: la proximité du pouvoir exécutif.

Les grandes questions qui se posent dans ce domaine sont parfois communes aux deux systèmes: Est-ce que le Ministère Public est un organe administratif (Allemagne) ou judiciaire (Belgique, Portugal)? Appartient-il au pouvoir exécutif (Allemagne, Belgique, France) ou au pouvoir judi-

ciaire (Espagne, Portugal)? Malgré le fait d'être considéré comme appartenant au pouvoir exécutif, est-ce que le Parquet peut être considéré comme appartenant au corps judiciaire (Allemagne, Belgique, France)? S'agit-il d'une véritable magistrature telle que la magistrature du siège (Belgique, France, Portugal) ou pas (Espagne)¹? Quels sont les intérêts qu'il est appelé à protéger: l'intérêt du Gouvernement, l'intérêt public ou l'intérêt de la loi ?

3. L'influence des droits de l'homme sur l'organisation judiciaire

3.1. Il y a une profonde évolution, dans ces dernières années, notamment après l'approbation de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dans les systèmes juridiques, notamment dans le domaine de l'organisation et d'attributions de la magistrature du siège et du Ministère Public et de l'organisation judiciaire en général. De nouvelles notions, d'une extraordinaire portée, ont été prévues dans des textes tellement importants que la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques: notion de tribunal indépendant et impartial, notion d'autorité judiciaire (art. 5 par. 1 (c) de la CEDH), notion de magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires (art. 5 par. 3 de la CEDH).

3.2. En plus de dispositions de nature conventionnelle, d'autres principes, concernant le système d'administration de la justice, ont été arrêtés dans de nombreuses Déclarations et autres textes. Parmi ceux-ci, on aimerait souligner les suivants:

- Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (VIIème Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime) et règles pour l'application effective de ces principes (Résolution 1989/6 de l'ECOSOC);
- Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du Parquet (VIIIème Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime).

4. Le Ministère Public: dynamisation de son rôle dans les sociétés modernes

Après les préoccupations du législateur, et du public en général, sur le rôle, structure et fonctionnement de la magistrature du siège, il semble

¹ En Italie, le parquet et la magistrature du siège font partie de la même carrière.

que l'heure du Ministère Public est, à son tour, arrivée. L'on assiste, aujourd'hui, à une discussion profonde sur les problèmes qui ont trait spécifiquement au Parquet, notamment sur ses caractéristiques fondamentales, son rôle dans la procédure, l'étendue de ses fonctions, sa réelle indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Des reflets de cette discussion peuvent être décelés dans le fait que le législateur de différents pays² s'en est largement occupé dans ces dernières années, à travers:

- la préparation de nouvelles lois organiques sur le Parquet;
- la consécration, parfois même au niveau constitutionnel, de son rôle;
- l'élargissement de ses pouvoirs en matière de procédure pénale;
- la reconnaissance de son importance dans le domaine de la coopération judiciaire internationale, notamment en matière pénale.

5. Statut constitutionnel du Ministère Public

5.1. Choix du Procureur Général de la République et des membres du Parquet

Différents sont également, dans les pays européens, les règles concernant le choix du Procureur Général de la République et des membres du Parquet. Ce choix relève, par exemple:

- du Chef de l'Etat: Président de la République, ou Roi (Belgique, Bulgarie, France³), parfois sur proposition du Premier Ministre (comme au Portugal⁴), du Conseil des Ministres (comme en Espagne⁵), du Parlement (comme en Slovaquie) ou de Conseils spécialisés (comme en Roumanie);
- du Parlement (Royaume-Uni, Hongrie, Macédoine), parfois sur proposition d'autres organes (comme, par exemple, du Président de la République – Moldavie);

² Par exemple, le législateur portugais.

³ Les magistrats du parquet sont nommés par Décret du Président de la République, après avis simple du Conseil Supérieur de la Magistrature. Les Procureurs Généraux de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel sont nommés par le Ministre de la Justice.

⁴ Pour ce qui a trait à la nomination du Procureur Général de la République.

⁵ Sur avis du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire.

- du Gouvernement⁶, notamment par l’intermédiaire du Conseil des Ministres (Grèce), ou du Ministre de la Justice (Allemagne, France, Pays-Bas);
- de Conseils spécialisés, v.g. du Conseil Supérieur de la Magistrature (Italie, Croatie) ou du Conseil Supérieur du Ministère Public (Portugal⁷)⁸.

5.2. Responsabilité politique du Procureur Général de la République

La responsabilité politique du Procureur Général de la République est, naturellement, étroitement liée au mode de choix de celui-ci et peut-être notamment effective:

- devant le Parlement (Albanie, Biélorussie, Hongrie, Slovaquie, Macédoine);
- devant le Gouvernement (Allemagne, Belgique, France, République Tchèque);
- devant le Président de la République et le Premier Ministre⁹.

5.3. Responsabilité politique et durée du mandat du Procureur Général de la République

Des liens subtils peuvent être également établis entre la responsabilité politique du Procureur Général de la République et la durée du mandat de celui-ci. En effet, l’on peut prétendre qu’une des formes les plus sûres d’assurer l’indépendance du Procureur Général de la République serait d’assurer sa nomination pour une période pré-définie, durant laquelle il jouirait de toute indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs de l’Etat.

⁶ Dans certains pays, le Procureur Général de la République est, lui-même, membre de l’exécutif (Etats-Unis d’Amérique, Royaume-Uni, Pologne).

⁷ Pour ce qui a trait à la nomination des magistrats du parquet, à l’exception du Procureur Général de la République.

⁸ D’autres situations peuvent encore être relevées. Par exemple, le Procureur Général de la Fédération de Russie est nommé et relevé de ses fonctions par le Conseil de la Fédération, sur proposition du Président de la Fédération.

⁹ C’est le cas du Portugal, où le Procureur Général de la République se maintient en fonctions aussi longtemps qu’il garde la confiance du Président de la République et du Premier Ministre.

On aurait, donc, des cas où le Procureur Général serait nommé pour une période indéterminée, durant laquelle il garderait son poste tant que durerait la confiance accordée par l'organe (ou organes) ayant procédé à sa nomination, et d'autres cas où il ne pourrait exercer sa charge que pour une période limitée.

De tels arguments doivent être toujours interprétés *cum grano salis*. Le fait d'être nommé pour une période indéterminée ne nuit forcément pas à l'indépendance du Procureur Général de la République. Il suffit, à cet effet, d'assurer cette indépendance par des moyens adéquats, par exemple en exigeant l'intervention de plusieurs organes pour sa nomination (comme au Portugal), ou en précisant des règles de non-ingérence dans son activité.

Des arguments semblables pourraient être utilisés à l'égard de la nomination pour une période fixe pré-déterminée. Ce système peut coexister avec des ingérences possibles dans l'activité du Procureur Général de la République et conduire à des situations où celui-ci n'est pas reconduit pour avoir exercé sa charge avec trop d'indépendance.

5.4. Rapports avec les autres organes de l'Etat: indépendance de toute intromission abusive

Quel que soit le système de Parquet considéré, le principe fondamental à sauvegarder, en ce qui le concerne, est celui de préserver l'exercice de son activité de toute intromission abusive de la part d'autres organes d'Etat, quels qu'ils soient. Ceci n'entraîne forcément pas que le Parquet jouisse d'une totale indépendance vis-à-vis de ces autres organes, mais que les rapports avec eux soient assujettis à ces règles précises, publiques et susceptibles de contrôle démocratique. En démocratie, nul pouvoir sans responsabilité.

5.5. Rapports avec la magistrature du siège

Des rapports particuliers doivent être établis entre le Parquet et la magistrature du siège, du fait de la complémentarité de leur activité au sein du système d'administration de la justice.

Plusieurs solutions ont été esquissées pour résoudre ce problème et peuvent être référées, notamment:

- le Parquet et la magistrature du siège ne constituent qu'un même corps, où les magistrats peuvent être appelés à exercer des fonctions soit dans l'une, soit dans l'autre de ces magistratures (France, Italie);
- le Parquet est une magistrature autonome, mais faisant partie du pouvoir judiciaire (Portugal);
- le Parquet est un corps autonome exerçant une fonction judiciaire, mais ne faisant pas forcément partie du pouvoir judiciaire (Belgique).

6. Les fonctions du Ministère Public: croissance sans limites?

Les fonctions exercées par le Ministère Public ont normalement eu une croissance accélérée dans ces dernières années¹⁰, couvrant progressivement plusieurs domaines d'activité nouveaux. Des exemples de cette intervention, pris de plusieurs systèmes juridiques, sont ensuite mentionnés, groupés par domaines spécifiques d'intervention:

6.1. Domaine pénal: exercer l'action pénale, conduire l'enquête criminelle (même si elle est réalisée par d'autres entités), promouvoir et collaborer aux actions de prévention de la criminalité, surveiller l'activité des organes de police criminelle, etc. ...

6.2. Domaine social: représenter les travailleurs et leurs familles dans la défense de leurs droits de nature sociale.

6.3. Domaine civil: représenter l'Etat, les régions autonomes, les collectivités locales, les incapables, les incertains et les absents en lieu inconnu; intervenir dans les procédures en faillite et insolvabilité.

¹⁰ L'exemple donné par plusieurs systèmes juridiques de pays de l'Europe centrale et orientale semble aller, apparemment, dans un sens inverse (réduction des fonctions exercées par le parquet), résultat presque certain des profondes transformations subies par leurs Prokuraturas dans les toutes dernières années et de l'effort déployé par ces pays pour respecter les exigences d'un Etat de droit démocratique.

6.4. Domaine de la défense de la légalité:

- défendre l'indépendance des tribunaux, dans le cadre de ses attributions, et veiller à ce que la fonction juridictionnelle soit exercée dans le respect de la Constitution et des lois;
- promouvoir l'exécution des décisions des tribunaux afin de leur conférer légitimité;
- former recours contre les décisions découlant d'un concert frauduleux entre les parties dans l'intention d'éluider la loi ou prononcées en violation de la loi expresse.

6.5. Domaine constitutionnel: contrôler la constitutionnalité des actes normatifs.

6.6. Domaine administratif: contrôle de la légalité des actes de l'Administration, élaboration d'avis juridiques sur demande du Gouvernement (moyennant des Conseillers Juridiques auprès de différents Ministères, ou un Conseil Consultatif fonctionnant au sein de l'Office du Procureur Général de la République).

6.7. Domaine de la protection de l'environnement: protection des intérêts diffus de la population, mis en danger par des actes de pollution ou autres affectant l'environnement.

6.8. Domaine de la protection des consommateurs: protection des intérêts de ceux-ci à l'égard des différents agents économiques.

6.9. Domaine des réformes législatives:

- présentation au Gouvernement, ou au Parlement, de propositions de mesures législatives visant à l'efficacité du Ministère Public et au perfectionnement des institutions judiciaires;
- soumission d'informations au Parlement, ou au Gouvernement sur des obscurités, insuffisances ou contradictions des textes légaux;
- préparation de propositions au Gouvernement sur des mesures législatives nécessaires à conférer force exécutoire aux préceptes constitutionnels.

6.10. Domaine de la coopération internationale: des interventions accrues dans le domaine de l'extradition, entraide judiciaire en matière pénale, etc. ...

7. La structure du Ministère Public: conséquence des fonctions qu'il déploie?

7.1. Modèles de structure et organisation

Plusieurs modèles peuvent être trouvés, en matière de structure et organisation du Parquet, dans les différents pays européens. L'on trouve, par exemple:

- un modèle hiérarchisé et centralisé classique, dirigé par le Procureur Général de la République (Espagne, Portugal), où celui-ci, et les membres supérieurs du Parquet, gardent le pouvoir de donner des instructions aux personnes sous leurs ordres;
- un modèle décentralisé avec coordination locale (Italie), où il n'y a pas, à proprement parler, de liens de coordination entre les membres du Parquet dans les différents tribunaux;
- un modèle décentralisé avec coordination par un groupe de Procureurs Généraux, *maxime* auprès des différentes Cours d'Appel (Allemagne, Belgique, France) qui dirigent effectivement les magistrats du Parquet dans les tribunaux intégrés dans l'aire de compétence de ces mêmes Cours d'Appel, le Procureur Général auprès de la Cour de Cassation n'ayant aucune intervention dans l'activité des autres magistrats appartenant au Ministère Public.

7.2. Adaptation du modèle à la structure judiciaire et/ou administrative du pays

Dans une grande partie des pays européens, le modèle du Ministère Public suit la structure judiciaire et/ou administrative du pays concerné: les circonscriptions administratives coïncident, en règle, avec les circonscriptions judiciaires, le placement des magistrats du Parquet dans les différents tribunaux (Cour Suprême, Cours d'Appel, tribunaux de première instance) étant normalement fait en fonction, simultanément, de leur an-

cienneté et de l'état de leur avancement dans la carrière, aussi bien que du rang du tribunal concerné.

7.3. Chaîne de commandement

Le principal objectif poursuivi par le principe de la chaîne de commandement est celui d'assurer l'uniformité d'action du Ministère Public, qui a une particulière importance sous l'angle de l'égalité de traitement de tout citoyen devant la loi.

Mais ce principe pose également des problèmes délicats: jusqu'où doit aller l'obéissance envers des ordres reçus des supérieurs hiérarchiques? Quelles doivent être les limites à imposer à la liberté d'opinion des magistrats par leurs supérieurs hiérarchiques, ou par d'autres organes d'Etat, notamment dans le domaine de la procédure?

Dans ce domaine, quelles que soient les solutions concrètement adoptées (voir infra §§ 8 e 9), l'on doit surtout faire preuve d'un souci de transparence du système judiciaire, notamment en acceptant le rôle fondamental de contrôle exercé par les citoyens, comme utilisateurs du système d'administration de la justice, par les média et les autres membres de professions juridiques. Comme souligné plus haut, pas de pouvoir, en démocratie, sans responsabilité (voir supra 5.4).

8. L'autonomie du Ministère Public vis-à-vis des autres organes de l'Etat: un problème sans issue ou une issue sans problèmes?

8.1. La nature des contacts du Ministère Public avec le pouvoir exécutif et l'étendue de leurs limites est, probablement, le problème le plus délicat que le législateur de chaque pays doit résoudre dans le domaine de la législation sur le Parquet.

8.2. Dans ce domaine, l'on connaît les arguments en faveur des différentes options possibles:

- d'un côté, la soumission (plus ou moins étendue) du Parquet au pouvoir exécutif, découlant de la responsabilité politique de celui-ci, devant le Parlement, pour tout ce qui a trait au système d'administration de la justice. En effet, comment assurer véritablement

cette responsabilité si le pouvoir exécutif, notamment le Ministre de la Justice, était privé de ce pouvoir de contrôle, lequel peut revêtir plusieurs formes: pouvoir de donner des instructions d'ordre général ou dans le cas d'espèce, pouvoir disciplinaire sur les magistrats du Parquet, pouvoir de nomination, mutation ou démission de ces mêmes magistrats, etc.?

- de l'autre côté, l'indépendance du Parquet à l'égard de l'exécutif, sans que cette indépendance nuise, toutefois, aux rapports qui doivent nécessairement exister entre le pouvoir qui a normalement comme tâche de déterminer la politique en matière du système d'administration de la justice et l'un des organes (le Ministère Public) le mieux placé pour veiller à son exécution.
- Entre ces deux positions, l'on trouve des solutions intermédiaires, avec des caractéristiques plus ou moins grandes d'autonomie du Parquet à l'égard du pouvoir exécutif.

8.3. Le cas portugais est, à cet égard, très intéressant, dans la mesure où la Constitution elle-même affirme que l'organe supérieur du Ministère Public est l'Office du Procureur Général de la République et non pas le Gouvernement, ce qui revient à dire que la dépendance du Parquet vis-à-vis du Gouvernement est exclue.

Le Ministère Public est, donc, notamment en matière de procédure pénale¹¹, doublement autonome: indépendant et du pouvoir exécutif (principe de non-ingérence de celui-ci dans le cas d'espèce) et de la magistrature du siège, dans la mesure où le Parquet est conçu comme une magistrature propre, orientée par un principe de séparation et parallélisme à l'égard de la magistrature du siège.

8.4. Les rapports du Ministère Public avec le pouvoir exécutif sont, au Portugal, spécifiquement prévus dans la Loi Organique du Parquet. Ainsi, il appartient au Ministre de la Justice (article 59 de la Loi Organique du Ministère Public):

- a. de transmettre au Procureur Général de la République des instructions d'ordre spécifique concernant les actions civiles où l'Etat est partie intéressée;

¹¹ Le fait de représenter l'Etat dans le domaine civil ne permet naturellement pas que le parquet soit également indépendant du pouvoir exécutif dans ce domaine. Voir notamment infra 8.4 et 8.5.

- b. d'autoriser le Ministère Public, une fois entendu le département gouvernemental de tutelle, à avouer, transiger ou désister, dans les actions civiles où l'Etat est partie;
- c. de demander, par l'entremise du Procureur Général de la République, à tout magistrat ou agent du Ministère Public des rapports et des informations de service;
- d. de demander au Conseil Supérieur du Ministère Public des informations et des éclaircissements et de faire devant cet organe les communications qu'il juge convenables;
- e. de demander au Procureur Général de la République des inspections, investigations ou enquêtes, nommément aux organes de police criminelle.

La loi prévoit, en outre, que le Ministre de la Justice participe aux réunions du Conseil Supérieur du Ministère Public quand il le juge opportun, pour faire des communications et solliciter ou donner des informations (article 29 de la Loi Organique du Ministère Public).

8.5. Le Ministre de la Justice peut, de ce fait, donner des instructions spécifiques au Parquet dans le domaine de la procédure civile, lorsque celui-ci représente l'Etat et l'autoriser à avouer, transiger ou désister dans ce domaine, tout comme un constituant face à l'avocat qui le représente.

Par contre, en matière de procédure pénale, le Ministre de la Justice n'a aucun pouvoir directif soit à l'égard du Procureur Général de la République, soit des autres organes du Parquet, en dehors de la demande, faite par l'intermédiaire du premier, de rapports et informations de service, de la possibilité de faire, devant le Conseil Supérieur du Ministère Public, des communications ou de demander, à cet organe, des informations et des éclaircissements et, en général, de demander au Procureur Général de la République des inspections, investigations et enquêtes, notamment aux organes de police criminelle.

9. Sauvegarde de l'activité du Ministère Public

9.1. Même si le problème de l'indépendance du Parquet revêt, aujourd'hui, une particulière importance dans les sociétés modernes, cela ne revient

pas à dire que, dans les pays où l'on trouve un rapport de dépendance plus poussée à l'égard du pouvoir exécutif, les éléments de ce corps ne puissent pas jouir, dans l'exercice de leurs fonctions, des nécessaires conditions pour sauvegarder la défense de l'intérêt public et le respect intégral de la loi.

Le problème de l'indépendance du Ministère Public ne peut pas être apprécié isolément, mais il faut qu'il le soit conjointement avec d'autres questions, notamment: le type et efficacité des moyens de défense et d'action du Parquet à l'égard d'ordres éventuellement abusifs d'autres organes de l'Etat, en vue de sauvegarder le respect du principe de l'égalité, aussi bien que l'impartialité et l'objectivité qui doivent constituer les caractéristiques essentielles de son activité.

9.2. Le respect de ces caractéristiques présuppose, notamment:

- une totale exemption de toute intromission abusive dans ses prérogatives, notamment de nature politique;
- la sujétion exclusive des magistrats du Parquet aux seuls ordres, directives et instructions prévus dans la loi et émis conformément à la loi, dans le respect des droits de l'homme et des intérêts qu'il revient au Ministère Public de sauvegarder.

9.3. Le droit portugais offre, une fois de plus, à cet égard, une intéressante solution. En effet, le devoir d'obéissance des magistrats du Ministère Public n'est pas, même au sein de la hiérarchie qui le compose, inconditionnel, comme c'est le cas dans la hiérarchie militaire et n'est pas, non plus, comme dans le fonctionnalisme civil, réduit au devoir, d'ailleurs fondamental, de refuser des ordres illégaux ou à la "faculté de protestation respectueuse".

Se trouvant face à une véritable magistrature, le législateur a essayé de trouver les solutions indispensables pour que les magistrats qu'intègrent ce corps puissent agir avec une pleine liberté intérieure.

C'est pour une telle raison que, aux termes de l'article 58 da Loi Organique du Ministère Public, les magistrats du Ministère Public doivent refuser l'exécution de directives, d'ordres et d'instructions illégales et peuvent le faire sur la base d'une grave violation de leur conscience juridique.

Le refus se fait par écrit, précédé d'une présentation personnelle des raisons invoquées.

En cas de refus, le magistrat qui a émis la directive, ordre ou instruction peut évoquer la procédure ou la distribuer à un autre subordonné.

9.4. Ce droit de refus n'est, cependant, pas illimité. Le législateur l'a conçu comme un dernier ressort pour la conscience du magistrat concerné par l'ordre reçu et l'a soumis à des conditions strictes, qui préservent le sens essentiel de la conception du Parquet comme une magistrature hiérarchisée, comme telle naturellement soumise aux orientations du Procureur Général de la République, ou du Conseil Supérieur du Ministère Public.

Ne peuvent, ainsi, faire l'objet de refus, d'après la même loi:

- a. les décisions proférées, par voie hiérarchique, aux termes de la loi de procédure;
- b. les directives, ordres et instructions émis par le Procureur Général de la République, sauf sur la base de leur illégalité.

Dans le premier cas il s'agit de respecter la loi de procédure elle-même, en faisant prévaloir les décisions de l'organe supérieur sur les décisions de l'organe inférieur. Dans le deuxième cas l'on a tenu compte du fait que, la décision du Procureur Général de la République, en tant que magistrat placé au sommet du Parquet, intervenant en dernier ressort, il fallait limiter les possibilités de refus au seul cas d'illégalité.

9.5. Finalement, en matière d'exercice de l'action disciplinaire, la Loi Organique du Ministère Public détermine (article 24) que seul le Conseil Supérieur du Ministère Public est compétent pour:

- a. nommer, affecter, muter, avancer, révoquer, apprécier le mérite professionnel ainsi que d'exercer l'action disciplinaire et, en général, pratiquer tous les actes de nature similaire concernant les magistrats et les agents du Ministère Public, à l'exception du Procureur Général de la République;

...

- g. proposer le plan annuel d'inspections et suggérer des inspections et des enquêtes.

10. Avantages des nouvelles sociétés démocratiques, dans le domaine des réformes législatives

10.1. Les problèmes affectant le système d'administration de la justice, du fait des intérêts en jeu, sont particulièrement délicats. Il apparaît, donc, comme tout à fait naturel, que les réformes y soient normalement menées avec beaucoup de prudence et le lenteur, en vue de trouver des solutions pouvant mériter le soutien des membres des différentes professions juridiques, aussi bien que du public et des forces politiques représentées au parlement de chaque pays. En plus, il faut assurer à ces réformes un temps de concrétisation suffisant pour permettre leur adéquate évaluation et, si nécessaire, leur éventuelle correction ou, même abandon.

Face à un tel cadre, il est simple de constater que, parfois, une rupture institutionnelle profonde, notamment au niveau constitutionnel, permet des réformes rapides et en profondeur qu'il serait autrement impossible de conclure, notamment dans des conditions normales de fonctionnement du système judiciaire, cas dans lequel elles prendraient assurément quelques décennies pour être pleinement mises en oeuvre.

10.2. Le Portugal est un bon exemple de cette affirmation. Ayant profondément remanié son système de sauvegarde des droits fondamentaux au niveau constitutionnel, en 1976, avec l'approbation d'une nouvelle Constitution de caractère profondément démocratique, les implications de ce changement se sont fait sentir dans tous les domaines de l'activité judiciaire, v.g. en matière de statut des magistratures du siège et du parquet, de procédure pénale et civile, d'accès à la justice, de voies de recours contre des violations de droits individuels, d'organisation judiciaire, etc.

10.3. Tous ces changements ont, en plus, dû être achevés dans des délais assez courts, soit en résultat de dispositions constitutionnelles ou légales nouvelles, soit en résultat de l'adhésion à de nouvelles instances internationales (notamment le Conseil de l'Europe), qui a entraîné l'adaptation du système juridique interne à des standards internationaux plus protecteurs que ceux existants, *maxime* en vertu de la ratification de certains instruments internationaux tels que la Convention européenne des Droits de l'Homme ou le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques.

10.4. A cet égard, il faut souligner ici le fait que, une fois ouverte la possibilité d'avoir recours aux expériences d'autres pays ou organisations internationales (Conseil de l'Europe, ONU, etc.), les Commissions de réforme

législative portugaises instituées, notamment dans le domaine judiciaire et procédural et, en général, dans le domaine de la protection des droits de l'homme, ont eu à leur disposition, presque du jour au lendemain, une collection extrêmement importante d'informations sur les dispositions internationales applicables (conventions, résolutions et recommandations, déclarations, etc.) aux sujets qu'elles étaient appelées à traiter, aussi bien que sur les textes juridiques de plusieurs autres pays dans ces mêmes domaines.

Ceci a, on peut le comprendre, énormément facilité leur tâche, leur permettant d'exécuter leur travail dans des délais substantiellement plus courts.

10.5. L'on ne peut toutefois pas oublier que, malgré toutes les aides apportées, l'expérience garde sa valeur maîtresse de critère suprême d'évaluation des réformes entreprises. L'information de droit international ou comparé est, certes, une aide précieuse, mais chaque pays a des caractéristiques propres, qu'il convient de prendre en considération lors de chaque changement introduit au sein du système d'administration de la justice.

Les autorités de chaque pays, même si en étroite collaboration avec des instances internationales, sont les mieux placées pour dresser le bilan des réformes entreprises dans leurs systèmes juridiques.

11. Le Ministère Public: organisation ou ensemble de magistrats?

11.1. Le rôle du Procureur Général de la République

Dans les pays où le Procureur Général de la République est effectivement le responsable du Ministère Public, le rôle qu'il peut jouer ne peut pas être négligé.

C'est pour une telle raison qu'il y a, normalement, tant de préoccupations sur le mode d'effectuer son choix, aussi bien que de définir la forme de sa responsabilité et l'organe devant lequel une telle responsabilité pourrait bien être concrétisée.

La figure du Procureur Général de la République assume, donc, dans ces pays, un statut particulier, du fait de ses responsabilités et des fonc-

tions qu'il est appelé à exercer au sein du système d'administration de la justice. Raison suffisante pour assurer que la personne choisie pour exercer une telle tâche ait suffisamment de prestige pour permettre qu'elle soit exercée avec distinction et probité.

11.2. Mais l'on ne doit pas oublier que le Ministère Public n'est pas composé par le seul Procureur Général. Tout aussi important pour l'image du Parquet est l'activité déployée par les autres membres qui le composent. Le rôle de ces autres magistrats, leur efficacité et leur image publique restent, comme la figure du Procureur Général, une condition indispensable de leur acceptation par le citoyen destinataire de la justice.

Concevoir et rédiger de bonnes lois est, assurément une chose très importante. Mais d'importance, pour le moins, égale est le fait que sans des magistrats suffisamment préparés pour l'exercice de leurs charges, les lois ne seront, tout au plus, que l'expression de bonnes intentions, sans correspondance effective avec la réalité du monde judiciaire.

12. Le rôle vital de l'information et de la formation pour le Ministère Public

12.1. Ceci nous amène à la dernière partie de cet exposé: l'importance que l'information, aussi bien que la formation initiale, par exemple, assurée par une école nationale de magistrature, et la formation permanente ultérieure revêtent pour les magistrats du Parquet.

Cette information et formation sont des conditions indispensables à l'application de nouvelles lois, notamment celles essentiellement concernées par une protection plus poussée des droits individuels de la personne humaine, aussi bien qu'à l'ouverture à d'autres systèmes et normes juridiques, *maximes* découlant d'instruments internationaux en vigueur en droit interne.

12.2. Une telle information et formation peuvent, en outre, aider le parquet à se préparer pour un ensemble accru de responsabilités, résultant des nouvelles conditions de vie des sociétés modernes; besoin d'une intervention rapide et efficace à l'égard de la criminalité nationale et transnationale, de la lutte contre la drogue, de la lutte contre les menaces parti-

culièrement graves à la démocratie (criminalité violente, criminalité économique), etc.

12.3. A cet égard, pas d'efficacité sans formation et information adéquates. Notamment dans le domaine de la coopération internationale, où il faut disposer de magistrats suffisamment préparés pour connaître les réalités juridiques d'autres pays et les problèmes spécifiques posés par les instruments internationaux en vigueur dans ce domaine.

Conclusions

I. Position constitutionnelle du Ministère Public dans un Etat de droit démocratique

1. La position constitutionnelle du Ministère Public doit être définie dans le cadre des exigences d'une société démocratique: prédominance de la règle de droit, démocratie politique pluraliste, élections libres et protection des droits de l'homme.

2. La Constitution devrait définir la position du Procureur Général de la République et de son Office, aussi bien que celle du Ministère Public par rapport à l'ensemble de la structure de l'Etat et de ses organes, afin d'éviter toute ambiguïté dans ce domaine.

3. La Constitution, ou la loi, devrait également définir la nature et limites des rapports à établir entre le Ministère Public et les autres organes de l'Etat (notamment le Parlement, le Gouvernement, la magistrature du siège, etc. ...), dans le respect de son autonomie fonctionnelle et des principes démocratiques de droit (rule of law).

4. L'Office du Procureur Général de la République et le Parquet devraient être considérés des éléments fondamentaux du système de l'administration de la justice de chaque Etat, de pair avec la magistrature du siège et le barreau.

II. Structure du Ministère Public et principes concernant son activité

5. L'organisation de l'Office du Procureur Général de la République et du Ministère Public doivent prendre en considération la situation sociale

et politique de l'Etat concerné, aussi bien que les traditions démocratiques et juridiques de cet Etat de respect de la prédominance de la règle de droit et de la démocratie.

6. Cette organisation doit également prendre en considération la structure judiciaire et/ou administrative du même Etat.

7. La structure du Ministère Public devra être adaptée au type de fonctions et responsabilités qu'il est appelé à exercer.

8. Dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats du Parquet devront toujours essayer de préserver l'impartialité et objectivité de leurs interventions. Les principes concernant leur éventuelle subordination à d'autres magistrats, ou autres organes de l'Etat, devront prendre ces exigences en considération, aussi bien que le fait qu'ils ne devront être assujettis qu'à la loi, donc, libres de toute influence abusive (notamment politique) et qu'il leur échoit d'assurer la protection des droits de l'homme sans discrimination.

9. Sans préjudice de la nécessité de sauvegarder une certaine uniformité dans leur intervention, les membres du Ministère Public devront jouir d'une certaine autonomie au niveau local et intermédiaire, afin de mieux assurer la proximité de la justice de ses destinataires.

10. Dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats du Parquet doivent tenir compte du fait qu'ils exercent une fonction sociale de première importance dans le cadre de l'administration de la justice et qu'ils sont responsables de cet exercice vis-à-vis de leurs concitoyens.

11. Les magistrats du Parquet devront pouvoir jouir des conditions indispensables pour avoir accès à l'information et à la formation adéquates leur permettant d'exercer pleinement leurs fonctions, notamment dans les domaines de la protection des droits de l'homme et de la coopération juridique internationale.

ESTUDOS

EVELYNE MONTEIRO
Docteur de l'Université de Pau
et des Pays de l'Adour – Doctorat Européen

**ENTRE LIBERALISME ET AUTORITARISME:
LES FLUCTUATIONS
DES POLITIQUES CRIMINELLES
EN FRANCE ET AU PORTUGAL ***

* Thèse pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, le 21 janvier 1994.

*A Teresa
sans qui cette recherche n'aurait jamais vu le jour.*

*A ma famille,
plus particulièrement à mon frère aîné et son épouse qui m'ont
aidé à accommoder toutes ces pages.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

TABLE DES MATIERES

	Page
INTRODUCTION	91
I Les concepts de libéralisme et d'autoritarisme	92
II Des politiques pénales aux politiques criminelles	95
III Des codes aux systèmes de droit	100
IV Problématique et hypothèses	105
LIVRE PREMIER: Rapprochement des politiques pénales	107
<i>TITRE 1: APPROCHE HISTORIQUE</i>	109
Chapitre 1: L'idéologie libérale et l'unification du droit pénal	113
<i>Section 1: L'élaboration d'un droit pénal unifié au XIX^e siècle</i>	114
§ 1 Le principe de la légalité des délits et des peines	114
§ 2 Les corollaires du principe de légalité	117
A – Le principe de liberté	117
B – Le principe d'égalité	120
C – Le principe de non rétroactivité des lois pénales	121
D – Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale	124

	Page
<i>Section 2: La réception au Portugal des codifications napoléoniennes</i>	126
§ 1 Une réception différée	126
A – L’absence de réception sous forme de législation directement applicable	127
B – Les révolutions libérales et les premières tentatives de systématisation	128
C – Le code pénal de 1852	131
§ 2 Une réception altérée	132
A – La loi du 1 ^{er} juillet 1867 et l’abolition de la peine de mort	132
B – La réforme pénale de 1884 et l’abolition des peines perpétuelles	138
 Chapitre 2: L’idéologie autoritaire et l’éclatement du droit pénal	 143
 <i>Section 1: L’avènement d’un régime autoritaire au Portugal et la contamination de la France</i>	 144
§ 1 Le régime de l’ESTADO NOVO (1933-1974)	144
A – Présentation sommaire du régime	144
B – La prise en charge autoritaire des déviants	146
§ 2 La période 1935-1945 en France	150
A – Les caractéristiques politiques de la période	151
B – Le contrôle étatique des minorités	152
 <i>Section 2: L’analogie des modes de rupture vis-à-vis du droit pénal libéral</i>	 156
§ 1 L’expansion d’un droit pénal d’exception	157
A – La multiplication des tribunaux d’exception	157
B – L’élasticité des incriminations	161
§ 2 Le renforcement du caractère inquisitoire de la procédure	164
A – Atténuation du rôle du jury	164
B – Atteintes aux garanties de la défense	167
 <i>TITRE 2: APPROCHE CONTEMPORAINE</i>	 173
 Chapitre 1: Limiter le recours à la détention provisoire	 179
 <i>Section 1: Dissocier les fonctions au niveau de l’instruction</i>	 180

	Page
§ 1 La corrélation inculpation/détention	180
A – Une corrélation vérifiée en pratique	180
B – Une corrélation avouée dans les textes	182
§ 2 La dissociation par une redistribution des pouvoirs	186
A – Pouvoir d’enquête et pouvoir juridictionnel	186
1 – Le nouveau code de procédure pénale portugais	186
2 – Les propositions de la Commission “Justice pénale et Droits de l’Homme	189
B – Pouvoir d’inculper et pouvoir de détenir	
1 – Les lois françaises du 30 décembre 1987 et du 4 janvier 1993	192
2 – Le juge d’instruction portugais: un juge des libertés	196
<i>Section 2: Remplacer la détention provisoire</i>	198
§ 1 Le contrôle judiciaire français	199
A – L’extension du contrôle judiciaire	199
B – Le contrôle socio-éducatif	203
§ 2 Les mesures portugaises homologues	207
A – Les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale	207
B – Les prémices d’un suivi socio-éducatif	211
 Chapitre 2: Éviter la peine privative de liberté	 215
<i>Section 1: Développer les alternatives ab initio</i>	216
§ 1 De l’amende traditionnelle aux jours-amende	216
A – Le polymorphisme de l’amende pénale française	217
B – Les tentatives d’unifier l’amende pénale au Portugal	222
§ 2 Des peines accessoires ou complémentaires à la peine principale	226
A – La loi française du 11 juillet 1975	226
B – Le nouveau code pénal français de 1992	229
§ 3 Des mesures nouvelles à vocation substitutive exclusive	230
A – Le travail au profit de la communauté	230
1 – En France: le travail d’intérêt général	231
2 – Au Portugal: la prestation de travail en faveur de la communauté	234
B – Le pardon dispense de sanction	236

	Page
<i>Section 2: Rénover les alternatives conditionnelles à l'exécution de la peine</i>	240
§ 1 L'expansion du sursis simple	240
A – Une expansion souvent freinée en France	240
B – Une expansion soigneusement dosée au Portugal	243
§ 2 La probation classique et les révolutions du sursis probatoire	244
A – Le sursis probatoire en France	245
B – De la probation pure au Portugal au sursis probatoire	249
 LIVRE SECOND: Croisement des politiques criminelles	 255
 <i>TITRE 1: RENCONTRE DES MODELES</i>	 259
 Chapitre 1: Le développement du modèle État autoritaire	 265
 <i>Section 1: Le renvoi ponctuel au modèle État-autoritaire</i>	 267
§ 1 Du réseau policier aux réseaux socio-éducatifs	267
§ 2 Du réseau de pure répression aux réseaux pénaux d'exception	270
 <i>Section 2: Un phénomène multisectoriel en France et au Portugal</i>	 272
§ 1 Les mineurs	272
A – L'assistance éducative en France	273
B – La protection tutélaire des mineurs déviants au Portugal	279
§ 2 Les “intoxiqués”	285
A – Le traitement des alcooliques dangereux	286
B – Le traitement des usagers de stupéfiants	290
§ 3 Les aliénés	298
A – Le placement d'office du droit français	298
B – Le traitement des aliénés au Portugal	303
§ 4 Le terrorisme	308
A – Le réseau pénal d'exception en France	309
B – Le réseau pénal d'exception au Portugal	314

	Page
Chapitre 2: Le déploiement du réseau pénal dans le modèle libéral	323
<i>Section 1: La relation aux instances judiciaires se renforce</i>	324
§ 1 La personnalisation de la sanction quant à sa nature	325
§ 2 La personnalisation de la sanction quant à son montant	329
<i>Section 2: Les relations aux instances sociétales s'intensifient</i>	334
§ 1 La reconnaissance du délinquant comme acteur du processus pénal	335
A – Un acteur plutôt passif	335
B – Un acteur vraiment actif	340
§ 2 La reconnaissance de la victime comme sujet de droits	344
A – Le droit à répression	345
B – Le droit au pardon	349
C – Le droit à réparation	356
§ 3 La reconnaissance du groupe social comme partenaire	363
A – L'extension en France de l'action civile des associations	364
B – L'extension au Portugal du statut d'assistant aux associations	369
 TITRE 2: OPPOSITION DES MOUVEMENTS	 375
Chapitre 1: La confrontation sociétaliser / étatiser	377
<i>Section 1: La tendance française à plutôt sociétaliser les réponses de politique criminelle</i>	378
§ 1 L'exemple des conseils communaux de prévention de la délinquance	379
A – L'organisation de la politique de prévention	379
B – La participation des citoyens à la politique criminelle	382
§ 2 L'exemple de l'action associative	385
A – Une action créative et originale	386
1 – L'invention des enquêtes rapides	386
2 – Le détournement du contrôle judiciaire	389
3 – La spécificité associative de la prise en charge du travail d'intérêt général	390

	Page
B – Une action qui tend à envahir l’espace judiciaire	392
1 – Le monopole de l’aide aux victimes	393
2 – Le développement des enquêtes rapides	395
<i>Section 2: La tendance portugaise à plutôt étatiser les réponses de politique criminelle</i>	396
§ 1 L’Institut de réinsertion sociale: un exemple d’interventionnisme étatique	397
A – L’expansion des services de réinsertion sociale	397
1 – Au plan horizontal: envahir l’espace fonctionnel	398
2 – Au plan vertical: envahir l’espace territorial	399
B – Les transformations produites	402
1 – Le point de vue quantitatif: la juridiarisation de l’intervention sociale	402
2 – Le point de vue qualitatif	404
a – La fusion de l’intervention sociale	404
b – La mutation des réponses judiciaires	406
§ 2 La persistance des réponses pénales dans les contentieux de masse	410
A – Caractérisation des contentieux de masse	411
B – Analyse qualitative du traitement répressif	412
1 – Les chèques sans provision ou l’existence d’un droit pénal symbolique	413
2 – Les lésions corporelles ou la survivance des codes d’honneur	415
3 – La surpénalisation du vol	418
Chapitre 2: La confrontation judiciaire / légaliser	421
<i>Section 1: La tendance en France à plutôt judiciaireiser les réponses pénales</i>	422
§ 1 Liberté du juge et contrôle judiciaire	423
A – Les insuffisances du principe de subsidiarité de la détention	423
B – Les insuffisances de la motivation des décisions	425
§ 2 Liberté du juge et alternatives à l’emprisonnement	427
A – L’absence de préceptes criminologiques contraignants	428
B – L’exceptionnelle motivation spéciale du choix de la peine	431

	Page
<i>Section 2: La tendance davantage légaliste des réponses pénales au Portugal</i>	433
§ 1 Les contraintes légales en matière d'utilisation de la détention provisoire	433
A – La rigueur des délais préfixes	434
B – L'existence d'une motivation spéciale	435
§ 2 Les contraintes légales en matière d'alternatives à l'emprisonnement	440
A – Le juge est guidé dans ses options de politique criminelle	440
1 – Les priorités dans le prononcé des peines	441
a – L'amende	441
b – L'exemption de peine	441
c – Les peines non détentives (art. 71 du C.P.)	443
2 – L'emprisonnement subsidiaire exceptionnel	444
B – Le juge est contrôlé dans le choix de la peine	447
1 – De nombreux préceptes criminologiques	447
2 – L'existence de motivations spéciales	449
CONCLUSION	453
I: L'apparition d'un modèle européen de procès pénal	454
II: L'esquisse d'un ordre public démocratique européen	460
ANNEXES	465
BIBLIOGRAPHIE	479

Introduction

“La loi n’est pas seulement pré- et codétermination – parole et écriture. Elle est aussi surdétermination – absence d’écriture. C’est-à-dire silence – ensemble de croyances, de valeurs ou d’idées qui ne trouvent aucune expression écrite systématique, relèvent de l’affirmation silencieuse, mais n’en jouent pas moins un rôle essentiel dans la détermination du sens de la loi et que le juge consacre, parfois – lorsqu’il va plus loin dans le souci de formaliser une culture juridique – sous le nom de principes généraux du droit”¹.

La loi serait parole, écriture et silence. Elle est parole des autorités souveraines qui l’édicte. Parole de l’Un. Elle est écriture des autorités qui se l’approprient et lui donnent une signification. Écriture de l’Autre.

Mais la loi est également une expression silencieuse. Silence de ce *Tout* qui fut nommé Nature, Dieu, Science, Raison, Idéal, Société ou Droit. Silence qu’on se doit d’identifier dans la culture du peuple concerné.

Et lorsqu’on est le produit d’une double culture, ce sont deux silences aux rythmes des battements du cœur dont il faut explorer le sens. Les silences de la loi pénale française et portugaise.

Lorsqu’on évoque le Portugal, l’homme de la rue se souvient vaguement de ses courses de taureaux sans mise à mort, de son Fado et de son Porto. Certains pensent à ses navigateurs et gardent dans l’esprit que ce petit pays dont on parlait peu avant 1974, eut aussi son heure de gloire.

¹ TIMSIT (G.), *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1991, p. 55.

La plupart savent que le Portugal a connu un long régime autoritaire et qu'il a tourné le dos, pendant quelques décennies, à l'Europe libérale. Le 25 avril 1974, la 'révolution des oeillets' donnait l'exemple au monde d'un bouleversement des institutions pratiquement sans effusion de sang, opéré par la volonté populaire associée aux forces armées. Une nouvelle démocratie naissait². L'État libéral succédait à l'État fasciste.

La France a également connu dans son histoire, des moments forts pendant lesquels des courants idéologiques se sont imposés avec ferveur, donnant naissance aux formes politiques les plus variées. Une vision un peu réductrice de l'histoire des institutions publiques françaises depuis la révolution de 1789, conduit à remarquer une succession de formes libérales et autoritaires.

Les concepts de libéralisme et d'autoritarisme sont au centre d'un premier axe de réflexion. Réflexion qui se donne pour tâche de mettre en lumière les surdéterminations de la loi pénale dans les deux pays. Car ce sont elles qui l'expriment également en tant que parole et écriture, dans sa pré- et codétermination. Nous verrons comment la loi pénale dans sa parole ne peut être circonscrite aujourd'hui à la politique pénale. En effet, l'éclatement des catégories pénales et le développement de catégories voisines commandent une ouverture du champ d'étude. Un élargissement des politiques pénales aux politiques criminelles.

L'autre axe de réflexion privilégie l'optique comparatiste commandée par le choix de l'objet: il s'agit d'apprécier comment les politiques criminelles françaises et portugaises fluctuent entre le libéralisme et l'autoritarisme. Le dynamisme de ce second axe est celui du rapprochement et de l'écart, de l'union et du divorce des ordres juridiques. Et finalement l'élargissement du champ d'étude dans ce contexte induit un autre dépassement, un autre passage. Le passage de l'étude des codes à l'étude des systèmes de droit.

I • LES CONCEPTS DE LIBÉRALISME ET D'AUTORITARISME

En tant qu' "art d'organisation sociale" toute politique est commandée par une idéologie, l'idéologie étant comprise au sens de **J. BAECHLER**

² Voir: **GUICHARD (F.)**, "La vie politique au Portugal depuis le 25 avril 1975", *Bulletin des Études Portugaises et Brésiliennes*, n.° 46-47, Paris, Éd. Recherche sur les civilisations, Paris, 1987, pp. 125-148.

³ **BAECHLER (J.)**, *Qu'est-ce que l'idéologie?*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1976, p. 61.

comme un “discours orienté par lequel une passion cherche à se réaliser dans une valeur”.³

Le libéralisme et l'autoritarisme sont les valeurs dans lesquelles le discours libéral et autoritaire se réalisent. Ces deux idéologies sont nées avec le monde moderne et le pluralisme qu'il a engendré au sein de la communauté des citoyens. Les pensées s'opposent quant à la reconnaissance de valeurs, quant à la répartition des biens et à l'exercice du pouvoir. Ces discours orientés sont à regarder de plus près.

Le courant libéral remonte à la fin du Moyen âge et aux conquêtes du siècle des lumières, lorsque les philosophes se sont attachés à décrire quatre valeurs fondamentales: raison, nature, individu et propriété. L'idéologie libérale est centrée autour de la notion de liberté, première qualité de l'homme, que ni la société ni l'État ne peuvent contraindre. Mais cette liberté n'est pas illimitée. Si elle est état de nature, elle trouve dans la raison les règles qui la gouvernent et dans la loi son fondement.

Ainsi, **MONTESQUIEU** indique dans *L'Esprit des lois*, que la liberté “ne consiste point à faire ce que l'on veut”. Elle est “le droit de faire ce que les lois permettent”. **ROUSSEAU** s'est également soucié de “trouver une forme de gouvernement qui mette la loi au-dessus de l'Homme”.

L'idéologie libérale a donc ainsi mis en évidence l'idée d'une pré-éminence de la loi comme garantie de la liberté. Au niveau strictement juridique, cette pré-éminence va s'exprimer à travers un corpus de normes subordonnées à la constitution.

Dans une telle vision des structures de base de l'État, liberté et ordre ne sont pas deux valeurs incompatibles. Bien au contraire. L'État libéral est un État de sécurité du droit⁴ ou encore un État de droit⁵. Le droit pénal y est par conséquent orienté sur le citoyen, doté d'une sphère de droits et d'un espace de liberté intérieure qui sont soustraits au contrôle de l'État. C'est le principe de la légalité des délits et des peines qui permet de préserver cet espace de liberté.

L'idéologie autoritaire se retrouve dans deux courants de pensée: le courant marxiste et fasciste. Le premier courant s'est surtout développé à partir de 1917 et a donné lieu aux systèmes communistes les plus variés,

³ **BAECHLER (J.)**, *Qu'est-ce que l'idéologie?*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1976, p. 61.

⁴ **BARATTA (A.)**, “Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique”, *Déviante et Société*, 1991, vol. 15, n.º 1, pp. 1-25.

⁵ Sur la notion d'État de droit, voir: **CHEVALLIER (J.)**, “L'État de droit”, *R.D.P.* 1989, p. 313 et s.

jusqu'à leur remise en cause récente dont le symbole est l'effondrement du mur de Berlin, le 10 novembre 1989. Le courant marxiste est animé par deux principes clés: le principe d'égalité et d'autorité⁶.

N'étant pas axé sur l'égalitarisme, le courant fasciste se distingue du courant marxiste – même si des glissements ne sont pas impossibles – dans la mesure où le principe d'autorité tend à devenir principe de domination totale.

Certes, la notion d'autorité est une notion ancienne d'organisation politique et sociale. Mais dans le courant fasciste, cette autorité est personnalisée dans un chef charismatique et tend à devenir une valeur en soi poursuivant un but de domination de la nation à laquelle est sacrifiée la liberté de ses membres. Le fascisme refuse l'idée même d'une soumission de l'État au droit. Le principe de la prééminence de la loi est remplacé par celui de la prééminence de l'État auquel le droit est soumis.

Comme le dit Mme **Hannah ARENDT**, l'idéologie totalitaire se caractérise par "un défi à la légalité"⁷. Ainsi, les principes de l'État nazi n'ont plus pour référence la légalité protectrice de l'individu, mais renvoient à l'utilitarisme, à la pureté de la race, du sang et de l'hérédité, à la conservation d'un espace vital pour l'Allemagne, au parti unique et à tout ce qui peut fonder la puissance de la Nation.

De la même façon, le fascisme italien proclame l'omnipotence de l'État, qui encadre et dirige la collectivité ainsi que l'Homme de son berceau à la mort. Le Portugal de Salazar et la France de Vichy sont également des exemples de régimes autoritaires qui tendaient à devenir totalitaires.

Le libéralisme fait donc de la prééminence de la loi la garantie de la liberté. L'autoritarisme par contre, fait de la prééminence de l'État la garantie de la sécurité.

Dans cette perspective, les biens juridiques protégés par le droit pénal ne sont plus les mêmes. Dans l'État libéral, les supports réels des biens juridiques sont produits au sein de la société civile et sont préétablis aux fonctions publiques. Dans l'État autoritaire, les biens juridiques à protéger sont produits par l'État lui-même en fonction de ses buts et principes.

⁶ Sur le courant égalitaire de type autoritaire, voir:

DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 1992, p. 52 et s.

⁷ **ARENDT (H.)**, *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, Paris, rééd. Le Seuil, coll. Points, 1972.

Les concepts de libéralisme et d'autoritarisme permettent de rendre compte des différentes conceptions touchant le droit pénal qui sont liées à des transformations de la structure politique. Ainsi, la conception autoritaire du droit pénal produit un changement d'orientation. Le droit pénal n'est plus "orienté sur le citoyen" comme dans la conception classique: il est "orienté sur l'ennemi". Dans ce cas, la responsabilité pénale sera imputée à tout sujet pouvant être perçu comme une source de danger pour les biens juridiques que l'État entend protéger. Dès lors, les limites objectives d'un comportement peuvent être abandonnées et le contrôle pénal aura tendance à envahir la sphère des intentions et des opinions⁸.

Mais l'impact de l'idéologie peut également s'exercer en dehors d'une transformation de la structure politique. Les deux courants idéologiques contiennent des mythes fondateurs qui mettront en évidence la loi pénale dans sa pré- et codétermination et à travers eux la structure des politiques criminelles.

II • DES POLITIQUES PÉNALES AUX POLITIQUES CRIMINELLES

La loi pénale a perdu son homogénéité au niveau des incriminations et de la peine. Quant aux incriminations, seule la catégorie crime se révèle homogène en France. Du côté des délits et des contraventions, on observe une véritable "parcellisation du droit pénal" qui s'exprime dans la constitution d'ensembles normatifs autonomes orientés vers la gestion de certains types d'activités (droit pénal du travail, de la consommation, de l'environnement ...) ⁹. Apparaît alors un droit pénal administratif dont l'autonomie est plus ou moins reconnue officiellement, comme c'est le cas au Portugal qui parle de droit pénal secondaire.

Pour ce qui est de la sanction, elle n'est plus spécifiquement pénale et se diversifie puisque la France et le Portugal ont développé les alternatives à l'emprisonnement.

La loi pénale a ainsi perdu sa spécificité et s'ouvre sur des catégories voisines: sur le droit administratif comme on vient de l'évoquer, sur le

⁸ BARATTA (A.), op. cit., p. 11.

⁹ Cf. LASCOUMES (P.) et BARBERGER (C.), *Le temps perdu à la recherche du droit pénal. Les changements en droit pénal administratif comme mode de changement du droit pénal, 1983-1987*, Paris, Ministère de la Justice, 1991.

droit civil avec les procédures d'indemnisation collective des victimes, sur la conciliation.

Si on se met à identifier la loi pénale dans sa parole, son écriture et son silence, il convient de dépasser l'étude des politiques pénales. Le passage des politiques pénales aux politiques criminelles s'impose. Dans la mesure où ces concepts sont souvent confondus, il convient de bien les différencier.

On entend par politique criminelle aujourd'hui: l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel.

La notion de politique pénale est plus restrictive, car elle renvoie à la peine. En effet, les politiques pénales concernent exclusivement les modes de gestion de la délinquance. Elles répondent surtout, dans leur diversité, aux crises de la justice pénale, en raison du recours accru à la prison, de la croissance incontrôlable des contentieux et de la manifestation d'un sentiment d'insécurité¹⁰.

Les politiques criminelles ont un domaine d'action beaucoup plus vaste. Elles se situent au carrefour des deux ensembles que sont la normativité et la normalité. La confusion qui est parfois opérée, est fonction de cette perte de spécificité de la loi pénale et de l'orientation de la recherche au niveau des pratiques et non plus seulement au niveau des discours.

Mais à partir du moment où la politique criminelle tend à réclamer le statut de discipline à part entière, politiques pénales et politiques criminelles peuvent alors être distinguées.

Nous devons le terme de politique criminelle à **FEUERBACH** qui l'utilisa pour la première fois dans un manuel de droit pénal publié en 1803. Apparue au départ étroitement liée au droit pénal, puisque Feuerbach estimait que la *kriminalpolitik* n'était autre chose que "le droit pénal orienté vers un but", elle fut alors définie comme "l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'État réagit contre le crime"¹¹. Pour lui, on devait distinguer la politique criminelle de la politique sociale. Cette dernière comporte les mesures destinées à éliminer ou à limiter toutes les composantes sociales de l'infraction tandis que la politique criminelle ne concernerait que les mesures susceptibles d'être prises à l'encontre des délinquants.

¹⁰ FAUGERON (C.), "Les politiques pénales", Paris, La documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n.° 688, 2 octobre 1992.

¹¹ Cité par G. LEVASSEUR in, "La politique criminelle", *Archives de philosophie du droit*, tome XVI, Paris, Sirey, 1971, pp. 131-149.

En France, c'est dans le titre de la thèse de Doctorat de **MAILLARD** en 1889 que figure pour la première fois la notion de politique criminelle dans une approche largement pénitentiaire.

Dans ce même ordre d'idée, le Doyen **CUCHE**¹² opéra une séparation entre, d'un côté, le groupe des sciences pures (criminologie, sociologie criminelle et anthropologie criminelle) qui se proposent uniquement la recherche et l'étude des causes du crime et, de l'autre, celui des sciences appliquées (ou politique criminelle) dont le but est d'aboutir sur le terrain de la pratique à l'organisation rationnelle et efficace de lutte contre le crime".

Il fallut attendre **H. DONNEDIEU DE VABRES** pour voir se développer une appréhension plus nette de sa spécificité. Ainsi, "tandis que la criminologie est une science qui étudie les phénomènes sociaux d'un point de vue intéressé et en recherchant les causes, la politique criminelle est un art qui a pour objet la découverte des procédés qui permettront de lutter efficacement contre le crime"¹³.

Puis l'autonomie de la politique criminelle devait se concrétiser avec **Marc ANCEL**¹⁴. La frontière et les relations avec les autres disciplines, notamment la criminologie, allaient être fixées¹⁵. La politique criminelle est à la fois science d'observation, "art" ou "stratégie".

Dans son premier aspect (science d'observation), elle comprend d'une part, ce que **Marc ANCEL** désigne comme la politique criminelle en action: à savoir l'étude objective des faits sur le plan législatif, judiciaire et administratif de même que leurs explications et leur évaluation, et d'autre part la criminologie comparative.

Dans son second aspect ("art" d'organiser la lutte contre le crime), la politique criminelle suppose, suite à l'observation préalable, la mise en oeuvre de certains moyens qui correspondent à des fins préétablies. Pour cela, il s'agit d'assurer la formation des agents effecteurs ainsi que l'information des agents décideurs et du public.

¹² **CUCHE (P.)**, *Traité de science et législation pénitentiaire*, Paris, L.G.D.J., 1905, p. 53 et 54.

¹³ **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1937, p. 13.

¹⁴ **ANCEL (M.)**, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 3.^e éd., 1981. *La défense sociale*, Paris, P.U.F., Que sais-je ?, 1985.

¹⁵ **ANCEL (M.)**, "Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle", *A.P.C.* 1975, n.º 1, pp. 15-42.

Cependant, certains auteurs restent partisans de la nécessaire complémentarité entre la criminologie, le droit pénal et la politique criminelle. Pour **J. Andenaes**, la criminologie “apparaît peut-être essentiellement comme la servante de la politique criminelle”¹⁶. Il la définit par ailleurs comme l’élaboration consciente et méthodique des moyens adoptés par la société pour combattre la criminalité.

De même Monsieur **G. LEVASSEUR**¹⁷ insistant sur l’aspect téléologique qui caractérise la politique criminelle écrivait : “La politique criminelle est du droit pénal en marche, droit pénal constitué à la fois par la foule des prescriptions législatives, réglementaires et autres, foule qui forme un immense troupeau confus et indécis”. Il étend par ailleurs le domaine de la politique criminelle à la prévention de la criminalité en se ralliant à la conception de **GRISPIGNI**.

En parallèle, il est intéressant de remarquer que les partisans de l’autonomie refusaient dans l’ensemble d’admettre que le domaine de la politique criminelle puisse être étendu à la prévention des infractions. Ainsi l’opinion de **Marc ANCEL** est qu’il importe “de ne pas intégrer toute la politique criminelle, envisagée comme objet de recherche propre, dans la politique sociale, laquelle à son tour relève de la politique générale”¹⁸.

Mais de nos jours ces distorsions ont fini par s’émousser, la recherche englobe dans son champ les problèmes de prévention et les politico-criminologistes trouvent un terrain d’entente sur ce point¹⁹.

¹⁶ **ANDENAES (J.)**, “Droit pénal, criminologie et politique criminelle”, *R.D.P.C.* 1962, pp. 3-16. Voir également les auteurs qui partagent cette conception.

a) **BEMMELEN (V.)**, “Les rapports de la criminologie et de la politique criminelle”, *R.S.C.*, 1963, n.° 3, pp. 467-480.

b) **SZABO (D.)**, *Criminologie et politique criminelle*, Paris, Vrin, 1978.

c) **CANESTRI (F.)**, “Criminologie, politique criminelle et administration de la justice”, *R.I.C.P.T.*, 1980, XXXIII, 2, pp. 119-132.

¹⁷ **LEVASSEUR (G.)**, “La politique criminelle”, op. cit., p. 136.

¹⁸ **ANCEL (M.)**, “Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle”, op. cit., p. 18.

¹⁹ Cf. notamment:

a) **ANCEL (M.)**, “La contribution de la recherche à la définition d’une politique criminelle”, *R.I.C.P.T.*, 1975, XXVIII, 3, pp. 225-236. “Criminologie comparative, droit pénal comparé et politique criminelle”, *Mélanges Jean Pinatel*, Paris, éd. A. Pédone, p. 15 et s.

b) **BERNARD DE CELIS (J.)**, “La politique criminelle à la recherche d’elle-même”, *A.P.C.*, 1977, n. 2, pp. 3-60.

c) **SZABO (D.)**, “La politique criminelle: remèdes et responsabilités”, *R.I.C.P.T.* 1977, XXX, 3, pp. 233-250.

d) **JESCHECK (H. H.)**, “La Politique criminelle moderne en Europe occidentale”, *A.P.C.* 1984, n.° 7, pp. 23-29.

e) **LAZERGES (C.)**, *La politique criminelle*, Paris, P.U.F., Que sais-je?, 1987.

En résumé, il paraît difficile actuellement de continuer à soutenir que la politique criminelle serait une science autonome. Dans la mesure où elle est science d'observation, un art ou une stratégie, ce sont ces caractéristiques qu'il convient de retenir pour essayer de cerner les contours de ces mots que les juristes, sociologues ou hommes politiques ne cessent de prononcer dans un même embarras de lèvres.

Madame **C. LAZERGES** affirme: "... ni le droit pénal, ni les sciences criminelles ne doivent s'approprier la politique criminelle, qui déborde chacun de leur champ propre, mais la servir. Toute politique criminelle est science et art, explicative, préventive et répressive"²⁰.

Les difficultés de l'évaluation²¹, dans une matière où la diversité des composants, l'hétérogénéité des modes d'action se succèdent, font que les chercheurs parlent plutôt de "politiques criminelles" ou de "conflits de politique criminelle"²². Et certains parlent d'une discipline à part entière²³.

Laissons de côté ce débat, qu'il n'est pas vraiment utile de trancher dans le cadre de cette recherche dont le souci principal est de comparer les ordres juridiques français et portugais au niveau de leurs politiques criminelles.

Par contre, si ces politiques criminelles doivent se définir comme étant, d'un côté, une réflexion sur les moyens mis en oeuvre pour lutter contre le phénomène criminel et, de l'autre, une stratégie pragmatique, on quitte la perspective a priori.

Car l'essence de la politique criminelle est principalement dans son effectivité. On peut oser dire que c'est aussi son effectivité qui en conditionne l'existence. Il faut alors se positionner dans une perspective tout autre, une perspective a posteriori qui essaie d'appréhender le système de politique criminelle.

Démarche d'autant plus évidente, qu'au niveau du droit comparé, il n'est plus question à l'heure actuelle de s'en tenir à l'étude des différents codes. Les comparatistes focalisent également leur énergie sur l'analyse des systèmes de droit.

²⁰ **LAZERGES (C.)**, *La politique criminelle*, *ibid.*, p. 7.

²¹ Voir: **SZABO (D.)**, "L'évaluation des politiques criminelles, quelques réflexions préliminaires", *R.S.C.*, 1981, n.º 1, pp. 1-23.

²² **LAZERGES (C.)**, "Les conflits de politique criminelle", *op. cit.*

²³ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*

III • DES CODES AUX SYSTÈMES DE DROIT

Longtemps considéré comme une méthode plus qu'une science autonome, le droit comparé s'oriente vers une appréhension des ordres juridiques non plus seulement à travers les règles contenues dans les codes, mais en tant que systèmes de droit. On note une convergence avec la recherche politico-criminologiste qui analyse le système de politique criminelle en essayant de le repérer à travers différentes modélisations²⁴. Cette convergence remarquable des changements de méthode et d'objet, mérite qu'on s'y attarde.

Dans son ouvrage *Le flou du droit*, Mme Mireille DELMAS-MARTY, explique comment le plus rigide des codes, le code pénal, s'inscrit aujourd'hui dans le champ plus vaste et plus ouvert de la politique criminelle. S'inspirant des structuralistes, dans une démarche qui tend vers le décryptage des signes nommés *Politique criminelle*, elle se propose "de" déconstruire l'objet "déstabilisation – et de privilégier le principe de complexité en analysant l'organisation en tant que telle, en provoquant le dévoilement de sa structure interne et singulière"²⁵.

En raison de cette analyse particulière, la politique criminelle ne peut pas être perçue en tant qu'objet en soi, mais doit plutôt être localisée au carrefour de tout un réseau de relations et d'oppositions. A la différence du droit criminel, elle ne peut pas être définie par référence à un contenu, devant être "située comme le point d'intersection de l'ensemble des relations étatiques et sociétales, qui expriment l'organisation des réponses du corps social au phénomène criminel"²⁶.

²⁴ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Paris, Cujas, 6.^e éd., 1988, pp. 100-148 et 170-194. HULSMAN (L.), BERNAT DE CELIS (J.), *Peines perdues, le système pénal en question*, éd. Centurion, 1982.

DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, éd. Economica, 1983. "Permanence et dérive du modèle libéral de politique criminelle" *A.P.C.*, 1983, n.° 6, pp. 13-69. "L'analyse systémale et la politique criminelle", *A.P.C.*, 1985, n.° 8, pp. 27-45. *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1986, p. 123 et s. *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit. BERNAT DE CELIS (J.), "Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman", *A.P.C.*, 1982, n.° 5, p. 13 et s.

LAZERGES (C.), *La politique criminelle*, op. cit., pp. 25-54. "Les conflits de politique criminelle", op. cit., p. 37 et s.

²⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, ibid., p. 35.

²⁶ DELMAS-MARTY (M.), "L'analyse systémale et la politique criminelle", op. cit., p. 28.

L'auteur tente d'établir les *invariants* qui caractérisent tout système, ces phénomènes universels déduits de l'observation de l'objet à étudier. Deux axes de différenciation (ou de non-différenciation) doivent être retenus: la différenciation de l'infraction par rapport à la déviance et celle de l'État par rapport à la société civile²⁷. L'infraction doit être entendue dans son sens non spécifiquement pénal comme étant un écart à la normativité, la déviance étant quant à elle un écart à la normalité²⁸.

A partir de ces axes de différenciation, quatre relations fondamentales sont mises à jour:

- Infraction-réponse étatique (I-Re)
- Infraction-réponse sociétale (I-Rs)
- Déviance-réponse étatique (D-Re)
- Déviance-réponse sociétale (D-Rs)

Par ailleurs, lorsque les concepts d'infraction et de déviance sont confondus, on aperçoit de la même façon deux relations fondamentales contractées:

- Infraction / déviance-réponse étatique (ID-Re)
- Infraction / déviance-réponse sociétale (ID-Rs)

Les modalités en fonction desquelles s'organisent les relations fondamentales et leur intensité les unes vis-à-vis des autres, permettent la construction de modèles de politique criminelle (Quatre modèles fondamentaux²⁹ et deux modèles contractés³⁰).

Mais il ne faut pas être ici dupe de la commodité qu'offre l'appréhension de la politique criminelle sous la forme de modèles. Mme **Mireille DELMAS-MARTY** reconnaît elle-même les faiblesses de la technique de la représentation schématique. "Le modèle est en effet par

²⁷ Certains critiquent cette dichotomie État / société civile, comme étant trop réductrice et impuissante à mettre en évidence la complexité des interrelations entre les différentes formes de régulation juridiques et sociales. Voir sur ce point, **LASCOURMES (P.)** et **ZANDER (H.)**, *Marx: du vol de bois à la critique du droit*, Paris, P.U.F., 1984.

²⁸ A propos de ces définitions de l'infraction et de la déviance, voir **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 59.

²⁹ Ce sont le Modèle État-société libérale, le modèle État autoritaire, le modèle Société auto-gestionnaire et le modèle État-société médico-sociale, **DELMAS-MARTY (M.)**, *ibid.*, p. 76 et s.

³⁰ Ce sont le modèle État totalitaire et le modèle Société libertaire. *Ibid.*

définition, une approximation de ce qui est observé. Il y aura toujours un écart entre le modèle et l'objet. Sinon le premier serait identique au second ... et perdrait sa qualité de modèle"³¹.

Le droit comparé s'est également orienté vers l'approche et la classification des systèmes juridiques.

En effet, la crise du comparatisme, l'abandon des ambitions universalistes et le combat éternellement renouvelé portant sur de strictes préoccupations de méthode, ont entraîné tout naturellement un changement de discours de la part du droit comparé. L'objectif premier de tout comparatiste est devenu l'étude et le classement des grands systèmes de droit.

Au moment du Congrès de 1900, on avait déjà eu conscience de l'existence de plusieurs grandes familles juridiques, et **A. EISMEIN** avait proposé une classification. Il figure sans doute aux prémisses d'un courant qui privilégiait, comme critère de classement, le critère génético-racial dont le principal représentant fut **Georges SAUSER-HALL**³².

Un autre courant, le courant génético-historique avait cru trouver l'explication de la parenté des ordres juridiques dans des facteurs historiques communs.

La notion de système finit par s'imposer après la deuxième guerre mondiale avec les ouvrages de **ARMINJO, NOLDE** et **WOLFF**³³ et de **M. René DAVID**³⁴. Ce dernier a voulu détacher deux critères de classification qui selon lui revèlent l'affinité ou la disparité typologique des ordres juridiques: Les critères idéologique et technique.

L'idée était considérablement novatrice. Selon la formule célèbre de l'auteur, il faut aborder le droit étranger en se plaçant "dans la même situation que les juristes du pays"³⁵.

C'est la structure générale du système que l'on veut comparer avec un autre qu'il devient impératif de chercher à connaître³⁶.

³¹ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit., p. 47.

³² **SAUSER-HALL (G.)**, *Fonction et méthode du droit comparé*, Genève, 1913.

³³ **ARMINJON (P.)**, **NOLDE (B.B.)**, **WOLFF (M.)**, *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie générale du Droit, 1950.

³⁴ **DAVID (R.)**, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, Librairie générale du Droit, 1950. Suivi, quatorze années plus tard de l'ouvrage désormais classique en la matière: *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Précis Dalloz, 9.^e éd., 1988.

³⁵ **DAVID (R.)**, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, *ibid.*, p. 12.

³⁶ **Marc ANCEL** partage également ce point de vue, cf. *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1971.

M. L. J. CONSTANTINESCO poursuit dans cette direction³⁷ et passa de la simple affirmation à une tentative de démonstration des facteurs qui précisent la structure spécifique de chaque ordre juridique:

“... au centre de chaque ordre juridique se trouve un noyau de particules juridiques élémentaires qui forment des éléments déterminants. Autour de ce noyau qui constitue la structure fondamentale de l’ordre juridique respectif et qui est formé par les éléments déterminants, tourne une multitude d’éléments, que je nomme fongibles, de même qu’autour du noyau de l’atome tournent les électrons”³⁸.

Selon **M. L. J. CONSTANTINESCO**, éléments déterminants et fongibles auraient tous deux une signification technique. Mais les éléments déterminants ont en plus une signification idéologique et téléologique. Ils expriment, individuellement ou conjointement, les valeurs et principes fondamentaux ainsi que la finalité de l’ordre juridique en question.

Ainsi, “les éléments déterminants représentent le *construit* juridique du système des valeurs, en tant que *donné* social”³⁹.

Ce sont eux qui, formant leur structure spécifique, donnent la clé du classement des ordres juridiques.

Les éléments déterminants les plus importants dans le cadre d’un ordre juridique sont les suivants: La conception et le rôle du droit, l’idéologie ou la doctrine, les rapports d’incertitude entre le *donné* et le *construit*, la constitution économique, la conception et le rôle de l’État, les droits fondamentaux des citoyens, les sources juridiques et leur hiérarchie, l’interprétation des lois et du droit, et enfin les notions juridiques et les catégories juridiques fondamentales⁴⁰.

Quant à la terminologie utilisée par les comparatistes, l’auteur déplore une confusion entre système et famille juridique. Pour lui, ces notions

³⁷ Sur ce point précis, voir:

CONSTANTINESCO (L. J.), “Les critères de classification des ordres juridiques en systèmes et familles juridiques”, *Mélanges Georges Langrod*, Paris, Les éditions d’organisation, coll. Management public, pp. 93-103.

³⁸ **CONSTANTINESCO (L. J.)**, *Traité de droit comparé*, Tome I, Introduction au droit comparé, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 213.

³⁹ **CONSTANTINESCO (L. J.)**, “Les critères de classification des ordres juridiques en systèmes et familles juridiques”, op. cit., p. 98. Pour l’auteur, les termes *donné* et *construit* diffèrent quelque peu des conceptions qui sont celles de **GENY**. Par *donné*, il entend la réalité socio-économico-politico-historique; et par *construit*, l’édifice juridique qui s’y superpose.

⁴⁰ **CONSTANTINESCO (L. J.)**, *Traité de droit comparé*, op. cit., p. 215 et s.

doivent être distinguées. Les caractéristiques qui sont communes dans une même famille juridique vont être secondaires et différentes en ce qui concerne les éléments déterminants. Le système juridique serait un archétype supérieur construit à partir d'une identité d'éléments déterminants, permettant ainsi d'englober plusieurs ordres juridiques apparentés. La famille juridique serait, au contraire, une sous-catégorie des différents systèmes⁴¹.

Les convergences entre droit comparé et politique criminelle dans l'approche en terme de système de leur objet d'étude, se retrouve dans la pensée de **Marc ANCEL**. Il rejoint tout à fait le point de vue de **L. J. CONSTANTINESCO** lorsqu'il affirme: "Tout d'abord, c'est le système tout entier qu'il faut considérer et appréhender dans sa complexité multiple. Ce système doit être étudié en action, au regard de ses précédents historiques, de son milieu sociologique actuel, de son régime socio-et politico-économique et de son idéologie de base"⁴².

Son apport quant à la comparaison des différents systèmes juridiques n'est pas des moindres⁴³. En effet, poussant la réflexion plus loin, il estime que les systèmes de droit objet de la comparaison, doivent être saisis dans leurs transformations successives.

"La comparaison entre les droits aujourd'hui n'a sa pleine valeur que si elle se pose en termes de mouvement", avait dit le **Doyen SAVATIER** dans un même écho de voix⁴⁴.

Cette idée du droit en mouvement est au coeur de l'ouvrage de **M. Éric AGOSTINI**⁴⁵ dont la deuxième partie est consacrée aux migrations des systèmes juridiques. L'auteur constate un double phénomène d'exportation et d'importation des droits commandé par l'histoire qui finit par gommer en quelque sorte les différences des systèmes juridiques sans toutefois les anéantir.

⁴¹ **CONSTANTINESCO (L. J.)**, "Les critères de classification des ordres juridiques en systèmes et familles juridiques", *ibid.*, p. 103.

⁴² **ANCEL (M.)**, "Comment aborder le droit comparé", *Mélanges René Rodière*, p. 5. Cette position se retrouve chez l'auteur dans un autre article: "Criminologie, droit pénal comparé et politique criminelle", *Mélanges Jean Pinatel*, Paris, éd. A. Pédone, 1980, p. 17.

⁴³ Voir entre autres: **ANCEL (M.)**, *Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale*, Notes et Etudes documentaires, Paris, Documentation française, 10 décembre 1981.

⁴⁴ Cité par **Marc ANCEL** in "Reflexions sur l'utilisation de la recherche comparative en droit pénal", *Mélanges Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 21.

⁴⁵ **AGOSTINI (E.)**, *Droit comparé*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental. Droit politique et théorique, 1988.

Une remarquable citation de **Marc ANCEL** retiendra ici toute notre attention: “Le droit comparé est largement une science (sociale) de la dynamique juridique”⁴⁶.

Rechercher la structure interne des politiques criminelles françaises et portugaises, dévoiler le système dans lequel elles se situent, signifie aller au-delà de la simple comparaison de leurs règles juridiques actuelles.

En effet, au fur et à mesure de l'évolution sociale de ces deux pays, les perturbations de leur ordre juridique se sont multipliées, leur donnant une complexité telle qu'il devient difficile de se cantonner à l'étude de leurs codes.

Mesurer leurs politiques criminelles aujourd'hui, c'est surtout mesurer leur dynamisme. Car, si on ne peut cerner la politique criminelle qu'a posteriori, si l'effectivité est l'une de ses caractéristiques intrinsèques, de la même manière c'est son aspect extrêmement mobile, évolutif qui constitue l'un de ses particularismes.

IV • PROBLÉMATIQUE ET HYPOTHÈSES

Nommer la loi pénale de deux pays revient à se poser la question de son identité. Mais la loi pénale est orientée, elle est à la fois discours et pratiques, elle devient politique criminelle.

La problématique est de savoir si on peut parler ou non d'une identité territoriale dans les modes de gestion français et portugais du phénomène criminel. Deux hypothèses peuvent alors être formulées.

La première part des concepts de libéralisme et d'autoritarisme et du poids de l'histoire politique. On peut penser que l'évolution du régime politique a un effet sur l'identité territoriale du traitement de la délinquance de chaque pays.

Le Portugal ayant connu un régime politique autoritaire de 1933 à 1974, il semble logique de trouver dans ce pays plus qu'ailleurs une tendance à développer des politiques pénales autoritaires.

La France n'ayant pas connu dans son histoire un régime politique autoritaire qui ait duré autant au point de remettre en cause sa tradition libérale, on peut s'attendre à ce qu'elle soit restée beaucoup plus fidèle à des politiques pénales inspirées du modèle libéral.

⁴⁶ ANCEL (M.), “Comment aborder le droit comparé”, op., cit., p. 7.

La seconde hypothèse part de la classification des ordres juridiques en terme de droit comparé. Dans cette perspective, l'identité territoriale, si elle apparaît ici et là, dans telle ou telle institution juridique particulière, ne peut être que diffuse. La France et le Portugal ont un patrimoine culturel et juridique tellement proche, qu'il est courant de voir leur ordre juridique classé dans une même famille juridique (famille des droits romanes) appartenant au même système juridique (système européen continental). De plus, il ne faut pas perdre de vue qu'ils ont adhéré à des structures supra-nationales européennes qui poursuivent tantôt des buts d'uniformisation (droit communautaire), tantôt des buts d'harmonisation (Droit européen des droits de l'Homme).

La première hypothèse est infirmée, car la France et le Portugal fluctuent entre libéralisme et autoritarisme. Cette fluctuation a pour origine une évolution historique commune et un phénomène de migration des règles juridiques. Le rapprochement de leurs politiques pénales est impuissant à démontrer une quelconque identité territoriale dans les modes de gestion de la délinquance (Livre premier).

L'espoir réside alors dans le passage des modes de gestion de la délinquance aux modes de gestion du phénomène criminel, dans le passage des politiques pénales aux politiques criminelles. En élargissant ainsi l'objet d'étude on aperçoit des spécificités territoriales. Cependant, elles demeurent noyées dans les nombreuses appartenances communes. Les politiques criminelles françaises et portugaises sont souvent construites sur des modèles identiques. Elles se rencontrent à travers le modèle libéral et le modèle autoritaire. La seconde hypothèse est confirmée. Une identité territoriale dans les modes de gestion du phénomène criminel ne peut être découverte qu'en décortiquant les options prises.

Ainsi, se croisent les politiques criminelles des deux pays (Livre second), car si elles divergent dans leurs mouvements, elles convergent quant à leurs modèles. Se manifeste au-delà de leur identité territoriale une identité européenne.

LIVRE PREMIER

RAPPROCHEMENT DES POLITIQUES PÉNALES

“Elles (les lois) doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c’est un grand hasard si celles d’une nation peuvent convenir à une autre.”

*Montesquieu, “De l’esprit des lois”
Oeuvres complètes, La Pléiade*

Si l’on adopte une conception romantique de la règle de droit, on est tenté de croire à l’originalité irréductible des droits nationaux.

SAVIGNY et son école n’avaient-ils pas affirmé que le fondement et la justification du droit d’un peuple, se trouvent dans le peuple lui-même, car son droit, comme sa langue est un produit de son histoire propre et l’expression de son génie¹.

Or lorsqu’on étudie les institutions juridiques de deux pays, on part du postulat qu’elles sont comparables et donc rapprochables.

Ce rapprochement est d’autant plus aisé que les ordres juridiques et qu’ils disposent d’un patrimoine culturel et linguistique commun.

¹ C’est à l’encontre des doctrines de l’école historique et de ses conceptions un peu trop romantiques que se situait la pensée de Ihering, lorsqu’il affirmait: “Le droit est la politique de la force. Voir. **COULOMBEL (M.P.)** “Force et but dans la pensée juridique de Ihering”, *R.T.D.C.*, 1957, pp. 609-63

Seule, une lecture attentive des histoires pénales française et portugaise permettra de cerner l'existence d'un héritage identique de grandes règles et principes.

Histoire pénale que nous traverserons en dignes pèlerins pour méditer et mieux comprendre ce qu'est encore aujourd'hui ce patrimoine juridique commun issu du libéralisme et de l'autoritarisme.

Cette approche de type historique (Titre 1) présente l'avantage de mettre en exergue ce que l'on peut décrire comme "l'actif" des ordres juridiques objet de notre champ d'étude, et par conséquent un premier niveau de rapprochement des politiques pénales françaises et portugaises.

Mais comme tout patrimoine comporte nécessairement un passif, il semble normal de découvrir aussi, ici et là "des passifs" à apurer en utilisant des méthodes similaires, à défaut parfois de solution radicale.

L'inflation carcérale fait sans aucun doute partie intégrante de ce passif commun à gérer, résultat de la politique pénale entreprise depuis le XIX^e siècle faisant de la peine privative de liberté la punition par excellence.

Une approche davantage contemporaine (Titre second) permettra de décrire un second type de rapprochement puisque les deux pays semblent parfaitement s'accorder quant aux mesures qu'il convient d'utiliser contre ce mal endémique.

TITRE PREMIER

APPROCHE HISTORIQUE

*La révolution c'est: une découverte
Un monde recommencé à partir d'une page pure
Comme le poème à partir de la page en blanc.*

Sophia de Mello Breyner Andresen
O nome das coisas (traduction personnelle)

“Il y a toujours eu dans l’histoire, des peuples et des hommes dont la vocation est de surprendre les coordonnées du progrès moral et scientifique”¹.

La France et le Portugal sont de ceux-là. C’est ainsi que les bouleversements politiques et sociaux opérés lors de la révolution de 1789, devaient également donner naissance à la peine de prison, autour de laquelle se construisait un discours punitif nouveau qui fut mondialement importé.

Il est vrai que sous l’ancien régime, la “prison” recouvrait plusieurs lieux d’enfermement dont les fonctions, tout comme l’autorité qui en avait l’initiative, étaient bien différents.

¹ CORREIA (E.), “La peine de mort. Réflexions sur sa problématique et sur le sens de son abolition au Portugal”, in *Pena de morte*, Colloque commémoratif du centenaire de l’abolition de la peine de mort au Portugal, 11-16 septembre 1967, Faculdade de direito de Coimbra, tome I, p. 37.

L'enfermement pouvait être tout d'abord judiciaire. Il n'était pas destiné à l'accomplissement de la peine mais à la garde des personnes suspectes.

A côté de cette rétention pour cause de justice, existait l'enfermement autoritaire sur ordre du roi (les lettres de cache) ou sur ordre des agents du pouvoir de l'État et du pouvoir familial (les maisons de force et de correction).

Si on emprisonnait arbitrairement tous ceux qui présentaient un danger quelconque pour l'ordre royal ou familial, on enfermait aussi, de façon générale, les pauvres, les inclassables ou incontrôlables (Hôpitaux généraux de la fin du XVII^e siècle²).

La prison de l'Ancien régime apparaît bien comme un instrument direct de maintien de l'ordre public³.

Mais, elle était, exceptionnellement, un lieu d'exécution de la peine. En effet, les femmes et les vieillards qui étaient condamnés aux galères voyaient leur peine transformée en réclusion dans une maison de force. De même, des pratiques avaient vu le jour de la part du Roi ou des Parlements qui commuaient certaines peines en enfermement.

Ce sont là les prémisses du *mythe fondateur de la prison pour peine* qui a permis dès la Constituante en France de transformer le lieu de sûreté en instrument bénéfique poursuivant par la suite l'amendement des condamnés.

Des pratiques humanistes de la part des rois et de la jurisprudence s'étaient également développées au Portugal, contournant les cruelles ordonnances royales qui multipliaient les cas et les procédés d'exécution capitale.

Et des terres lusitaniennes soufflait alors un vent nouveau, comme en réponse à la sanglante⁴ France révolutionnaire: le doux vent abolitionniste qui plaça le pays dès le milieu du XIX^e siècle à la tête de l'Europe.

² **SCHNAPPER (B.)**, "la répression du vagabondage et sa signification historique du XIV^{ème} au XVIII^{ème} siècle", in *Voies nouvelles en Histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 35-51.

³ **FAUGERON (C.)** et **LE BOULAIRE (J.M.)**, "Prisons, peines de prison et ordre public", *Revue française de sociologie*, vol. XXXIII, 1992, p. 8.

⁴ Il est vrai que la guillotine était conçue comme une avancée humaniste, puisque son introduction dans le code pénal de 1781 effaçait le grand spectacle de la souffrance. Mais, elle n'avait pas pour autant fait disparaître la fétichisation du sang. Voir sur le thème du sang, la communication de Mr. **Jean Pierre Allinne**, "Laver le sang. Vindictive privée et violence d'État en anthropologie juridique", au Colloque: Le sang, vendredi 11 et samedi 12 juin 1993, Le Parvis, Tarbes.

Rapprocher l'histoire de ces deux pays pratiquement voisins, si ce n'était l'incontournable Espagne, devient un impératif naturel pour la compréhension de leurs emprunts législatifs mutuels.

Nous verrons qu'ils témoignent d'une double dynamique "migratoire" parfois contradictoire.

En effet, on remarque que l'idéologie libérale déferla au XIX^e siècle, depuis les côtes normandes jusqu'au cap Saint-Vincent. Elle se devait d'assurer, dans une dynamique nord-sud, l'unification du droit pénal français et portugais (Chapitre 1).

Mais les tempêtes tournent. Au XX^e siècle avec le courant autoritaire, la dynamique devient sud-nord et c'est un éclatement que connaît alors le droit pénal des deux pays en raison du poids idéologique des régimes en place (Chapitre 2). L'enferment autoritaire de populations jugées dangereuses au regard de l'ordre était alors à son apogée. Retour en arrière? manifestation de cette tendance qu'aurait l'histoire à connaître des cycles? Et si l'évolution du droit pénal ressemblait plutôt à une spirale ...

CHAPITRE 1

L'IDÉOLOGIE LIBÉRALE ET L'UNIFICATION DU DROIT PÉNAL

Le rapprochement de l'histoire du droit pénal des deux pays n'est intéressant qu'à partir de la fin du XVIII^e siècle, date à laquelle apparaissent les premières tentatives de systématisation en raison du rayonnement de la pensée de **Cesare BECCARIA**.

LE XIX^e siècle a vraiment été un siècle-étape en France comme au Portugal. Dans les deux pays, la période antérieure peut être décrite comme "une époque totalement en réflexion sur elle-même envahie par le rationalisme et le besoin de centralisation. Dans le dédale des lois et des coutumes, il faut mettre de l'ordre. En même temps l'ordre se fabrique au jour le jour, sans qu'encore ne soit fixée une vision globale et définitive de la perception de son fonctionnement"¹.

Il est vrai que cette période est caractéristique du courant autoritaire né de l'absolutisme royal qui atteignait toute l'Europe. Ici, la notion de base est celle de l'autorité du roi d'où émanait toute justice et vis à vis de laquelle se trouvait subordonnée toute autre valeur. On pourrait alors dire que des rapprochements sont possibles dès l'ancien droit qui

¹ **FARGE (A.)**, "Naissance du monde libéral et politique criminelle", *A.P.C.*, 1987, n.º 9, p. 17.

connaissait un droit pénal structuré à partir de la procédure inquisitoire et de l'arbitraire des peines. Seulement ce n'est pas assez significatif des mouvements historiques propres à la France et au Portugal.

A ce stade, l'œuvre des codifications napoléoniennes peut être perçue dans sa double fonction unificatrice. Tout d'abord elle révèle la volonté de systématiser le droit pénal de fond et de forme dans son ensemble, en réaction à la fois contre ce courant autoritaire et contre les excès de la période intermédiaire. Les victoires de l'idéologie libérale y sont consacrées, de même que cette volonté d'élaborer un droit pénal unifié (section 1). Ensuite, l'unification n'était pas seulement valable en terre de France. Elle avait en effet une logique expansionniste, une dimension universaliste à l'image de cet empire avec lequel elle était en symbiose. Symbiose également voulue avec les législations voisines comme celle du Portugal qui a connu une réception des codes napoléoniens (section 2).

Section 1:

L'élaboration d'un droit pénal unifié au XIX^e siècle

Le droit pénal classique né des doctrines libérales connaît un principe fondamental, celui de la légalité des délits et des peines (§ 1) et des principes dérivés ou encore des corollaires de ce principe qui sont à la base de son organisation (§ 2).

§ 1 • Le principe de la légalité des délits et des peines

La pensée classique doit beaucoup à **BECCARIA** qui fut le premier auteur qui construisit, de manière tout à fait audacieuse pour l'époque, un système neuf fruit d'un raisonnement dépouillé de toute référence religieuse. Son *Traité des délits et des peines* publié en 1764 se voulait être une application de la philosophie des "Lumières" au droit pénal². Cet ouvrage n'est pas un ouvrage de technique juridique, mais une systématisation du droit

² A l'occasion de la commémoration du bicentenaire de la publication du traité des délits et des peines de Beccaria, une nouvelle réédition a été présentée: **BECCARIA (C.)**, *Des délits et des peines*, Paris, Cujas, 1966.

pénal bâtie autour de trois axes principaux parmi lesquels figure le principe de légalité. Comme il a été écrit sous une autre plume³, “son traité ne s’embarrasse pas plus d’exactitude technique qu’une tragédie de Racine n’exige l’authenticité des décors et des costumes”.

Ainsi comme le relève Monsieur **Jean PRADEL**⁴, **BECCARIA** est le premier qui pose comme règle que le droit pénal doit avoir pour source unique la loi. Il est vrai que depuis, on ne peut plus parler d’un principe mais des principes de la légalité des délits et des peines⁵ et que la façon dont **BECCARIA** l’a formulé n’est qu’un de ses aspects contemporains. Pour lui, c’est le Législateur et lui seul qui doit énumérer les incriminations auxquelles répondent des peines fixées par lui. Cette idée novatrice apparaît en complète rupture avec la justice pénale de l’époque où régnait l’arbitraire du juge. De plus, le monarque était le plus souvent également une source de justice: il disposait d’un pouvoir de justice retenue puisqu’il pouvait intervenir à n’importe quel stade du procès et d’autres moyens redoutables parmi lesquels les fameuses lettres de cachet ou de grâce.

BECCARIA fut le principal inspirateur du droit pénal classique. Sa pensée traduit les conquêtes philosophiques du XVIII^e siècle et plus particulièrement la théorie de **MONTESQUIEU** sur la séparation des pouvoirs: le juge doit se soumettre à la loi, son pouvoir ne peut empiéter sur celui du Législateur.

Par ailleurs, c’est l’existence du pacte social qui explique le principe de légalité des incriminations: lorsque les hommes se sont mis à vivre ensemble ils ont sacrifié une partie de leur liberté en se confiant à une autorité supérieure qui ne peut être que le Législateur. “... seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits; et ce pouvoir ne peut être détenu que par le Législateur, qui représente toute la société réunie par un contrat social”⁶.

³ **RICHARD (A.)**, “La justice pénale et le paradoxe de Beccaria”, *R.S.C.*, 1964, p. 776.

⁴ **PRADEL (J.)**, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je? 1989, p. 25.

⁵ Cf. l’article de **M. Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE**, “Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal”, in *Mélanges en l’honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, éd. A. Pédone, 1980, pp. 149-165. L’auteur démontre que le célèbre principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* est un concept chargé de relativité, puisqu’une gamme de légalités existent aujourd’hui.

⁶ **BECCARIA (C.)**, *Des délits et des peines*, Chapitre 3, Cujas 1966 p. 67.

La pensée originale de **BECCARIA** ne fit pas qu'influencer les esprits éclairés⁷; elle eut un rayonnement incontestable sur le droit positif européen et une influence directe sur l'École américaine⁸. En France, le législateur révolutionnaire se devait de consacrer ses idées. Tout d'abord dans les articles 6 à 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹. Le premier code pénal que connut la France en 1791 était tellement fidèle au principe de légalité des délits et des peines préconisé par **BECCARIA**, qu'il crut bon d'instaurer un système de pénalités fixes¹⁰ et pour rendre inéluctables ces sanctions il supprima le droit de grâce. Enfin, le code Napoléon de 1810 énonce dans son article 4 le principe de la légalité¹¹ dans une formule qui était restée inchangée jusqu'au nouveau code pénal

⁷ Ainsi en France tous les philosophes se firent les défenseurs de Beccaria au cours de la polémique qu'engendra son ouvrage au nom de la religion et de morale menée par Muryart de Vouglans. Il est à remarquer que l'idée légaliste était aussi présente chez cet auteur. Mais, elle avait une toute autre coloration. Cf. l'article de Monsieur **J.P. DELMAS SAINT-HILAIRE** dans les mélanges Pierre Bouzat, op. cit..

Les idées de Cesare Beccaria furent accueillies avec enthousiasme par Diderot, d'Alembert, Malesherbers et Voltaire qui rédigea en 1766, un "commentaire sur le *Traité des délits et des peines*". Beccaria eut même des partisans dans le milieu judiciaire. Ainsi un magistrat du Parlement de Dauphiné, l'avocat général Servan osa défendre sa pensée dans son discours de rentrée sur "*L'administration de la Justice criminelle*".

⁸ Voir à ce propos, **DELMAS-MARTY (M.)** "Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria", *R.S.C.* 1989, pp. 252-260.

⁹ Art. 6: "Tout ce qui n'est pas défendu par la loi, ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas".

Art. 7: "Nul homme ne peut être arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites".

Art. 8: "La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement applicable".

Sur l'importance de la Déclaration en Politique Criminelle, Cf. L'article de **Marc ANCEL**, "La déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, et la Politique Criminelle" *A.P.C.*, n.° 12, 1990, pp. 11-21.

¹⁰ **RÉMY (H.)**, *Les principes généraux du code pénal de 1791*, 1910.

¹¹ Le respect par le juge du principe de légalité a été très vite affirmé en jurisprudence au cours du XIX^e siècle. Les magistrats devaient s'assurer de l'existence d'un texte répressif antérieur aux faits poursuivis, ils ne pouvaient appliquer une pénalité dans des cas non prévus par la loi: Crim. 24 nov. 1853, *Sirey*, 1854, I, p. 152. Crim. 18 juillet 1861, *Dalloz* 1861, I, p. 452. De même, il était impossible pour le juge d'inventer des peines comme par exemple d'obliger le condamné à faire amende honorable ou une réparation d'honneur: Crim. 19 fév. 1807, *Bull. Crim.*, n.° 37. Crim. 23 août 1810, *Bull. Crim.*, n.° 105. Encore moins, il ne pouvait se permettre d'ajouter une peine à une loi qui avait oublié de prévoir des pénalités assortissant les dispositions qu'elle édictait: Crim. 26 mai 1837, *Sirey*, 1837, I, p. 489. Crim. 7 nov. 1844, *Sirey* 1844, I, p. 823. Crim. 23 oct. 1886, *Dalloz* 1887, I, p. 505. Crim. 5 juin 1890, *Dalloz* 1890, I, p. 495.

et ce malgré la délégalisation des contraventions opérée par la Constitution de 1958¹².

Assez curieusement, les idées légalistes de l'auteur en matière de détention avant jugement n'ont été ni reprises par le Législateur révolutionnaire ni dans les codifications Napoléoniennes. D'ailleurs, les rédacteurs du code d'Instruction Criminelle de 1808 sont clairs à ce propos: la liberté éventuelle de l'inculpé en cours de procédure ou sa mise en détention ne dépend pas à titre principal de la loi, mais du juge. Ainsi "le déluge légaliste allait, en effet, épargner une terre, le fief des atteintes à la liberté de l'inculpé, qui restera émergé, isolé, insolite au milieu de l'océan de la loi, insultant la foi légaliste qui se devait de triompher, sans aucune exception, de l'hérésie nourrie de l'arbitraire judiciaire"¹³. Ce fief resta isolé tout au long du XIX^e siècle, puisqu'il fallut attendre une loi du 7 février 1933 pour que l'idée légaliste soit mise en avant pour lutter contre les détentions préventives arbitraires.

Mais le principe de la légalité des délits et des peines ne peut être perçu comme le solitaire du jeu de la pensée pénale classique. Il suppose des principes corollaires pour développer ses racines.

§ 2 • *Les corollaires du principe de légalité*

Certes, le principe de légalité, tire sa légitimité du principe de liberté (A). Il est aussi, malgré tout, une de ses conséquences au même titre que trois autres principes: Le principe d'égalité (B), le principe de non-rétroactivité des lois pénales (C), et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale (D).

A • Le principe de liberté

L'idéologie libérale fait de la liberté sa valeur de référence et du principe de légalité des délits et des peines un dogme sacré. En effet, ce

¹² Désormais, les articles 111-2 et 111-3 du nouveau code pénal (Lois du 22 juillet 1992) rappellent respectivement les règles constitutionnelles de répartition des compétences entre la loi et le règlement en matière de détermination des infractions en donnant une version moderne du principe fondamental de la légalité des délits et des peines.

¹³ **DELMAS SAINT-HILAIRE (J.P.)**, "Le principe de la légalité en matière d'atteinte à la liberté de l'inculpé: l'histoire d'un oubli", VII^e Congrès de la section française de l'A.I.D.P." Les atteintes à la liberté de l'inculpé: détention provisoire et contrôle judiciaire", *Les cahiers du droit*, Tome 1, 1985, p. 15.

courant admet comme postulat de départ que la liberté est dans la nature intrinsèque de l'homme. C'est ce qui confère à l'animal social d'Aristote son humanité. Mais la liberté n'est pas seulement un état naturel de l'homme, elle est aussi une sollicitation de la loi comme garantie. C'est pourquoi, cette prééminence de la loi, trouve sa légitimité dans le principe de liberté.

Par ailleurs, la logique contractuelle qui veut que le droit de punier ait été concédé à l'État par un contrat social, repose sur le même postulat puisqu'il suppose l'abandon par les hommes d'une parcelle de leur liberté. Mais du sacrifice naît la protection, dans la mesure où l'exercice du pouvoir de punir par l'État n'est pas illimité. C'est à la loi qu'il appartient de tracer les limites précises entre le permis et le défendu. De cette façon, la liberté d'action du citoyen peut s'exercer en toute connaissance et en toute sécurité¹⁴.

Ainsi le principe de liberté devient une des conséquences du principe de légalité. Ce premier corollaire permet de décrire l'État de droit dans lequel les instances administratives et judiciaires, dans leurs fonctions, sont obligées de se soumettre à la loi, expression de la volonté générale et, par la même, garantie des libertés individuelles. C'est ce qui distingue l'État de droit de l'État de police. "Quand la norme du juste ou de l'injuste qui doit diriger les actions du citoyen ignorant aussi bien que celles du citoyen philosophe n'est pas une affaire de controverse mais une question de fait, alors les sujets ne sont pas soumis aux petites tyrannies des autres ...; tyrannies plus funestes que la tyrannie d'un seul parce qu'il n'y a que le despotisme d'un seul qui puisse corriger le despotisme des autres"¹⁵.

Le principe de liberté est omniprésent dans la pensée de **BECCARIA**. Non seulement il légitime le principe de légalité tout en étant une de ses conséquences, mais il est encore à la base d'une seconde grande idée dans sa systématisation du droit pénal qui est celle du petit nombre d'incriminations. Les incriminations doivent être peu nombreuses en raison de l'existence du contrat social. Il semble normal que les citoyens qui ont aliéné une partie de leurs libertés lorsqu'ils sont entrés en communauté aient entendu le faire de façon minimale et utilitaire. Ce dernier point est important car il montre une fois de plus l'aspect novateur de la pensée de l'auteur qui s'écarte des canonistes quant à la fonction de la peine. Pour **BECCARIA**, la peine sert à empêcher le coupable de récidiver et les autres

¹⁴ Cf. l'art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

¹⁵ **BECCARIA (C.)**, op. cit., p. 70.

de délinquer. Il est ainsi à l'origine de cette pénologie utilitaire à laquelle **Jeremy BENTHAM** donna ses lettres de noblesse quelques années plus tard avec son principe de l'arithmétique pénale¹⁶.

En complète rébellion avec la pratique de l'époque, **BECCARIA** proposait des peines modérées et proportionnées aux infractions commises. On est loin de cette justice pénale du supplice qui poursuivait les corps au-delà de toute souffrance possible¹⁷. Mais là encore, sa pénologie utilitaire pose comme postulat la liberté de l'*homo delinquens*. Libre est cet homme même dans le crime qui le transforme en un violeur lucide et volontaire du pacte social, en un violeur raisonné et raisonnable¹⁸.

Ainsi, le crime serait une question de choix. Mais alors que pour **TOCQUEVILLE** ce choix amène l'exclusion du criminel du bénéfice des Droits de l'Homme, **Cesare BECCARIA** apparaît comme "le grand visionnaire d'une politique criminelle à la fois rationnelle et humaniste qui nous étonne aujourd'hui encore par le modernisme de ses propositions"¹⁹.

La révolution française de 1789 ne se contenta pas d'inscrire le principe de liberté sur des étendards. Elle l'inscrivit aussi dans son acception politico-criminaliste²⁰, dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Mais sur l'étendard sanglant, un autre mot était écrit: Égalité.

¹⁶ **VARAUT (J.M.)**, "L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale", *R.S.C.* 1982, pp. 261-270.

¹⁷ **FOUCAULT (M.)**, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, éd. Gallimard, 1975, 1^{ère} partie, *Supplice*.

¹⁸ *Raisonné* dans la mesure où **BECCARIA** admet le libre arbitre du délinquant et pose comme fonction principale de la peine celle de prévenir les infractions (prévention générale).

Raisonné puisque une autre fonction de la peine est la prévention spéciale des infractions.

C'est sur le premier point que se situe toute la critique des positivistes italiens au XIX^e siècle qui élaborèrent des doctrines déterministes. On se souviendra de l'émoi que causa l'ouvrage du médecin **Cesare LOMBROSO** *L'Homme criminel* publié en 1876. Il fut le fondateur de l'anthropologie criminelle. Ses condisciples qui étaient, eux, juristes, laissèrent des ouvrages non moins célèbres. On doit à **Enrico FERRI** un *Sociologie Criminelle* publiée en 1892 et à **R. GAROFALO**, une *Criminologie* publiée en 1885.

¹⁹ **DELMAS-MARTY (M.)** "Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria", *op. cit.*, p. 256.

²⁰ Art. 6 e Art. 7. Si le principe de légalité est aujourd'hui un principe constitutionnel aussi bien en France qu'au Portugal (art. 29 de la Constitution de la République portugaise), il en va de même pour le principe de liberté d'où découle le principe de proportionnalité et de nécessité des peines. Voir à sujet l'article 27 de la Constitution de la République portugaise et en France: **RIVERO (J.)**, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 75-88.

B • Le principe d'égalité

Ce deuxième principe sur lequel **BECCARIA** insiste découle du principe de légalité des délits et des peines. L'idée légaliste lorsqu'elle concerne la peine soutend une égalité de traitement entre justiciables. Pour lui "les peines des personnes du plus haut rang doivent être les mêmes que celles du dernier des citoyens". L'égalité n'était pas seulement qu'une égalité sociale, elle était surtout une égalité de traitement territorial.

La seule traduction d'une égalité parfaite des peines est leur fixité. La loi, non seulement doit prévoir de manière précise et préalable les comportements sanctionnables, mais doit en plus indiquer la sanction encourue par tous.

On ne s'étonnera pas non plus de voir ce principe d'égalité intimement lié à la notion de sûreté des individus dans la pensée de l'auteur; c'est lui qui "rend les lois respectables, en ôtant toute espérance d'impunité".

Le principe d'égalité figure dans la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 à l'article 1^{er}. Par ailleurs, l'Assemblée constituante avant même qu'elle dote la France de sa première Constitution écrite avait posé des règles essentielles de justice pénale dans une loi des 21-30 janvier 1790 qui étaient la copie fidèle des idées de **BECCARIA**. Parmi ces règles figure le principe selon lequel les délits du même genre seraient punis du même genre de peines et que les peines seraient égales pour tous indépendamment de la nature du crime²¹.

Le code pénal de 1791 prévoyait également la fixité des peines et même si ce système n'a pas été repris par le code pénal de 1810, la technique des peines légales instaurée consacrait à sa façon l'égalité des peines.

En effet, le droit pénal classique est centré autour du concept-clé d'infraction, perçu comme "une véritable barrière de droit que l'on voulait interposer entre l'État justicier et le justiciable"²². Ce concept d'infraction est alors "une entité juridique abstraite dépendant d'abord du Législateur, qui devait objectivement le prévoir et le définir, avant de relever du juge qui

²¹ Sur cette époque voir: **PONCELA (P.)** et **LASCOUMES (P.)**, "Des délits et des peines sous la Constituante", *A.P.C.* n.° 11, 1989, p. 11 et s.

Pour une étude historique du code pénal français, Cf.: **LASCOUMES (P.)**, **PONCELA (P.)**, **LENOEL (P.)**, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

²² **MERLE (R.)** et **VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 116.

ne devait, à son tour, le connaître que comme une notion objective examinée suivant des critères de droit”²³.

Pourtant l’individualisation judiciaire de la sanction qui met en échec le principe d’égalité est apparu en France dès 1810 avec le système de la fourchette dans les pénalités. Puis, la révision du code pénal de 1832 organisa le bénéfice des circonstances atténuantes laissées à la libre appréciation du juge ou du jury. Mais, il fallut attendre les doctrines positivistes pour que le visage de la répression pénale se tourne complètement vers le délinquant.

En parallèle, des critiques du libéralisme voyaient le jour au XIX^e siècle, se fondant justement sur l’illusion égalitaire que l’État libéral véhicule alors qu’il s’avère incapable d’instaurer une démocratie réelle. Ce sont les courants anarchistes et marxistes.

Même si le principe d’égalité a perdu la signification de ses origines, il n’en demeure pas moins vivace dans sa valeur expressive négative: ce sont les inégalités de traitement devant une même situation objective qu’il sanctionne, devenant principe de non-discrimination²⁴.

Mais la conséquence du principe de légalité qui assure le mieux son effectivité est la règle de la non-rétroactivité des lois pénales, règle qui, elle aussi, s’est confortée depuis **BECCARIA**.

C • Le principe de non-rétroactivité des lois pénales

Ce principe apparaît comme un corollaire nécessaire au principe de légalité. En effet, il deviendrait vide de sens s’il était possible pour le Législateur d’incriminer et de punir des faits passés qui au jour de leur commission entraient dans la sphère de la liberté d’action de l’Homme.

C’est pourquoi, dès la Révolution, la non-rétroactivité des lois pénales est affirmée en même temps que le principe de la légalité criminelle²⁵.

²³ **ANCEL (M.)** *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, op. cit., p. 51.

²⁴ Voir en France: **BRAIBANT (G.)**, “Le principe l’égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État”, in *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1989, pp. 97-110

²⁵ “On l’a compris très tôt, légalité et non-rétroactivité en matière pénale sont indissociables: et ce n’est pas par hasard que, dès le départ, c’est par une seule proposition qu’ont été énoncés le principe de Légalité et le principe de non-rétroactivité”. Extrait tiré de l’article de Monsieur **J.P. DELMAS SAINT-HILAIRE (J.P.)**, “1789: un nouveau droit pénal est né...”, *Mélanges Pierre Jaubert*, 1992, en cours de publication, pp. 171-187.

Ainsi, dans l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: "... nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ..." Cette règle fut maintenue dans plusieurs textes de 1791²⁶, dans l'article 14 de la Déclaration des Droits de 1793, dans les articles 2 et 3 du code du 3 brumaire An IV et puis dans l'article 4 du code pénal de 1810 qui reprend dans une même formule la légalité criminelle et la non-rétroactivité.

Assez curieusement, alors que le principe avait été imaginé par **BEC-CARIA** aussi bien pour les lois pénales de fond que de forme et que le législateur révolutionnaire l'avait entendu de même, le code d'Instruction criminelle ne contenait aucune disposition consacrée au problème des conflits de lois dans le temps²⁷. En doctrine, la règle de non-rétroactivité serait commune aux deux branches du droit criminel²⁸.

D'ailleurs, une des principales manifestations du principe de légalité est l'idée du juge naturel qui cherche à garantir le droit des citoyens à être jugés par un tribunal compétent légalement constitué et préexistant aux faits à juger (*nemo iudex sine lege*) et non un tribunal créé de toute pièce en fonction de l'espèce et réputé compétent.

En ce qui concerne les lois pénales de fond, un correctif avait été clairement posé dès 1810 dans les textes et en jurisprudence²⁹: la règle de la rétroactivité de la loi pénale plus douce autrement dénommée rétroactivité *in mitius* de la loi nouvelle. Ce tempérament a des origines historiques lointaines, puisqu'il remonte au XIV^e siècle lorsque **MALUMBRANUS** l'indiquait pour la première fois. La Révolution devait le consacrer offi-

²⁶ Voir l'article 71 du Titre II du code pour la police municipale et correctionnelle des 16-22 juillet 1791, l'article 4 de la 2.^e partie du Titre III du code pour la police criminelle des 25 sept.-6 oct. 1791.

²⁷ Pas plus que le code de procédure pénale de 1958.

²⁸ **LEVASSEUR (J)**, "Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de légalité", *Mélanges L. Huguency*, 1964, p. 15; "Opinions hétérodoxes sur les conflits des lois répressives dans le temps", *Mélanges Jean Constant*, 1971, p. 192 et s.

²⁹ Il était défini dans l'article 6 du décret du 23 juillet 1810 qui était destiné à régler la mise en vigueur du code pénal. On le retrouve ensuite dans les codes de Justice militaire de 1928 et 1938. Il figure de même dans le décret du 25 novembre 1919 relatif à l'introduction des lois pénales en Alsace-Lorraine. La jurisprudence du XIX^e siècle l'a très tôt considéré comme un principe indiscutable: Cf. Crim. 15 mars 1810, *Bull. Crim.*, n.° 37, crim. 27 février et 16 juillet 1812, *Bull. Crim.*, n.° 41 et 165, crim. 2 juillet 1813, *Bull. crim.*, n.° 143.

Aujourd'hui, le nouveau code pénal tel qu'il résulte des lois du 22 juillet 1992 énonce clairement le principe de la rétroactivité *in mitius* dans son article 112-1 alinéa 2. Ce principe a par ailleurs une valeur constitutionnelle: voir la décision du Conseil Constitutionnel du 19-20 janvier 1981, in *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, de **Louis FAVOREU** et **Loïc PHILIP**, Paris, Sirey, 6^e éd. 1991, n.° 34. Au Portugal, il est consacré dans l'article 29 n.° 4 de la Constitution de 1976.

ciellement, mais de façon timide puisqu'il n'apparaît qu'à côté du principe de la non-rétroactivité de loi pénale plus sévère dans le code pour la police criminelle des 25 sept.-6 oct. 1791.

Ainsi une nouvelle lecture s'est imposée de la règle de la non-rétroactivité: La loi nouvelle est en droit pénal d'application immédiate³⁰ lorsqu'elle est plus douce. Cependant lorsque la loi nouvelle est plus sévère que celle qu'elle remplace, c'est la survie de la loi ancienne qui s'impose en raison du principe de la légalité criminelle.

Par ailleurs, il est classiquement enseigné que cette distinction loi plus douce / plus sévère n'a aucune emprise en procédure pénale dans la mesure où, dans cette branche du droit, la loi est considérée comme poursuivant un objectif d'amélioration de la justice et des droits des justiciables. Elle devrait donc être en théorie d'application immédiate. C'est la position de la jurisprudence même si parfois cette règle est assortie de tempéraments. Ainsi, en matière de lois relatives à la compétence, pour ne pas contredire le principe précédemment évoqué du juge naturel. La loi nouvelle est applicable aux instances pénales en cours, à condition que l'affaire n'ait pas fait l'objet d'un jugement en premier ressort quant au fond³¹.

Mais cette présentation du droit pénal transitoire et de ses solutions est vivement contestée par Monsieur **Jean Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE**, dans la mesure où la jurisprudence tend plutôt vers le système hétérodoxe très simple décrit auparavant. En effet, elle semble imposer cette distinction "princeps" qui oppose les règles pénales plus sévères et les règles pénales plus douces, quelle que soit leur nature³². De ce fait, les règles nouvelles plus douces doivent être appliquées aux faits antérieurs à leur promulgation et les règles plus sévères ne peuvent être appliquées à des faits antérieurs à leur mise en vigueur.

Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ainsi que son tempérament est aujourd'hui accueilli dans bon nombre de textes internationaux et a valeur constitutionnelle³³.

³⁰ Cette solution qui avait été spécialement consacrée en matière de délits de presse, a fini par avoir une portée générale; Cf. notamment l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 7 juillet 1871, *Sirey* 1876, I p. 85, rapport **SAINT-LUC COURBORIEU** et celui du 18 février 1882, *Dalloz* 1882, I, p. 135, conclusion **BERTAULD**.

³¹ Cependant dans une célèbre affaire Abou-Daoud, la loi du 11 juillet 1975 a été jugée inapplicable car ne pouvant rétroagir et concerner des faits commis en 1972 dans la mesure où elle aggravait la situation de l'étranger. *Gaz. Pal.* 1977, I, p. 105.

³² Cette position a été développée par l'auteur plus spécialement dans deux de ses chroniques de jurisprudence, Cf. *R.S.C.* 1989, n.º 4, pp. 732-736, et *R.S.C.* 1990, n.º 1, pp. 66-70.

³³ A propos de l'application de ces principes, voir l'article de **Mme Renée KOERING-JOULIN**, "Où il est question d'application de la loi dans le temps...", *Dalloz* 1987, chr., p. 18.

La jurisprudence, tout au long du XIX^e siècle, a contribué à un assouplissement du principe de légalité et des corollaires précédemment étudiés. Il en va de même pour la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale.

D • Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale

“Les juges des crimes ne peuvent avoir le droit d’interpréter la loi pénale, par la seule raison qu’ils ne sont pas législateurs”³⁴. Ainsi s’exprimait **Cesare BECCARIA** condamnant l’interprétation analogique des juges de l’ancien régime, source d’arbitraire³⁵. **MONTESQUIEU** également désirait que le juge ne soit que la bouche qui prononce les paroles de la loi.

Le principe de légalité dans son appréhension rigide, tout comme il imposait un régime de fixité des peines, commandait une interprétation littérale dite encore restrictive de la loi. C’est l’application du célèbre adage des glossateurs *odiosa sunt restringenda*. Cette méthode fait appel à la logique abstraite pour dégager les sens de la loi, la lettre de celle-ci devant toujours l’emporter en cas de contradiction entre le but poursuivi par le législateur et ce qu’il dit. D’autre part, en cas d’insuffisance ou d’obscurité, le juge doit, en application du principe *dubium pro reo*, choisir la solution favorable au justiciable.

La Cour de cassation n’a pas cessé de dire, dans une formule de style, que la loi pénale est d’interprétation restrictive. Est-ce à dire qu’elle n’admet que l’interprétation littérale des textes? Certes, l’interprétation par analogie a été expressément condamnée au nom du principe *nullum crimen ...* au XIX^e siècle³⁶, mais les tribunaux entendaient surtout écarter l’interprétation analogique, *in malam partem*, c’est-à-dire défavorable à la personne concernée.

La jurisprudence du XIX^e siècle regorge d’exemples. Le plus connu est celui qui amena à déclarer impunissable la filouterie d’aliments ou

³⁴ Cf. le chapitre IV du *Traité Des délits et des peines*, de **BECCARIA**, op. cit.

³⁵ Le raisonnement analogique des juges de l’ancien régime, était à la fois une méthode d’analogie légale et d’analogie juridique. Cette dernière est l’expression la plus extrême du pouvoir créateur de la jurisprudence. Sur cette distinction, voir **MERLE (A.)** et **VITU (R.)**, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 250 et s.

³⁶ Cf. notamment, crim. 19 mars 1831, *Sirey* 1831, I, p. 115.

grivèlerie. Ainsi, la Cour de cassation ne pouvant retenir la qualification de vol, ni d'escroquerie, ni d'abus de confiance décida à plusieurs reprises dans une jurisprudence constante, que le coupable ne pouvait être puni pour ce genre d'acte³⁷. La loi du 26 juillet 1873 finit par incriminer spécialement la filouterie d'aliments (art. 401, al. 3 du code pénal).

En fait, les tribunaux optèrent plutôt pour l'interprétation téléologique des textes qui fait prévaloir la volonté présumée du législateur sur la lettre de la loi, contredisant également de manière flagrante la pensée de **BECCARIA**³⁸. Petit à petit, ils finirent aussi par admettre l'analogie *in bonam partem* ou encore *in favorem*³⁹.

En ce qui concerne les lois de procédure, la difficulté était moindre, puisque ces lois étant considérées comme ne nuisant pas en principe aux intérêts de l'inculpé: rien ne semble proscrire l'utilisation de l'analogie. Cependant, il est arrivé aux juges de refuser d'étendre certaines dispositions de la loi du 8 décembre 1897 qui garantissait les droits de la défense de l'inculpé pendant l'instruction, à des cas non expressément prévus⁴⁰.

L'élaboration d'un droit pénal unifié s'est achevée au XIX^e siècle avec la consécration du courant libéral principalement inspiré des idées de **BEC-CARIA**. Il coïncide avec l'avènement de nouvelles forces socio-économiques qui, proclamant le libéralisme pilier de l'État moderne en cours de constitution, finirent par accéder au pouvoir politique.

³⁷ Crim. 20 février 1846, *Sirey* 1846, I, p. 576; Crim. 6 nov. 1847, *Sirey* 1848, I, p. 153; Crim. 18 février 1864, *Dalloz* 1865, I, p. 145; Crim. 10 déc. 1869, *Dalloz* 1870, p. 441.

³⁸ "Il n'est pas de chose plus dangereuse que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi... L'esprit de la loi serait donc le résultat de la bonne ou de la mauvaise logique du juge, d'une digestion facile ou pénible, il dépendrait de la violence de ses passions, de la faiblesse de celui qui souffre, des relations entre le juge et la victime, et de toutes ces petites causes qui changent les apparences de chaque objet dans l'esprit ondoyant de l'homme". **BECCARIA (C.)**, *Des délits et des peines*, op. cit., Chapitre IV, p. 70.

³⁹ Notamment en ce qui concerne l'application des faits justificatifs. Ainsi la jurisprudence a interprété de façon extensive le domaine de l'art. 327 du code pénal pour l'appliquer à n'importe quelle infraction. De même, l'immunité entre parents et alliés prévue par l'art. 380 du code pénal en cas de vol a été étendue à l'escroquerie, l'abus de confiance et l'extorsion de signature. Voir entre autres, Crim. 8 février 1840, *Sirey* 1840, I, p. 651.

Aujourd'hui, le recours aux objectifs de la loi pénale est important dans le travail d'interprétation fait par la chambre criminelle de la Cour de cassation, même s'il n'est pas toujours explicite. Voir à ce sujet, **DI MARINO (G.)** "Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application", *R.S.C.* 1991, pp. 505-517.

⁴⁰ Cette interprétation restrictive de la loi par la jurisprudence est apparue dès sa promulgation; voir en particulier les arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation les 12 mars, 16 juin et 24 décembre 1898, *Sirey* 1899, I, p. 297.

Les tensions sociales de l'époque n'ont pas épargné le Portugal. Bien que le pays ait su résister aux invasions de l'armée Napoléonienne, son système juridique allait connaître une autre forme de colonisation lors du mouvement de codification: celle de la loi française.

Section 2: La réception des codifications napoléoniennes au Portugal

Une question qui a suscité peu d'intérêt chez les historiens du droit au Portugal, est l'introduction des codes français comme législation directement applicable, suite à l'invasion du Portugal par l'armée napoléonienne commandée par JUNOT⁴¹.

Pourtant, ce ne fut pas faute de sources bibliographiques. Ainsi, dès 1811, José ACURCIO DAS NEVES relatait dans un ouvrage tous les événements⁴², et en particulier la réunion de la *Junta dos Três Estados* à laquelle on aurait demandé le 22 mai 1808, la promulgation du code civil français au Portugal⁴³. Mais, l'occupation des troupes françaises dura peu.

Si l'œuvre de codification au Portugal a été faite dans le même esprit et avec des principes similaires (§ 1), des particularismes dans le droit pénal portugais se sont très vite fait sentir au XIX^e siècle qui, déjà, plaçaient le Portugal à la pointe même du progrès avec notamment l'abolition de la peine de mort (§ 2).

§ 1 • Une réception différée

Différée en raison, tout d'abord, de l'histoire politique portugaise. On aurait pu s'attendre à une réception des codifications napoléoniennes sous forme de législation directement applicable. Ce ne fut pas le cas (A).

⁴¹ ESPINOZA GOMES DA SILVA (N.), *História do pensamento jurídico*, lições polycopiadas na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica, 1981-82, p. 223.

⁴² ACURCIO DAS NEVES (J.), *História geral das invasões dos Franceses em Portugal e da Restauração deste reino*, II, Lisboa 1811, pp. 243-262.

⁴³ Appelé le Manifeste du 22 mai 1808. Le texte de ce manifeste existe en français et en portugais dans des ouvrages historiques anciens. Cf. en français: *Histoire de la guerre d'Espagne et du Portugal sous Napoléon*, G. Foy, Paris 1827, tome 4, pp. 469-472. Voir en portugais l'ouvrage de Simão LUZ SORIANO, *História da guerra civil e do estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal*. Segunda época: Guerra da Península, I, Lisboa 1870, pp. 212-214.

L'introduction au Portugal des grands principes organisant le droit pénal classique va épouser l'histoire du mouvement libéral qui se préoccupa comme en France d'une systématisation selon ses propres valeurs (B). Il n'est pas étonnant alors que la codification du droit pénal n'ait pu aboutir au Portugal qu'avec le triomphe des libéraux (C).

A • L'absence de réception sous forme de législation directement applicable

Comme le démontre **Pedro BARBAS HOMEM**⁴⁴, l'échec de l'introduction du code civil français à cette époque semblait inévitable en raison de la précoce défaite de **JUNOT**. Ni lui, ni l'infime partie de la noblesse portugaise qui l'appuyait et qui se résumait en fait au Comte **DA EGA**⁴⁵, ne s'opposèrent à l'application au Portugal du droit français hérité de la Révolution.

Ils ont préféré que le passage d'un droit à l'autre se fasse de façon harmonieuse et non pas de façon violente, notamment par l'action formatrice des universitaires et des juristes à l'esprit des codifications.

Mais la rupture épistémologique et méthodologique était telle que seul l'usage de la force aurait pu permettre une pareille transformation du droit portugais à cette époque. Il fallut attendre quelques décennies, des révolutions et la victoire finale des libéraux.

Pourtant, si la législation française n'a pas réussi en droit civil à être directement implantée au Portugal, en droit pénal ce ne fut pas exactement le cas. En effet, un décret du 5 avril 1808 de **JUNOT** ordonnait l'application du code pénal militaire en vigueur en France aux soldats de l'armée portugaise. Les 8 et 9 avril 1808 fut créé à Lisbonne et à Porto un tribunal spécial compétent en matière de crimes contre la sécurité publique qui devait statuer en fonction des prescriptions du code pénal français et des lois pénales annexes⁴⁶. Cependant, ces juridictions n'ont jamais fonctionné dans la pratique⁴⁷.

⁴⁴ **BARBAS HOMEM (P.)** "Algumas notas sobre a introdução do Código civil de Napoleão em Portugal em 1808", *Revista Jurídica*, n.º 2-3, A.A.F.D.L. 1985, pp. 97-107.

⁴⁵ Qui était en réalité le porte parole d'une bourgeoisie de type jacobin désireuse de réformes. Voir, **Pedro BARBAS HOMEM**, *ibid.*, p. 103.

⁴⁶ Qui n'était pas encore bien évidemment le code Napoléon de 1810, mais la législation pénale du droit intermédiaire et notamment le code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV.

⁴⁷ **LUZ SORIANO (S.)**, *op. cit.*, p. 204.

En dehors de l'hypothèse d'une réception directe des codifications napoléoniennes, se situe un autre type de réception indirecte qui est l'intégration de leur substance comme principale source au moment de la codification du droit pénal portugais.

B • Les révolutions libérales du XIXe siècle et les premières tentatives de systématisation

L'histoire de la codification du droit pénal portugais se caractérise par une lente maturation puisque le premier code pénal date de 1852, précédé évidemment par une multitude de projets qui n'ont jamais vu le jour.

Les idées de **BECCARIA** n'ont pas laissé insensibles les portugais. En effet, le droit pénal hérité des ordonnances des rois portugais⁴⁸ ressemblait aux autres systèmes européens de pénalité nés de l'absolutisme. Les peines étaient soumises à l'arbitraire du juge. Les peines étaient disproportionnées, cruelles, inégales et transmissibles.

En 1789, sous le règne de la Reine **Dona Maria I, Pascoal DE MELO FREIRE** élaborera un projet de code de droit criminel où l'auteur avoue, dès l'introduction, avoir été directement inspiré par la pensée de **BECCARIA**. L'année coïncide avec la révolution française et il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas été retenu par la Reine⁴⁹. Son règne se caractérise d'après Madame **Teresa PIZARRO BELEZA**⁵⁰ par "une très forte réaction contre le progressisme dans l'absolutisme du Marquis **DE POMBAL** (sous **Dom José I**), en tant que tentative de donner accès à la classe bourgeoise et d'éliminer la noblesse traditionnelle, tentative symbolisée par l'exécution des **Távoras** sous prétexte d'un attentat contre **José I**".

Mais, les idées des "lumières" ont d'abord conquis, comme il semble logique, le droit constitutionnel. Le principe de **Légalité** fait sa première apparition législative au Portugal dans la Charte constitutionnelle de

⁴⁸ Le droit *das ordenações* était un droit compilé par différents monarques portugais. C'est pourquoi ces ordonnances étaient dénommées en fonction du prénom du roi qui les avaient réalisées, *ordenações Afonsinas, Manuelinas, Filipinas*. Elles consistaient en une énumération casuistique d'infractions. Voir **Eduardo CORREIA**, *Direito Criminal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1971, Tome I, p. 101 et s.

⁴⁹ D'ailleurs le projet en tant que tel n'a été publié qu'en 1823, après la révolution libérale (1820).

⁵⁰ **PIZARRO BELEZA (T.)**, *Direito Penal*, Vol. I, Lisboa, 2^eed., A.A.F.D.L. 1985, p. 368 (traduction personnelle).

1826. Auparavant, la Constitution de 1822 issue de la révolution libérale de 1820 qui allait doter le pays d'une monarchie constitutionnelle sous **Dom João VI**, y faisait quelques allusions.

Comme le note Monsieur **José António BARREIROS**⁵¹, le premier document juridique qui contient les nouveaux principes politico-criminologistes est la loi sur la presse du 14 juillet 1821 issue de la fébrile activité législative des *Cortes* libérales qui étaient chargées de l'élaboration de la constitution.

Le 26 décembre 1821, les *Cortes* nommèrent une commission qui devait travailler sur la préparation d'un code des délits et des peines. La terminologie est elle-même révélatrice de l'influence de **BECCARIA**.

Mais c'est la Constitution de 1822 qui marqua une importante rupture avec le droit pénal des ordonnances royales toujours en vigueur dans l'attente d'un code pénal. Ainsi, son article 10 impose qu'aucune loi, et moins encore la loi pénale ne soit établie sans absolue nécessité. De même, son article 11 pose les principes de la proportionnalité et de la personnalité des peines. Il abolit la torture, la confiscation des biens, l'infamie, et toutes les peines corporelles cruelles et infamantes.

A côté de ces principes, la Constitution de 1822 fixait le cadre général des nouvelles institutions criminelles tout en laissant à la législation ordinaire le soin de les définir plus précisément, ainsi que de décider de l'opportunité politique de leur implantation. Elle consacrait dans une large mesure, une administration de la justice à participation populaire⁵² avec un système de jurés qui étaient des juges élus chargés des faits, par opposition aux juges chargés d'appliquer le droit. Par ailleurs, un décret des *Cortes* avait, le 24 mars 1821, supprimé le Tribunal du Saint-Office de l'Inquisition.

En ce qui concerne le problème de la détention préventive, celui-ci se trouvait également réglé dans la Constitution de 1822. La liberté étant de droit, la détention avant jugement obéissait déjà au principe de subsidiarité puisqu'elle était exceptionnellement permise et enfermée dans des délais courts.

⁵¹ **BARREIROS (J.A.)**, "As instituições criminais em Portugal no século XIX: Subsídios para a sua história", *Análise Social*, vol. XVI (63), 1980-3.º, pp. 587-612. L'auteur analyse cette loi comme étant à l'origine d'un système de délits et de peines graduées, de la mise en place du Ministère Public et des différentes phases de la procédure pénale qui allaient être par la suite consacrées, à l'origine aussi du jury populaire.

⁵² Voir **REIS FIGUEIRA (A.)**, "Formas de participação popular na administração da justiça em Portugal", *Scientia Iuridica*, Set./Dez. 1984, Tomo XXXIII, n.º 191-192, pp. 367-403.

Mais une contre-révolution rétablit, dès 1822, l'absolutisme royal, ce qui laissa lettre morte le projet de codification criminelle de **José Maria PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO**, publié en 1823. Le Brésil devait aussi se séparer du Portugal le 7 septembre 1822 et devenir un empire constitutionnel le 12 octobre de la même année, à la tête duquel était proclamé empereur **Dom Pedro I**, le fils de **Dom João VI**.

En 1826, à la mort de son père, l'empereur du Brésil **Dom Pedro I** devenait aussi Roi du Portugal sous le nom de **Pedro IV**. Il décida d'octroyer au royaume une Charte Constitutionnelle avant d'abdiquer en faveur de sa fille. La future **Dona Maria II** étant encore mineure, la régence était dévolue à son frère **Dom Miguel**.

L'article 145 de la Charte Constitutionnelle de 1826 reprenait dans ses alinéas 10 et 11 l'idée déjà contenue dans la Constitution de 1822 de juge naturel et affirmait dans son alinéa 2 de façon plus claire le principe de légalité en énonçant son corollaire, la non-rétroactivité de la loi pénale⁵³.

Le Portugal vivait les heures les plus troublées de son histoire, semées de guerres fratricides et de luttes civiles incessantes où les libéraux et les absolutistes se livraient bataille. **Dom Miguel** usurpait le pouvoir de son frère en 1828 et se proclamait roi absolu. **Dom Pedro I** quittait le Brésil après avoir abdiqué et organisait une expédition au Portugal contre l'usurpateur. **Dom Miguel** finit par être envoyé en exil, mais le règne de **Dona Maria II** n'éteint pas les luttes partisans entre défenseurs de la Charte constitutionnelle et le parti populaire.

On s'était à nouveau préoccupé, le 25 avril 1835, du code pénal puisque la *Carta de Lei* invitait à présenter des projets jusqu'au 10 janvier 1837. Le projet de **José Manuel DA VEIGA** fut effectivement approuvé dans un décret datant du mois de janvier de la même année, mais n'a jamais été en vigueur en raison d'obscurcs circonstances politiques. Le décret avait été pris sous la dictature de **PASSOS MANUEL** issue de la révolution septembriste qui avait eu lieu en 1836. Une foi rétablie la normalité constitutionnelle, les *Cortes* constituantes ratifièrent une série de réformes de cette période sans faire référence au projet de code pénal de **José Manuel DA VEIGA**. Les *Cortes* allaient doter le Portugal d'une nouvelle Constitution – dite septembriste – le 4 avril 1838. Comme le signale Monsieur **Eduardo CORREIA** dans son traité, “monstrueusement, les Ordonnances continuaient à être loi”.

⁵³ A propos de l'idée de juge naturel, voir: **TORRES (M.)**, “La notion de juge naturel en droit portugais” in *Etre juge demain*, Presses Universitaires de Lille, 1983, pp. 309-317.

En ce qui concerne le procès pénal. La *Novíssima Reforma Judiciária* de 1840 a été approuvée par un décret du 21 mai 1821 au moment où **COSTA CABRAL** accédait au pouvoir. Restée en vigueur jusqu'en 1929, date à laquelle fut promulgué le code de procédure pénale, cette réforme s'inspirait des codifications napoléoniennes en instaurant dans le procès pénal une structure mixte. L'instruction pré-accusatoire était confiée dans ses deux phases à un juge (la première phase appelée "le corps du délit" était destinée à certifier l'existence du crime, la deuxième à déterminer les présumés coupables). Le jugement, quant à lui, était public, oral et contradictoire, le verdict étant prononcé par un jury.

Il fallut attendre le mouvement révolutionnaire de 1851 dénommé *A Regeneração*, pour aborder une période historique plus pacifique, propice à une codification des lois criminelles.

C • Le code pénal de 1852

En 1845, une nouvelle commission était chargée de rédiger un code Civil et Criminel. Et effectivement un projet de code pénal fut publié en 1852 comme un acte additionnel à la Charte constitutionnelle qui était par ailleurs réformée pendant la période dite da *Regeneração*. Ainsi le premier code pénal portugais fut approuvé en décembre 1852 et ratifié par les *Cortes* le 1^{er} juin 1853.

Le code pénal portugais de 1852 est principalement inspiré du code pénal français de 1810. Mais la commission avait tenu compte des critiques formulées par des auteurs contemporains comme **CHAVEAU** et **HÉLIE** ainsi que **ROSSI**. Néanmoins, d'autres codes européens avaient également influencé le projet: entre autres, par ordre d'importance, les codes espagnol de 1848, brésilien de 1831, autrichien de 1803 et napolitain de 1819.

De façon générale, le code pénal de 1852 "est dominé comme son modèle français de 1810, par l'idée de prévention générale, combinée avec une conception rigoureuse de l'État de droit dans son sens formel"⁵⁴.

Le Portugal adhéra à cette structure classique du droit pénal dont la composante essentielle repose sur le principe de légalité et ses corollaires.

⁵⁴ **DE SOUSA BRITO (J.)**, *Direito criminal*, Sumários, Lisboa, 1963, p. 47. (Traduction personnelle).

En effet, le code pénal de 1852 consacre dans son article 18 le principe de légalité et prohibe l’analogie ainsi que l’interprétation extensive⁵⁵.

En ce qui concerne le système de pénalité, il substitue la peine privative de liberté aux peines corporelles en établissant d’un côté des peines fixes et de l’autre des peines fixées selon un maximum et un minimum afin de tenir compte de circonstances aggravantes ou atténuantes.

Par ailleurs, la peine de mort est maintenue – tout comme elle était maintenue dans le code pénal français de 1810⁵⁶ – et à ses côtés la peine de travaux publics et la peine de prison à perpétuité. Sur ces derniers points, le droit portugais allait faire l’objet d’une évolution propre.

§ 2 • Une réception altérée

Le code pénal de 1852 était né vieux. Cinq jours à peine après sa ratification par les *Cortes*, le gouvernement nommait une commission ayant pour charge de le réviser. Faisaient partie de cette commission, **SILVA FERRÃO** et **LEVY MARIA JORDÃO**, qui étaient deux des commentateurs les plus critiques du code. **LEVY MARIA JORDÃO** présenta en 1861 et 1864 deux projets dans lesquels l’influence du correctionnaliste **ROEDER** était manifeste.

Bien que ses projets n’aient pas abouti, ils ont fortement contribué au vote de la loi du 1^{er} juillet 1867 abolissant la peine de mort et réformant l’exécution des peines (A) et de façon plus diffuse, à la réforme pénale de 1884 ayant donné naissance au code pénal de 1886 (B).

A • La loi du 1^{er} juillet 1867 et l’abolition de la peine de mort

La vieillesse du code pénal de 1852 était évidente lorsqu’on songe qu’il maintenait la peine de mort pour les crimes de droit commun alors

⁵⁵ Le droit portugais est d’ailleurs sur ce point beaucoup plus conforme à la pensée de Beccaria. En effet, la seule interprétation extensive permise est aujourd’hui l’interprétation qui, pour reprendre l’expression portugaise, n’excède pas la limite maximale “du sens littéral possible”. Cf. sur ce point, **PIZARRO BELEZA (T.)**, op. cit., p. 473 et s.

⁵⁶ Pour 36 incriminations différentes. Il fallut attendre la réforme pénale de 1832 pour que les crimes de fausse monnaie et de vol qualifié soient supprimés de la liste donnant lieu à la peine capitale. Celle-ci se maintient dans les textes en France jusqu’en 1981 en ce qui concerne les crimes de droit commun et certains crimes politiques.

que la peine capitale n'était plus exécutée au Portugal depuis 1848, puisqu'elle était toujours commuée par le jeu de la grâce royale⁵⁷.

Mieux encore, en 1852, le mouvement *A Regeneração* avait fait voter par les *Cortes*, un acte additionnel qui supprimait la peine capitale en matière politique⁵⁸.

Rien d'étonnant à ce qu'à cette époque on ait d'abord songé à abolir le châtement suprême en ce qui concerne les crimes politiques. En premier lieu, le mouvement *A Regeneração* était un mouvement de réconciliation nationale qui mettait fin à des années de lutte civile et de désordre interne. Il était naturel que le phénomène politique soit appréhendé par le pouvoir avec plus de tolérance et de sagesse. En second lieu, si les exécutions pour crimes politiques avaient connu une recrudescence pendant les terribles années 1828 – 1834 au cours desquelles les libéraux et les absolutistes se disputaient le pays, la peine de mort n'était plus utilisée dans les faits en matière politique depuis la victoire du libéralisme (1834)⁵⁹.

A ce stade, un parallèle est à faire avec l'histoire française. En effet, c'est la victoire libérale au lendemain de la révolution de 1848 qui amena l'Assemblée constituante à abolir la peine de mort en matière politique⁶⁰. Cet événement a eu une influence sur l'attitude des hommes politiques portugais qui intégrèrent également l'interdiction des exécutions capitales pour crime politique dans un texte à valeur constitutionnelle.

Bien que dans l'article 29 du code pénal de 1852 la peine capitale soit mentionnée au sommet de la hiérarchie des peines, elle n'était consacrée que dans des cas extrêmes: trahison de la patrie, crime de lèse-majesté et homicide volontaire qualifié. Le mode d'exécution prévu était

⁵⁷ De 1600 à 1750, la Haute Cour de Lisbonne n'aurait prononcé que 340 peines capitales. Cf. **Maria Paz ALONSO** et **António Manuel HESPANHA** "Les peines dans les pays ibériques (XVII^e-XIX^e siècles)", *Recueils de la société Jean Bodin*, LVII, La peine, Bruxelles, De Boeck Université, 1989, p. 207.

⁵⁸ Voir la communication de Monsieur **Eduardo CORREIA** au colloque commémorant les 11-16 septembre 1967 à Coimbra le centenaire de l'abolition de la peine de mort, "La peine de mort. Réflexion sur la problématique de son abolition au Portugal", in *Pena de morte*, I, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, pp. 23-37. Cet article a également fait l'objet d'une publication en France: *R.S.C.* 1968, p. 19.

⁵⁹ Il est intéressant de noter que la moyenne annuelle des exécutions capitales pendant les 6 années de guerre civile se situait autour de 20, condamnés de droit commun et politiques confondus. Quant aux crimes de droit commun, la moyenne annuelle était, de 1836 à 1846, de 3 à 4 exécutions. Ces chiffres sont mentionnés par Monsieur **Guilherme BRAGA DA CRUZ**. "O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (resenha histórica)", in *Pena de morte*, II, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, p. 490.

⁶⁰ Jusqu'en 1960 où elle fut réintroduite pour certains crimes contre la sûreté de l'État.

la pendaison publique, reprenant ainsi la vieille tradition des ordonnances royales. Dans les dispositions générales concernant la peine de mort, l'article 71 proclamait qu'en aucun cas elle ne pourrait être appliquée aux mineurs de moins de 17 ans⁶¹.

Sur ce point, la loi rejoignait la pratique humaniste des tribunaux portugais qui avaient cessé d'appliquer la peine de mort aux femmes condamnées de droit commun depuis le 1^{er} juillet 1772. Le supplice de la dernière condamnée au châtement suprême, une certaine *Luiza de Jesus* de 22 ans, avait été particulièrement atroce⁶².

Cet événement a d'ailleurs été mal interprété, certains auteurs ayant prétendu que la peine de mort avait été abolie en 1772, au Portugal, en ce qui concerne les femmes⁶³.

Les idées abolitionnistes après avoir agité les commissions de réforme du code pénal agitèrent le Parlement notamment en 1862, 1863 et 1864. Et il fallut le prétexte de la réforme des prisons pour que le projet d'abolition de la peine capitale **BARJONA DE FREITAS** soit entériné et ce, presque à l'unanimité des députés⁶⁴.

Le Portugal était ainsi la première nation du monde, fidèle aux idées de **Cesare BECCARIA**, qui supprimait définitivement de sa législation la peine de mort, après "lui avoir tourné le dos"⁶⁵.

Cette prise de position qui sera ensuite complètement acquise, suscita l'admiration des abolitionnistes de tous les pays et principalement de **Charles LUCAS** et de **Victor HUGO**.

⁶¹ La législation portugaise de l'ancien régime avait déjà interdit l'application de la peine de mort pour les mineurs de 15 ans qui étaient de même exempts de torture sauf pour les crimes de lèse-majesté (ordonnances *Filipinas*, V, 135).

⁶² **BRAGA DA CRUZ (G.)**, op. cit., p. 471.

⁶³ Ce fut le cas du célèbre **AYRES DE GOUVEIA** dans un discours proféré à la Chambre des députés à l'occasion du vote du projet de la future loi de 1867. L'erreur était devenue commune, les chroniqueurs du XIX^e siècle parlaient même d'une abolition légale en 1772 affirmant que la dernière femme à monter à l'échafaud était la fameuse marquise **DE TAVORA** en 1759. Cf. **BRAGA DA CRUZ (G.)**, ibid., p. 472, note en bas de page.

⁶⁴ Sauf deux voix contre... Voir: **DE PINA (L.)**, "O Porto, a Reforma das Prisões e a abolição da pena de morte", in *Pena de morte*, II, pp. 399-409.

⁶⁵ En quelque sorte puisqu'elle avait d'abord aboli le châtement suprême en matière politique. Or, la seule exception qu'admettait Beccaria, car dans ce cas la peine de mort pouvait être utile, concernait les atteintes à la sûreté publique.

Sur le problème de **BECCARIA** et la peine de mort, voir le très intéressant article de Monsieur **Robert BADINTER**, "Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française" *R.S.C.* 1989, pp. 235-251.

En fait, l'histoire portugaise allait offrir des arguments précieux aux partisans de la suppression du châtement capital, illustrant parfaitement la pensée de **BECCARIA** qui tendait à démontrer son inutilité.

D'abord, d'un point de vue quantitatif, on a vu que bien avant 1846 le nombre de condamnés à mort était faible. De plus, lorsqu'elle était abolie de facto, il n'y a pas eu, semble-t-il, de recrudescence de la criminalité, à supposer que les statistiques avancées soient fiables⁶⁶.

D'un point de vue qualitatif, on ne peut pas dire que la période 1846-1867 pendant laquelle la peine de mort était suspendue ait coïncidé avec un climat de paix sociale et politique.

1846 marque le début d'une époque où les soulèvements populaires se succèdent, dont le plus fameux est celui connu sous le nom de *Maria da Fonte*. Il s'agissait d'une révolte des femmes du Minho⁶⁷ qui s'était ensuite propagée comme un feu de paille dans tout le pays, en raison de l'exploitation de l'incident par les opposants au gouvernement de **COSTA CABRAL**.

La situation était devenue tellement dramatique qu'il fallut faire appel en 1847 aux troupes étrangères pour calmer la rébellion. Et curieusement, la reine **Dona Maria II**, commuait systématiquement la peine capitale. Avait-elle le choix?

Certainement pas et ceci pour deux séries de raisons. La première tient à des considérations de pure opportunité. Le spectacle des exécutions capitales risquait de choquer davantage l'opinion publique et de paraître d'autant plus injuste que la tradition portugaise militait plutôt dans le sens de la clémence. C'est la seconde série de raisons, cette fois-ci d'ordre historico-juridique.

Le Portugal s'est caractérisé dans le théâtre barbare de l'ancien régime, par la clémence de sa jurisprudence et de sa doctrine en matière criminelle⁶⁸.

⁶⁶ C'était d'ailleurs un des arguments mis en avant par l'auteur du projet qui donna le jour à la loi de 1867, Barjona de Freitas qui n'hésita pas à présenter des données statistiques dans son rapport. Voir à ce propos, l'étude de Madame **Maria Rosa CRUCHO DE ALMEIDA**, "Alguns dados estatísticos sobre o homicídio em Portugal", *Pena de Morte*, I, p. 312.

⁶⁷ A l'origine de cette révolte une interdiction d'enterrer les morts dans les églises... et l'on vit s'insurger une multitude d'Antigones lusitaniennes...

⁶⁸ Voir l'intéressant article de **Maria Paz ALONSO** et **António Manuel HESPANHA**, op. cit., pp. 195-225. Le droit pénal issu des ordonnances royales y est décrit comme un ordre juridique purement symbolique lié à la promotion de l'image du roi. Il est le roi "justicier", mais aussi le roi "père"; d'où le rôle du *pardon*... ce modèle de légitimation du pouvoir créait un certain *habitus* d'obéissance, tissu de la crainte, de même que de l'amour", p. 202.

En effet, si les ordonnances royales ne différenciaient pas le Portugal des autres pays européens de par la sévérité des incriminations et des peines, elles prévoyaient des recours en grâce obligatoires pour les délits douteux⁶⁹. De plus, les tribunaux et les praticiens, au fil des années et surtout avec l'influence de l'esprit des "lumières", avaient fixé une liste de plus en plus longue d'hypothèses dans lesquelles il fallait soit ajourner l'exécution de la peine de mort, soit la considérer comme automatiquement pardonnée ou commuée. Si bien que ... "la douceur des costumes et la générosité de coeur de nos gens, faisaient qu'en pratique, le cadre de la justice pénale du dénommé *ancien régime*, était beaucoup moins sombre que celui peint dans ses lois et qu'il restait, surtout, très loin de la rigidité et des extrêmes atteints durant la même période dans les autres pays européens"⁷⁰.

Cet état de fait connut quelques exceptions pendant des périodes critiques de l'histoire portugaise où les criminels politiques étaient parfois façonnés de toutes pièces et leurs méfaits toujours réprimés de façon terrible. Dans la repression du crime politique, le champion de la cruauté fut la marquis de Pombal sous **Dom José I**⁷¹.

Clémence des tribunaux d'une part, clémence d'autre part des rois portugais eux-mêmes qui contribuèrent aussi à rendre un visage plus humain à la justice pénale portugaise.

Ainsi, tout d'abord, la reine **Dona Maria I** interdit, le 5 mars 1790, que l'on maintienne plus de 5 jours le justiciable dans le régime du secret pendant l'instruction du procès, car "c'est une espèce de tourment qui n'a plus lieu d'être"⁷². Plus qu'une limitation de la torture, c'est l'aveu de son iniquité.

⁶⁹ D'ailleurs, le Portugal fut le premier pays d'Europe à codifier le droit pénal sous forme d'ordonnances royales (1446-1447).

⁷⁰ **BRAGA DA CRUZ (G.)**, op. cit., p. 437-438 (traduction personnelle).

⁷¹ On se rappellera l'exécution sordide à Belém des membres de la famille **DE TAVORA** le 12 janvier 1759, tous condamnés à mort pour avoir essayé soit-disant d'attenter à la vie du roi. Quelques années plus tard, le 10 octobre 1775, **João Baptista PELE** est exécuté avec un spectacle d'atrocités d'une intensité identique. Celui-ci aurait essayé d'assassiner le marquis lui-même. Sur la question des crimes politiques et de la peine de mort, cf.: **Boaventura DE SOUSA SANTOS**, "Os crimes políticos e a pena de morte", in *Pena de morte*, II, pp. 123-147.

⁷² D'après les propres termes de la reine (traduction personnelle), rapportés par **Guilherme BRAGA CRUZ**, *ibid.*, p. 468, note (1).

Toujours sous le règne de la reine **Dona Maria I**, le prince régent⁷³ le futur roi **Dom João VI**, dans un décret du 11 mars 1797 ordonne que la peine de mort soit commuée en exil à perpétuité au Mozambique, pour tous les condamnés âgés de moins de 40 ans, emprisonnés au Limoeiro (Lisbonne⁷⁴) en attente d'être exécutés, à moins qu'ils n'aient été condamnés pour *crimes atrocissimes*.

Mais surtout, il convient de signaler deux décrets du même prince régent du 12 décembre 1801 et du 11 janvier 1802 qui, loin d'être de simples mesures de clémence occasionnelle, aboutissent à une abolition partielle de la peine de mort prévue dans les ordonnances royales. Dans le premier décret, le prince ordonne que tous les condamnés à mort détenus dans les prisons publiques voient leur sentence révisée et leur peine commuée en peine de travaux publics, à temps ou à perpétuité, sauf s'ils avaient été condamnés pour *crimes énormissimes*. Le second décret, fixe la liste des crimes réputés énormissimes et déclare que les dispositions des deux décrets seront applicables aux procès à venir⁷⁵.

Les dispositions précédemment décrites expliquent le faible nombre de condamnés à mort, pendant les années qui précèdent l'abolition de facto de la peine de mort et inauguraient une politique pénale abolitionniste qui allait aboutir au vote de la loi de 1867.

L'abolition qui ne concernait encore que le continent a, par la suite, été étendue à l'outre-mer dans une loi de 1870. Puis, en mars 1911, la peine capitale est également supprimée en matière militaire mais sera rétablie en 1916 pour les crimes militaires commis en état de guerre, son application étant toutefois limitée au théâtre de la guerre⁷⁶.

⁷³ Car la malheureuse reine avait sombré dans la folie, très ébranlée par les événements qui se passaient en France sous la Révolution.

⁷⁴ Qui, dans ses locaux, accueille aujourd'hui le *Centro de Estudos Judiciários* (C.E.J.), l'équivalent portugais de l'École Nationale de la Magistrature.

⁷⁵ Il est intéressant de noter que l'influence de **BECCARIA** est manifeste dans les deux décrets sous la propre plume du prince régent. Ainsi dans le décret du 11 janvier 1802, après avoir énuméré les crimes *énormissimes*, le prince justifie le maintien de la peine de mort en ce qui les concerne comme absolument nécessaire à la conservation de la tranquillité publique et à la sûreté de ses fidèles vassaux. Voir le texte du décret tel qu'il est rapporté dans **BRAGA CRUZ (G.)**, op. cit., p. 470, note (1). Parmi les crimes *énormissimes* figuraient: les vols commis avec violence dans les rues de la capitale, sa banlieue et sur les routes du royaume, ainsi que les homicides volontaires et les vols commis à l'intérieur des maisons avec violence et l'utilisation d'armes à feu, ou contre les voitures.

⁷⁶ Sur la question voir la communication de **Eliana GERSÃO**, "Acerca da abolição da pena de morte nos crimes militares", in *Pena de morte*, II, pp. 205-218. L'actuelle Constitution proclame, dans son article 24º - 2, qu'en aucun cas il ne peut y avoir de peine de mort.

La loi du 1^{er} juillet 1867 comportait aussi des dispositions en matière d'exécution des peines et de procédure pénale. Elle institue le jury mixte et abolit la peine des travaux publics même si celle-ci resta en vigueur tant que durerait la construction des nouvelles prisons prévues dans la réforme **BARJONA DE FREITAS**.

Par ailleurs, à la peine de mort est substituée par la peine privative de liberté à perpétuité qui est désormais exécutée sous forme d'isolement cellulaire de jour comme de nuit (système philadelpheien)⁷⁷.

On voit ici déjà poindre tout le particularisme de la politique pénale portugaise basée sur la régénération du délinquant qui était le but à atteindre par la peine privative de liberté. La réforme pénale de 1884 participait des mêmes idées quant aux finalités de la peine qui devaient conduire à l'abolition des peines perpétuelles.

B • La réforme pénale de 1884 et l'abolition des peines perpétuelles

Malgré la loi de 1867, le vieux code pénal de 1852 se maintenait, critiqué de tout part. En 1884, le ministre **LOPO VAZ** parvint à faire voter une révision du code qui tenait compte des objections formulées à son encontre. Cette révision, connue sous le nom de Réforme pénale de 1884, se caractérise par une réaction contre le fort utilitarisme de l'ancien code et réintroduit des idées davantage rétributives. Pourtant, dans cette réforme, le Portugal se démarque une fois de plus en abolissant l'emprisonnement perpétuel.

C'est que la rétribution et l'expiation n'ont jamais été la seule finalité de la peine en droit pénal portugais, même dans le système mis en place par la réforme de 1884.

Construit sur le modèle du code Napoléon, le code pénal de 1852 était fondé sur des idées utilitaires, essentiellement de prévention générale. Dans la réforme pénale de 1884, la peine a pour but de réparer la perturbation causée par le phénomène criminel à l'ordre et à la tranquillité publique. Cette réparation ne peut être atteinte que par la juste punition qui occupe une place centrale dans le but de la peine.

⁷⁷ Voir: **DE PINA (L.)**, op. cit., pp. 399-409

C'est elle qui délimite l'espace dans lequel vont trouver à se réaliser les autres buts d'ordre préventif. L'idée du droit portugais est que la peine est punition, intimidation et amendement du délinquant. Trois objectifs qui se concilient dans la notion de juste châtement et de "réparation morale".

D'après Monsieur **Eduardo CORREIA**, l'édifice d'un système pénal basé sur la récupération du délinquant est le fait d'un affaiblissement de la distinction entre la morale et le droit, dans la pensée juridique portugaise. Certes les idées libérales ont contribué à rationaliser le droit pénal, le marquant fortement du sceau de l'utilitarisme, mais les objectifs de prévention spéciale n'ont pas été perdus de vue.

Déjà le projet de code pénal de **FORJAZ DE SAMPAIO** de 1823 assignait comme principal but de la peine la correction du coupable. Dès lors, la position abolitionniste s'explique puisque que ni la peine de mort ni l'emprisonnement à perpétuité ne peuvent atteindre la régénération du délinquant. "C'est pourquoi, les buts de rétribution et d'expiation s'associent également, dans notre système, à l'abolition de la peine de mort et même, en 1884, à l'élimination de la prison perpétuelle, qui avait remplacé cette peine dans la loi de 1867⁷⁸.

Ainsi envisagée, il n'est pas surprenant de voir figurer la culpabilité parmi les éléments qui fondent la punition⁷⁹.

La réforme pénale de 1884 allait être l'occasion de la publication d'un nouveau code pénal dans lequel elle s'insérerait ainsi que la loi de 1867. Il fut promulgué le 16 septembre 1886 dans une loi qui fera de preuve d'une paradoxale longévité malgré ses nombreuses imperfections techniques⁸⁰.

En fait, si la partie générale du code pénal de 1886 est beaucoup plus claire désormais quant à la finalité de la peine, ce code demeure encore centré sur l'infraction. La partie spéciale du code reprend, à quelques modifications près, celle du code pénal de 1852.

⁷⁸ **CORREIA (E.)**, "La peine de mort. Réflexions sur le sens de son abolition au Portugal", op. cit., p. 33.

⁷⁹ A côté du principe *nullum crimen sine lege* apparaîtra un autre principe propre au droit pénal portugais: *nulla poena sine culpa*. Voir sur la notion de culpabilité, la Thèse de Doctorat de Monsieur **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS** publiée sous le titre: *Liberdade, Culpa, Direito penal*, Coimbra Editora, Biblioteca jurídica, 2.^a edição, 1983.

⁸⁰ Ce code pénal faillit être centenaire puisque l'actuel code pénal issu de la révolution des oeillets, entra en vigueur le 1^{er} janvier 1983.

En ce qui concerne la graduation des peines, la durée maximale de la peine privative de liberté prévue par la réforme pénale de 1884 est de 12 ans⁸¹. Les peines restent tout comme dans le code de 1852, soit fixes, soit variables. Cependant, on note une tendance du Législateur à vouloir déterminer la peine de façon mécanique lorsqu'elle est variable⁸².

Certaines dispositions du code pénal de 1886 concernant la récidive montrent déjà l'influence des idées positivistes et de l'importance de la personnalité dans la détermination de la sanction.

Sur ce point, il est important de signaler l'évolution postérieure au code pénal de 1886 avec la loi du 1^{er} avril 1892 qui est l'homologue des lois françaises de 1875 et 1885 sur la relégation des criminels récidivistes en raison de leur dangerosité. Ceux-ci pourront être transportés dans les colonies où on leur fournirait un travail libre en comptant sur leur réadaptation. Puis, le 6 juillet 1893, une loi créa deux autres mesures importantes d'individualisation: le sursis et la libération conditionnelle qui était un pas vers le système progressif en matière pénitentiaire.

Signalons pour terminer, que le XIX^e siècle n'a pas réussi à doter le Portugal d'un code de procédure pénale. Beaucoup de projets furent présentés par diverses commissions, mais n'ont pas abouti⁸³. L'influence correctionnaliste s'est aussi fait sentir en procédure pénale. Un décret de 1890 établit deux nouvelles formes de procès qui visent à soustraire à l'appréciation du jury les faits moins graves: le procès correctionnel et le procès sommaire lorsqu'il y avait flagrance. Les dispositions de ce décret en ce qui concerne le procès sommaire seront par la suite étendues, le 15 février 1892, aux cas de flagrants délits passibles d'un jugement en procès correctionnel.

En guise de conclusion de cette section concernant le Portugal, signalons avec Monsieur **Américo TAIPA DE CARVALHO** que "... la dimension philanthropique et humaniste du correctionnalisme n'a jamais cessé, jusqu'à nos jours, d'être présent dans bon nombre de réformes législatives

⁸¹ Cette durée maximale a connu bien des modifications. Avant que le nouveau code pénal de 1982 n'entre en vigueur, elle était alors fixée à 24 ans.

⁸² C'est le cas pour la fixation de la peine en matière de vol et pour celle des circonstances aggravantes et atténuantes.

⁸³ Citons le plus long, celui de **NAVARRO DE PAIVA** de 1874 qui comportait le nombre modique de... 1048 articles. L'auteur remania plusieurs fois le texte de son code de procédure pénale.

de notre pays, durant ce siècle”⁸⁴. Pourtant, l’histoire ne connut pas forcément un développement linéaire. Si le XIX^e siècle est le jardin extraordinaire qui a donné naissance dans les deux pays à une unité du droit pénal grâce aux doctrines libérales, le XX^e siècle peut se comparer aux arènes de sa mise à mort. Et l’impétueux matador troque son habit de lumière contre le ténébreux habit du courant autoritaire.

⁸⁴ TAIPA DE CARVALHO (A.), *Condicionalidade sociocultural do Direito penal*, Coimbra, 1985, p. 67 (traduction personnelle).

CHAPITRE 2

L'IDÉOLOGIE AUTORITAIRE ET L'ÉCLATEMENT DU DROIT PÉNAL

L'idéologie autoritaire s'est propagée au début du XX^e siècle en Europe. Elle a engendré une réorganisation des pouvoirs des nations touchées afin de mettre en place un État fort, personnalisé la plupart du temps par un "chef" charismatique. L'autoritarisme est présent dans la forme que prend le régime politique lui même, mais aussi dans le renforcement des interventions de l'État. Apparaissent alors des politiques d'exclusion vis-à-vis des catégories de la population jugées indésirables au regard des idéaux prônés.

Le Portugal est un bel exemple de l'installation de ce type de régime dont la pérennité a pu assurer une transformation profonde de la société portugaise. Malheureusement la terre de France n'a pas été non plus épargnée (section 1). L'autoritarisme du régime ne peut que déteindre sur l'ordre pénal précédemment établi. On remarque en effet, en ce qui concerne le traitement des infractions pénales des modifications importantes, autant de manifestations d'une rupture évidente vis-à-vis du droit pénal classique (section 2).

Section 1:

L'avènement d'un régime autoritaire au Portugal et la contamination de la France

Pour Monsieur **François CHATELET**, l'État fasciste est une modalité de l'État libéral; c'est l'État libéral réduit à sa seule essence¹. Le Portugal connut une forme d'État fasciste original baptisé *Estado Novo* (§ 1). Aux yeux de certains historiens le régime de Vichy en est l'homologue français. Mais quelques années auparavant, des tendances autoritaires voyaient déjà le jour dans la législation pénale (§ 2).

§ 1. *Le régime de l'Estado Novo (1933–1974)*

Il convient de présenter sommairement ce régime (A), avant de décrire la prise en charge par l'État des déviants (B).

A. Présentation sommaire du régime

Les sociologues se posent encore de nombreuses questions à propos du régime implanté par le Docteur **Oliveira Salazar** en 1933. Analysée comme un compromis politico-idéologique, la Constitution de 1933 mettait fin en droit à la dictature issue du coup d'État militaire du 28 mai 1926, tout en la conservant dans les faits sous une forme éhontée. Une dictature qui ne voulait pas se reconnaître comme telle²...

"... **SALAZAR** fut un despote, oui, mais paternaliste et non pas totalitaire. Il combattit vigoureusement le totalitarisme, même s'il utili-

¹ **CHATELET (F.)**, "Hypothèses concernant les relations de l'État dit libéral et de l'État fasciste", in *Éléments pour une analyse du fascisme*, tome 1, Sémin. de Maria A. Macciochi, Paris VIII, Vincennes, 1974-75, p. 113.

² Voir: **VILLAVARDE CABRAL (M.)**, "Sobre o fascismo e o seu advento em Portugal: ensaio de interpretação a pretexto de alguns livros recentes", *Análise Social*, vol. XII (48), 1976, n.° 4, pp. 878-915. L'auteur conclut en admettant que le Portugal de 1928 jusqu'à la seconde guerre mondiale, présente bien le caractère d'un régime fasciste, malgré l'absence de parti.

sait des armes presque exclusivement autoritaires”³. En instaurant un État dont le pilier central était le corporatisme, il entendait compter sur une plus grande participation des Portugais, jugés pas assez murs pour l’octroi de réelles libertés civiles et politiques.

“**SALAZAR** ne voyait aucune solution pour la survie des Portugais dans la société civile portugaise”⁴. Son *Estado Novo* était un projet de société de transition entre la société rurale et la société industrielle qui avait surtout pour objet de pacifier les tensions sociales.

La stagnation économique était de ce fait programmée, liée à une autarcie tempérée par l’existence du marché forcé avec l’outre-mer. C’est sans doute essentiellement sur ce point que le *fascisme* lusitanien se détache des autres fascismes, l’allemand et l’italien, beaucoup plus virils.

Rien d’étonnant non plus à ce que le salazarisme dans son discours politique mette en scène la mère patrie en exploitant l’histoire nationale. Et de paternaliste, **SALAZAR** devient maternaliste. Plus exactement, son discours qui propage la soumission dissimulerait une politique que l’on devrait davantage qualifier de vaste programme d’infantilisation du peuple portugais.

En effet, l’analyse des mécanismes discursifs permettent de composer la confession de la vérité salazariste. Monsieur **Moisés DE LEMOS MARTINS** démontre qu’elle s’appuie sur un discours discipliné, sincère et rigoureusement scientifique tout en préservant l’échelle des valeurs traditionnelles⁵. Cette vérité est essentiellement axée sur la nature de la patrie lusitanienne: autoritaire et de tradition nationaliste.

Par conséquent, la doctrine de **SALAZAR** était une doctrine de “bon sens”, de raison subordonnée à la nature humaine et d’équilibre naturel des choses. Cette référence à la biologie permettait ainsi de mieux modeler la société, de disciplinariser les corps et finalement de contrôler l’individu tout au long de son existence, en instaurant des relations de dépendance, “L’État au service de la recomposition et du repositionnement

³ **DE LUCENA (M.)**, “Transformações do Estado português nas suas relações com a sociedade civil. “, *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, n.º 3-4-5, p. 900 (traduction personnelle).

⁴ **JOAQUIM (A.)**, “Todos fomos de mais: introdução a ensaios sobre a topologia qualitativa do salazarismo”, *Análise Social*, vol. XV (59), 1979, n.º 3, p. 679.

⁵ **DE LEMOS MARTINS (M.)**, “Rituais de verdade no discurso salazarista: actos de fidelidade e de abjuração”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 18/19/20, fev. 1986 pp. 182-201.

de la société civile dont l'image idéale était celle de la région du nord du pays, rurale et non pas urbaine"⁶.

C'est pourquoi le discours salazariste est constamment enrichi d'une logique d'exclusion dans laquelle les figures anormales sont multipliées à l'extrême (le mendiant vicié, l'oisif, l'antipatriote, l'internationaliste, l'anarchiste). Autant de formes de déviance engendrant une intervention étatique polymorphe et obsessionnelle.

B. La prise en charge autoritaire des déviants

Au Portugal, l'idéologie autoritaire du régime trouve une manifestation particulièrement éclatante dans le concept de *vadio*⁷. "Infidèle aux valeurs, aux lieux, aux hiérarchies, le *vadio* n'est pas encore "l'individu", tel qu'on le voit s'affirmer avec la modernité, mais celui qui tend à le dévenir"⁸. En effet, il va avec le régime de l'*Estado Novo* être le parfait synonyme du déviant.

Alors que sa visibilité juridique est fort ancienne (1211), c'est dans le code pénal de 1886 qu'il va acquérir un statut qui le situe dans un territoire frontalier. L'article 256 punissait le crime de *vadiagem* (vagabondage), d'une peine de prison allant jusqu'à 6 mois. Il prévoyait aussi une espèce de peine indéterminée laissée à la libre appréciation des autorités gouvernementales, consistant dans sa mise au travail⁹.

Le vagabondage était à la frontière entre l'acte délinquant et l'état dangereux. Avec la loi du 20 juillet 1912, il cessera d'être l'acte punissable pour exprimer un état dangereux à corriger, aux contours incertains. C'est la personnalité anti-sociale qui est alors visée. Cette loi assimile au *vadio*, le faux mendiant, l'homosexuel, le proxénète et ouvre ainsi un nouvel

⁶ JOAQUIM (A.), op. cit., p. 689 (traduction personnelle).

⁷ Vagabond, dans une traduction approximative. Mais en fait, le vagabond n'est qu'un type de *vadio*. Voir João Fatela, *O sangue e a rua*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1989, p. 178.

⁸ FATELA (J.), "Le sang et la rue, éléments pour une anthropologie de la violence au Portugal", *Droit et Cultures*, n.° 11, 1986, p. 30.

⁹ Le code pénal portugais était sur ce point, la copie fidèle de l'article 271 du code pénal français de 1810. Lors de sa révision par la loi du 28 avril 1832, la mesure d'internement fut supprimée comme portant une trop grave atteinte à la liberté individuelle.

Aujourd'hui, le nouveau code pénal a abrogé les dispositions des anciens articles 269 à 281 qui réprimaient le vagabondage et la mendicité. Voir la présentation du nouveau code pénal faite par Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNHEC, numéro spécial du *J.C.P.* 1992 sur le nouveau code pénal, p. 27.

espace d'intervention étatique: la colonie pénale agricole ou la maison correctionnelle de travail ¹⁰.

Comme le démontre Monsieur **João Fatela**, la politique salazariste d'assainissement moral contre le vagabondage et la mendicité des années 1930–1940 qui se proposaient de chasser les vrais des faux, en intégrant les vrais dans le système corporatiste et en punissant les faux, est une manière d'exorciser une situation de pénurie économique généralisée ¹¹. De la même façon, le décret du 1^{er} août 1947 qui prohibe la mendicité dans tout le pays, est l'aveu plus ou moins explicite que les mesures initiées en 1931 n'ont pas réussi à l'exterminer. En filigrane, c'est l'adhésion à une croyance commune qui est recherchée par le discours public selon laquelle les vrais chômeurs ne seraient pas aussi nombreux qu'ils le prétendent.

La réforme pénitentiaire de 1936 se devait de réglementer la durée de l'internement dans les établissements pour *vadios*, mendiants et assimilés. Elle variait entre un et six mois, mais pouvait être prolongée par périodes successives ne dépassant pas chacune 2 ans. Autant dire que la mesure d'internement était indéterminée.

Par la suite, un arrêté ministériel de 1954 précisa que la durée effective des mesures de sûreté d'internement qui dépendaient du maintien ou de la cessation de l'état dangereux, ne pouvait pas être prédéterminée dans la sentence qui la prévoyait. Elle ferait l'objet d'une appréciation ultérieure.

Cette indétermination de la mesure de sûreté qui ne doit prendre fin qu'avec l'état dangereux, ne va pas sans rappeler les sanctions préconisées par les positivistes italiens ¹².

C'est sans doute une caractéristique de l'État fasciste que d'appliquer les mesures de sûreté aux catégories les plus variées. Ainsi, la ligne de démarcation entre le traitement de la délinquance et la déviance devient

¹⁰ La maison correctionnelle de travail n'a jamais été créée. Elle a fonctionné provisoirement dans les locaux de la prison de Monsanto. Par contre la Colonie pénale agricole fut ouverte en août 1915 à Sintra. La pratique en matière de traitement des *vadios* alternait entre ces deux lieux de correction et d'intimidation. Ils étaient d'abord placés en prison à Monsanto avant d'être transférés à la Colonie de Sintra et parfois retournaient à Monsanto pour raisons disciplinaires. C'était une punition des plus redoutées, les conditions de détention dans cet établissement étant des plus dures.

¹¹ **FATELA (J.)**, *O sangue e a rua*, op. cit., p. 216.

¹² D'ailleurs une loi du 21 avril 1892 avait auparavant assimilé les *vadios* aux récidivistes et prévoyait leur déportation dans des conditions identiques vers les possessions portugaises d'outre-mer.

floue. Abjuration éclatante des principes du droit pénal classique fondés sur la liberté de l'individu. L'État y est en effet subordonné aux prescriptions d'un droit antérieur et supérieur qui s'impose de manière similaire à l'individu. "Le droit, répond la thèse fasciste vient de l'État et il existe pour l'État ..., la politique criminelle s'en déduit avec une rigoureuse logique. Le droit pénal aura pour tâche essentielle et même exclusive *la protection des intérêts de l'État*"¹³.

Um décret de 1945 réorganisant les services de la police judiciaire leur confia un contrôle social étendu sur les *vadios*. Il leur incombait de proposer aux tribunaux d'exécution des peines alors créées ou aux tribunaux de droit commun (da comarca) les mesures de sûreté concernant les *vadios* ou les autres cas de dangerosité sociale visés par la loi de 1912 qui était abrogée. Ce décret ajoute une nouvelle figure féminine du *vadio*, la prostituée¹⁴.

Assez curieusement ce n'est pas la prostitution en tant que telle qui est visée par le décret, mais les troubles qu'elle peut causer à l'ordre public. D'ailleurs ce n'est qu'en janvier 1963 que la prostitution fut prohibée.

Comme le disait un juge du Tribunal d'exécution des peines de Lisbonne, le vagabondage (*vadiagem*) est "un état d'esprit"¹⁵. Quelle meilleure définition de la déviance, sans cesse mouvante, traduisant les préoccupations politiques de l'instant? ... Et finalement l'opposant politique est venu compléter la longue liste des apparentés au *vadio*.

Ainsi, l'article 7 du décret-loi du 12 mars 1956 soumettait les délinquants politiques à la mesure de sûreté de l'internement dans un établissement adéquat par périodes indéterminées de 6 mois à 3 ans, proro-

¹³ **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey, 1938, pp. 8-9.

¹⁴ En langage courant, le terme de *vadia* est synonyme de prostituée. Sur la correspondance entre la prostitution chez la femme et le vagabondage chez l'homme, voir l'article de Monsieur **J. A. CORREIA GUIMARÃES**, "Prostituição e criminalidade feminina na cidade do Porto", *Boletim do Instituto de Criminologia*, n.º 21, 2.º sem., 1967, pp. 54 et s.

¹⁵ Définition rapportée dans *O sangue e a rua*, de **João FATELA**, op. cit., p. 186. Le décret-loi n° 40 550 du 12 mars 1956, définissait ainsi le *vadio* dans son introduction: "Les *vadios* et apparentés sont des éléments que certains auteurs comme Exener appellent les associaux et qui se caractérisent par leur aversion au travail honnête ou par un autre défaut de caractère. N'ayant aucune profession prise au sérieux, ils mènent en général, comme l'observe le criminologue germanique, une vie parasitaire, commettent quelques fautes ... et, même s'ils ne sont pas dans la plupart des cas gravement dangereux, ils constituent cependant un poids mort injustifié pour la société" (traduction personnelle).

gables par périodes successives de trois ans, dès lors qu'ils continuaient à se révéler dangereux. C'était une manière astucieuse de maintenir de manière illimitée les opposants politiques entre les mains de la P.I.D.E. (police internationale et de défense de l'État), tout en contournant l'obstacle constitutionnel de l'interdiction des peines perpétuelles avec la distinction faite entre la peine et la mesure de sûreté.

D'après ce décret-loi, sont susceptibles de se voir appliquer l'intemement: "ceux qui fondent des associations, mouvements et groupements de caractère communiste, ou qui exercent des activités subversives, ou qui ont pour fin la commission de crimes contre la sûreté de l'État, ou qui utilisent le terrorisme comme mode d'action, ainsi que ceux qui adhèrent à de telles associations, mouvements, groupements, qui collaborent avec eux ou qui suivent leurs instructions, avec ou sans leur accord préalable". Peuvent faire l'objet également de la mesure de sûreté, "Ceux qui facilitent consciemment les activités subversives précédemment citées, en fournissant des locaux pour les réunions, en les finançant ou en diffusant leur propagande" ¹⁶.

De ce fait, les mesures de sûreté envers les délinquants politiques avaient une durée indéterminée et étaient appliquées aux individus ayant commis des infractions politiques ou même en absence de toute infraction. De façon identique, elles étaient applicables aux personnes faisant l'objet d'une procédure pour crime contre la sûreté de l'État ¹⁷.

Il convient de noter que la situation des *vadios* avait été améliorée par le décret du 12 mars 1956, puisque le principe de l'intemement illimité était abandonné. La mesure de sûreté qui leur était applicable (intemement en maison de travail ou colonie agricole), ne pouvant être désormais supérieure à trois ans non prorogables ¹⁸.

Toutefois, il est ici pertinent de remarquer que dans la Commission de révision du code pénal instituée en décembre 1963, Monsieur **MAIA GONÇALVES** soulignait encore les mérites des mesures de sûreté pro-

¹⁶ Art. 7.º, n.º 1 et 2, du décret-loi n.º 40 550 du 12 mars 1956, in *Legislação repressiva e anti-democrática do regime fascista*, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, Comissão do livro negro sobre o regime fascista, fev. 1985, p. 210 (traduction personnelle).

¹⁷ Sur la question de l'évolution du traitement du crime politique de 1890 à 1974 au Portugal, voir **BARREIROS (J. A.)**, "Criminalização política e defesa do Estado", *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, n.º 2.º-3.º-4.º, pp. 813-828.

¹⁸ Art. 6 du décret du 12 mars 1956.

gables de manière illimitée dont l'application aux délinquants politiques, aux *vadios* et apparentés, était vivement recommandée, s'écartant ainsi du projet présenté par Monsieur **Eduardo CORREIA**¹⁹.

La prise en charge de phénomènes relevant plutôt de la déviance était ainsi entre les mains des autorités policières portugaises. L'État de droit n'est pas complètement perdu de vue dans un premier temps, puisque le contrôle social des associaux et délinquants politiques revenait à la (Police Judiciaire et P.I.D.E.) mais nécessitait l'intervention de la Justice (tribunal d'exécution des peines et tribunaux criminels). Par la suite, ce contrôle social s'est autonomisé à partir du décret-loi du 13 mars 1945. Aux termes de ce décret, le directeur de la Police judiciaire pouvait décider d'interner les personnes suspectes de maladie mentale dans des asiles ou annexes psychiatriques jusqu'à ce qu'on décide de leur dangerosité.

C'est dans le même esprit que le décret-loi du 12 mars 1956 prévoyait, dans son article 9 § 3, que le directeur de la P.I.D.E. pouvait appliquer provisoirement l'internement aux délinquants politiques. L'État portugais basculait ainsi en un État de police. Finalement, sous **Marcelo CAE-TANO**, le décret-loi n° 450/72 du 14 novembre 1972 finit par abolir cette mesure de sûreté.

Entre le *vadio* et le délinquant politique naviguèrent les obsessions du gouvernement portugais de l'époque. Ces fantômes à exorciser n'étaient en réalité que des personnages-transfuges. En transit entre une société communautaire et une société individualiste. En transition entre l'État autoritaire et l'État démocratique.

§ 2. *La période 1935-1945 en France*

En France, le courant autoritaire eut une moindre existence, correspondant à une période de troubles internes et externes dont les caractéristiques méritent d'être explicitées (A). Il se manifeste par un contrôle et une répression accrue des minorités (B).

¹⁹ Voir *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal*, Parte geral, vol. 1, Lisboa, A.A.F.D.L., p. 13. Le projet de code pénal de 1963 prévoyait dans son art. 94°, l'application d'une peine indéterminée pour les associaux, comprise entre une durée minimale fixée dans la sentence de condamnation, s'exécutant en colonie agricole ou maison de travail.

A. Les caractéristiques politiques de la période

La parenté du régime de Vichy avec le régime précédemment étudié de l'*Estado Novo* est souvent signalée²⁰. En effet, les objectifs de la Révolution nationale étaient d'établir un ordre nouveau à l'image de la dictature portugaise qui rompait avec les principes de la démocratie libérale: Il s'agissait de mettre en place un État français corporatiste, de substituer une société "organique" à la société individualiste en rétablissant aux communautés naturelles, les fonctions que l'État leur avait supprimées. Les thèmes des deux régimes autoritaires étaient de ce fait en étroite harmonie, synthétisés dans la célèbre formule vichyssoise "Travail-Famille-Patrie". Ainsi, les structures d'encadrement et les élites traditionnelles étaient restaurées, les valeurs morales et l'influence de l'ordre ecclésiastique catholique étaient renforcées. Une défiance vis-à-vis du monde industriel, producteur d'idéologies totalitaires allait être également cultivée.

Or, la différence avec le Portugal réside justement dans le fait que l'implantation d'un tel type de société dans une France déjà industrialisée était forcément illusoire.

La France de Pétain ne répond pas à cette seule originalité. Elle est une "tour de Babel politique où conservateurs endurcis et rénovateurs de tout genre se côtoient et rivalisent d'ardeur courtisane pour accéder aux premiers rôles ..." ²¹. D'où l'impossible avènement d'un parti unique, instrument typiquement révélateur de l'idéologie fasciste²².

C'est sans doute pour cette raison que cette "dictature pluraliste"²³ à la française doit plutôt être regardée en termes de continuité avec la période précédant la débâcle de 1940.

Il convient ici de nous rallier à l'opinion de Monsieur **Alain-Gérard SLAMA** qui insiste sur la parenté de certaines mesures politiques qui avaient été prises par les dirigeants issus du Front Populaire dans un con-

²⁰ MILZA (P.), *Fascisme français, Passé et présent*, Paris, Flammarion, 1987, p. 230. Le maréchal Pétain lui-même, se trouvait plus de points communs avec SALAZAR qu'avec HITLER, voir: PAXTON (R. O.), *La France sous Vichy, 1940-1944*, Paris, Le Seuil 1973, coll. "Points-Histoire", p. 222.

²¹ MILZA (P.), op. cit., p. 231.

²² Sur ce point, la France rejoint le Portugal qui pendant plus de quarante ans de pouvoir autoritaire s'est révélé être un État fasciste sans parti fasciste, comme nous l'avons déjà signalé.

²³ Cf. HOFFMANN (S.), *Essais sur la France, Déclin et renouveau*, Paris, Le Seuil, 1974.

texte de crise sociale et internationale et le gouvernement de Vichy²⁴. On parla même de “dictature **DALADIER**”²⁵.

D’un point de vue du droit pénal, le début du courant autoritaire se situe à partir du 25 mars 1935, date à laquelle est publié le premier texte d’une longue série marquée par un durcissement de la répression²⁶. Cette loi rompt avec la tendance libérale née à la fin du XIX^e qui multipliait les mesures favorables à la défense.

En parallèle, des réponses autoritaires aux phénomènes déviants voient le jour. Elles sont particulièrement visibles en matière de contrôle étatique des minorités.

B. Le contrôle étatique des minorités

Pendant la période concernée, l’État intervient dans le but d’exclure de la scène politique et sociale diverses minorités jugées menaçantes pour l’ordre national. Ces mesures d’exclusion visent les étrangers, les juifs, les opposants politiques et les sociétés secrètes.

C’est le gouvernement **DALADIER** qui donna l’impulsion avec le décret du 22 mai 1938 qui créa “une atmosphère épurée autour de l’étranger de bonne foi”²⁷. Mais c’est surtout le décret-loi du 18 novembre 1939 qui donna au gouvernement une arme redoutable, lui permettant de supprimer la liberté de certains individus considérés comme indésirables sans qu’ils soient coupables d’aucun acte répréhensible. En effet, ce décret institue l’internement administratif des “personnes dangereuses pour la Défense nationale et la sécurité publique”.

Et ainsi, le mot d’ordre qui avait été lancé pendant les années trente par l’extrême droite nationaliste: “*La France aux Français*” a finalement abouti. On commence par enfermer dans des camps de concentration la plupart des réfugiés politiques venus des dictatures voisines (victimes de la répression nazie, républicains espagnols, antifascistes italiens). Les interne-

²⁴ **SLAMA (A.-G.)**, “Vichy était-elle fasciste?”, *Vingtième siècle*, juillet-septembre 1986, pp. 41-53.

²⁵ Voir **BERSTEIN (S.)**, **MILZA (P.)**, *Histoire de la France au XX^e siècle*, tome 2 (1930-1945), Paris, éd. Complexe, 1991, p. 198.

²⁶ **MERLE (R.)**, **VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 199.

²⁷ **SLAMA (A.-G.)**, op. cit., p. 44.

ments administratifs frapperont également les militants du Parti communiste français.

Joyeux amalgame entre le marxiste et l'étranger sur qui pèsent toutes les hantises sociales en période de crise internationale et économique. La France perd de vue sa tradition de terre d'asile.

Sous Vichy, 15 154 personnes verront leur naturalisation annulée, par une remise en cause a posteriori de la législation de 1927 qui facilitait les procédures d'acquisition de la nationalité française. Ces personnes seront délibérément rendues apatrides²⁸.

L'internement administratif sera étendu sous Vichy aux juifs, aux auteurs d'infractions économiques et aux résistants et auditeurs de Radio-Londres, par les "lois" du 3 septembre 1940, du 28 juin, 18 juillet et 28 octobre 1941.

Vichy est certes bien connu pour sa politique antisémite, qui ne fait que répondre d'une façon désormais explicite au climat social et politique entretenu avant la débâcle, où se mêlaient anticommunisme et antisémitisme. Deux "statuts" des juifs seront promulgués en octobre 1940, puis en juin 1941.

Ces statuts s'inspirent en fait de la réglementation allemande, alors qu'ils étaient présentés comme un acte de souveraineté nationale. Les individus définis comme "juifs" seront ainsi exclus de l'exercice de toute fonction influente (fonctions électives, activités médiatiques et artistiques, éducatives et judiciaires) et de la fonction publique. Des *numerus clausus* seront instaurés pour l'accès à l'Université et aux professions libérales. Une loi de juillet 1941 portera atteinte au droit de propriété des entrepreneurs juifs en confiant la gestion des entreprises à des administrateurs provisoires.

Alors que ces mesures étaient présentées comme des mesures de nature à préserver la nation, le critère de définition des "juifs" est un critère racial. Sont déclarées juives les personnes ayant deux grands-parents juifs et pratiquant la religion juive, celles qui ont trois grands-parents juifs ou encore ceux qui ayant deux grands-parents juifs sont mariés à une personne ayant elle-même deux grands-parents juifs.

Finalement, un recensement des juifs sera ordonné et en 1942, la mention "juifs" sera apposée sur la carte d'identité, ce qui facilitera leur con-

²⁸ Parmi elles 6307 juifs. On avait examiné 500 000 dossiers de personnes naturalisées depuis 1927. Cf. PAXTON (R. O.), *op. cit.*, pp. 168-169.

trôle et plus tard leur déportation²⁹. Les juifs “non déclarés” étaient passibles par ailleurs de peines correctionnelles.

L'intervention musclée du régime visera d'autres minorités. Elles constitueront ce que **MAURRAS** appelait “l'Anti-France” : Les métèques (étrangers) et les franc--maçons. Cette société secrète sera d'ailleurs dissoute le 13 août 1940 et un Comité d'action antimaçonnique créé. La propagande officielle antimaçonnique aboutira à un recensement des anciens dignitaires dont la liste sera publiée au Journal Officiel.

Puis, c'est dans la répression politique des résistants que vont également se manifester les tendances les plus extrémistes du régime de Vichy. C'est la dernière phase de son histoire qui donna le jour à ce que certains ont appelé “l'État milicien”³⁰. En effet, la Milice créée par la loi n.° 63 du 30 janvier 1943³¹ va servir d'auxiliaire des Allemands dans leur lutte contre la Résistance. En janvier 1944, Joseph **DARNAND** est nommé Secrétaire général au maintien de l'ordre, c'est-à-dire Ministre de la police et **Philippe HENRIOT**, Secrétaire d'État à l'Information et à la Propagande. Avec eux, le fascisme milicien fait son entrée au gouvernement. “Le secrétaire général au maintien de l'ordre” concentre tous les pouvoirs en matière de police et de répression. Ses “intendants du maintien de l'ordre”, institués par la loi du 15 avril 1944 et choisis parmi les cadres de la Milice ... coiffent l'administration préfectorale, en partie infiltrée elle aussi. L'administration pénitentiaire passe également sous le contrôle de **DARNAND**, auquel échoit en même temps, l'organisation d'une justice expéditive ...”³².

D'ailleurs cette analyse du régime de Vichy en termes d'État autoritaire et non totalitaire a été celle de la Cour d'appel de Paris le 13 avril 1992³³ dans l'affaire **TOUVIER**, analyse qui alerta considérablement l'opi-

²⁹ Le peuple français se souviendra tristement de certaines opérations d'épuration comme la sinistre opération “vent printanier”, le 16 et 17 juillet 1942. Une rafle massive de 13 000 personnes juives de la capitale, comprenant des enfants, par une équipe de 900 policiers français. Elles seront parquées dans les pires conditions avant d'être la plupart expédiées vers les camps de la mort.

³⁰ Voir notamment, **M. COINTET-LABROUSSE**.

³¹ Reproduite in **DELPERRIE DE BAYAC (J.)**, *Histoire de la Milice, 1918-1945*, Paris, éd. Fayard, 1969, p. 650.

³² **MILZA (P.)**, *Fascisme français ...*, op. cit., p. 273.

³³ Voir la critique de cet arrêt **Roger PINTO**, “L'affaire Touvier. Analyse critique de l'arrêt du 13 avril 1992”, *Journal du Droit international*, 1992, n.° 3, pp. 607-623. L'auteur conclut à une triple violation du droit par la cour d'appel de Paris.

nion publique en raison de ses considérations historiques sur la période. En effet, dans la mesure où la cour d'appel de Paris estimait "que l'État vichyssois ne pratiquait pas une politique d'hégémonie idéologique et que sa politique de collaboration avec l'État national socialiste allemand était essentiellement pragmatique", le chef de la milice de Lyon voyait ses crimes aujourd'hui prescrits comme n'étant pas des crimes contre l'humanité au sens de l'article 6 alinéa 1^{er} du statut du Tribunal de Nuremberg. Heureusement pour les familles des victimes et la communauté juive, la Cour de cassation³⁴ censura cet arrêt, en rappelant qu'il était démontré que l'inculpé avait agi pour le compte de la Gestapo³⁵.

C'est également sous Vichy qu'est publié un acte dit "loi du 2 mars 1943" contre les souteneurs qui atteste parfaitement la contamination autoritaire du droit pénal français. Il contient des mesures qui rappellent celles instaurées au Portugal pour prendre en charge les *vadios*. En effet, l'originalité de cette loi est d'appliquer aux personnes condamnées pour délit de souteneur, en plus de la peine, une mesure de sûreté³⁶.

D'après l'article 3 de la loi de 1943, les souteneurs condamnés de ce chef seront de plein droit, après l'exécution de leur peine, mis à la disposition de l'autorité administrative qui peut procéder à un internement dans un camp de concentration ou un centre créé en vertu du décret du 18 novembre 1939. Cet internement était pris par arrêté du ministre de l'intérieur ou du préfet. L'internement était par ailleurs d'une durée relativement indéterminée ne pouvant pas excéder 5 ans, durée pendant laquelle le souteneur était astreint au travail.

³⁴ Cass. crim. 27 novembre 1992, *J.C.P.* 1993, II, 21977, note **DOBKINE**.

³⁵ La Cour de Cassation s'est dispensée ainsi d'analyser si les actes criminels commis au nom de Vichy étaient ou nom des crimes contre l'humanité. La jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la notion de crime contre l'humanité est critiquable à plusieurs égards car si Touvier avait agi pour le compte de Vichy, ses crimes étaient prescrits car n'ayant pas été commis pour le compte d'un pays européen de l'Axe. Dans la mesure où les dispositions du nouveau code pénal (art. 211-1 et suivants) ne s'appliquent qu'aux faits postérieurs à son entrée en vigueur, tous ceux qui auraient agi pour le compte de Vichy ne seront plus inquiétés ...

³⁶ **MAGNOL (M.)**, "Une application de la notion de l'état dangereux du délinquant et de la mesure de sûreté, L'acte dit" loi du 2 mars 1943 "contre les souteneurs", in *Études de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Sirey 1945, pp. 3-14.

Cette législation qui rattachait à nouveau le délit de souteneur au vagabondage³⁷ tel qu'il était prévu dans le code de 1810 procède en fait d'un retour aux sources napoléoniennes. La seule différence était que la mesure d'internement n'était pas totalement indéterminée.

D'un autre côté, la loi de 1943 permettait d'interner également des personnes suspectes *ante delictum*. Ainsi, l'article 4 déclarait que "pourront être internés dans les mêmes conditions tous individus de l'un et l'autre sexe qui, sans pouvoir justifier de l'origine avouable de leurs ressources, fréquentent habituellement le milieu des malfaiteurs, des souteneurs, des prostituées".

C'est là le point de basculement entre la commission de l'infraction et les simples états de déviance. La mesure devient purement administrative, puisqu'en fait ce sont les autorités de police (des mœurs) qui apprécieront seules les circonstances.

Encore une parfaite illustration de la forme que prend l'État français de l'époque, plus proche de l'État de police que de l'État de droit. L'autonomisation du contrôle exercé par les autorités policières sur les individus indésirables qui s'est développée à la fin du régime de Vichy, rapproche ce dernier du régime de l'*Estado Novo*.

Mais l'analyse de la rupture avec les grands principes libéraux de l'État de droit ne concerne pas seulement la prise en charge des situations anormales par les autorités étatiques. L'infraction va connaître elle aussi une vision autre et des réponses autres. Autant d'éclatements, autant de déchirures du propre droit pénal sous le joug des dictatures.

Section 2:

L'analogie des modes de rupture vis-à-vis du droit pénal libéral

Une des caractéristiques du courant autoritaire est le dédoublement du droit pénal. À côté du droit pénal traditionnel qui n'est pas forcément abrogé, apparaît un droit pénal d'exception de nature expansionniste au fur

³⁷ La loi du 27 mai 1884 avait assimilé les souteneurs au vagabondage. De là le nom de "vagabondage spécial". On retrouve la même idée au Portugal où, nous l'avons vu le concept de *vadio* englobait le proxénétisme.

et à mesure que le régime se durcit (§ 1). Par ailleurs, il est dans la logique de l'État policier d'aboutir à un renforcement du caractère inquisitoire de la procédure (§ 2).

§ 1. *L'expansion d'un droit pénal d'exception*

L'analogie est frappante entre le Portugal et la France au cours de la période de référence étudiée: on constate une propension similaire à la création de juridictions d'exception (A). La rupture est consommée quand c'est la norme pénale elle-même qui perd de sa qualité (B).

A. La multiplication des tribunaux d'exception

C'est de façon tardive que le code de procédure pénale est apparu au Portugal. Il est contemporain de la dictature issue du coup d'État militaire de 1926 qui engendra le régime salazariste. L'élaboration de ce code fut d'ailleurs fortement contrariée puisque son entrée en vigueur était constamment ajournée et son texte remodelé³⁸. Sa promulgation eut finalement lieu le 15 février 1929 et il entra en vigueur le 1^{er} mars de la même année. Il est incontestablement marqué par un retour au système inquisitorial³⁹.

Or le décret n° 17 640 du 22 novembre 1929 devait réformer aussitôt le procès pénal, en instituant non seulement des pouvoirs d'instruction pour les services de la P.I.C. (Police d'investigation criminelle), mais également une compétence en matière de jugement. Aux termes de ce décret, les directeurs, sous directeurs et adjoints de la P.I.C. étaient compétents pour juger certaines infractions réputées flagrantes lorsqu'elles étaient commises à Lisbonne, Porto et Coimbra. Parmi elles, les coups et blessures entraînant une incapacité de travail de moins de 5 jours, les attentats à la pudeur, les injures publiques, les menaces et les infractions en matière de pornographie, de voyance et sorcellerie.

En dehors des cas de flagrance, ces autorités étaient compétentes pour juger les infractions relatives au vagabondage, à la mendicité, à la prosti-

³⁸ BRAGA DA CRUZ (G.), "O Código de processo penal, esboço da sua história", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. I, note 463 et 1285.

³⁹ BARREIROS (J. A.), *Processo penal - I*, Coimbra, Almedina, 1981, p. 78.

tution, à la police des étrangers et aux stupéfiants lorsqu'elles étaient commises à Lisbonne, Porto et Coimbra et celles relatives aux jeux de hasard sur tout le territoire.

En fait, les fonctions directives de la P.I.C. étaient parfois exercées par des juges de droit, ce qui correspondait à une co-responsabilisation de la magistrature avec l'action policière⁴⁰. Mais c'est surtout en matière d'infraction politique que les juridictions d'exception vont foisonner.

Jusqu'au 23 juin 1926, les infractions politiques étaient du ressort de juridictions *ad hoc*, les tribunaux de défense sociale. A partir de cette date, les tribunaux militaires allaient être compétents pour tout ce qui touche la sûreté de l'État, ainsi que la détention et l'utilisation d'armes à feu, alors absolument prohibées.

Le régime de l'*Estado Novo* se devait de systématiser la répression politique à travers le décret n.º 23 203 du 6 novembre 1933. Il instituait un tribunal militaire spécial pour le jugement des infractions politiques nouvellement définies, réglémentait la procédure ainsi que le régime pénitentiaire et les règles disciplinaires applicables aux détenus politiques.

L'opposition politique grandissant à la suite des événements du 18 janvier 1934⁴¹, on créa un camp de concentration sur l'embouchure du fleuve Cunene en Angola.

Dans une dernière phase, le régime voulut atteindre une totale co-responsabilisation de la magistrature judiciaire dans l'application de la justice politique⁴².

En effet, le décret-loi n° 35 044 du 20 octobre 1945, confiait le jugement des crimes politiques à une juridiction criminelle d'exception, le *Tribunal Plenário Criminal*. Il regroupait les juges des tribunaux criminels de Lisbonne et de Porto.

Avec cette dernière juridiction d'exception, c'est une véritable cancérisation de l'infraction politique qui atteint l'ordre pénal portugais. Non seulement compétent pour les traditionnels crimes contre la sûreté de l'État, le Plenário jugeait également les crimes relatifs à la presse et les infractions économiques, comme par exemple les crimes de spéculation et

⁴⁰ Voir, **BARREIROS (J. A.)**, "Criminalização política e defesa do Estado", *Análise social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, n.º 3-4-5, p. 822.

⁴¹ Cette date correspond à une grève générale de caractère presque insurrectionnel au cours de laquelle le peuple protestait contre le Statut National du Travail qui prohibait la grève et des syndicats libres.

⁴² Voir **BARREIROS (J. A.)**, "Criminalização política do Estado", op. cit., p. 826.

d'accaparements. Le phénomène de cancérisation ou encore de “disqualification de la criminalité politique”⁴³, est encore plus manifeste lorsqu'on songe que le décret précité permettait que soient transférés à cette juridiction d'exception, tous les crimes graves en raison des procès. La décision de transfert était prise par le *Supremo Tribunal de Justiça* (Cour de cassation) sur proposition du procureur général de la République.

Avec cette co-responsabilisation des juges on se rend compte concrètement de la faiblesse du “pouvoir judiciaire” portugais pendant le régime salazariste. Quand on songe que l'indépendance de la magistrature était restreinte à une indépendance dans l'application de la loi⁴⁴, on mesure la dimension de la subordination judiciaire à l'exécutif. Subordination plus ou moins avouée dans le décret du 22 décembre 1945 puisque la nomination des magistrats dans leurs différents fonctions dépendait directement du Ministre de la Justice.

Ce sont par contre en France, les résistances des magistrats devant la multiplication des juridictions d'exception qui amenèrent les dignitaires du régime de Vichy à l'instauration d'une justice expéditive.

Sous la III^e République, le Sénat constitué en Cour de Justice pouvait connaître des attentats contre la sûreté de l'État, compétence que la Cour avait elle même élargie dans certains de ses arrêts⁴⁵. L'acte constitutionnel n.º 5 du 30 juillet 1940 est venu abroger cette disposition en instituant la Cour Suprême de Justice. Il s'agissait en fait d'une Cour destinée aux dirigeants de la III^e République, plus particulièrement du Front Populaire.

La Justice politique d'exception du régime de Vichy, aura pour tâche de servir les intérêts de la “Révolution Nationale”. Toute une cascade de juridictions qui correspond au phénomène précédemment décrit de cancérisation de l'infraction politique.

Ainsi, une loi du 21 mars 1941 institua une “Cour criminelle spéciale” qui fut chargée de réprimer “les accaparements, stockages clandestins, ventes ou achats à des prix excédant les prix taxés ou toute autre manoeuvre ayant troublé ou entravé le ravitaillement du pays ou l'équitable

⁴³ En sens inverse ... Voir: **FATELA (J.)**, *O sangue e a rua*, op. cit., p. 243 (traduction personnelle).

⁴⁴ **RUIVO (F.)**, “A magistratura num período de crise do Estado: 1969-1974”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 18/19/20, fevereiro de 1986, p. 358.

⁴⁵ En vertu de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Cf. **CHARVIN (R.)**, *Justice et politique (évolution de leur rapport)*, Paris, L.G.D.L., 1968, pp. 370 et s.

répartition des denrées ou produits servant à l'alimentation humaine ou animale"⁴⁶. Pareillement, un Tribunal spécial est créé par la loi du 24 avril 1941, pour juger les agressions nocturnes et certaines infractions économiques.

Mais, les tribunaux d'exception les plus caractéristiques de la période vichysoise, sont incontestablement "les Sections Spéciales", le "Tribunal d'État" et, en 1944, les "Cours martiales".

Les "Sections Spéciales" ont été créées par la loi du 14 août 1941 auprès de chaque cour d'appel de la zone occupée et de chaque Tribunal militaire ou maritime dans la zone non occupée⁴⁷. Leur compétence était de réprimer "toutes les infractions commises dans une intention d'activité communiste ou anarchiste". Par la suite, au fur et à mesure que la Résistance s'organisait, les lois du 5 juin 1942 et juin 1943 vont considérablement étendre leur compétence qui touchera aussi bien l'ensemble des crimes et délits de nature politique que ceux contre les personnes et les biens.

Le Tribunal d'État avait été instauré par une loi du 7 septembre 1941, en raison du caractère restrictif au départ de la loi du 14 août 1941 sur les Sections Spéciales.

En fait, la composition de ce Tribunal d'État et ses larges attributions vont permettre de suppléer les Sections Spéciales qui ne voudraient pas répondre aux besoins de la justice de Vichy. Beaucoup de magistrats avaient refusé de siéger dans ses Sections⁴⁸. A l'exception du Président et du Commissaire du gouvernement, aucun autre magistrat de carrière parmi les douze membres du Tribunal d'État qui sont désignés par décret. Par ailleurs, il dépend du Ministère de l'Intérieur et il ne peut être saisi que par le Conseil des Ministres sur proposition du Ministre concerné.

Ce Tribunal d'État va devenir le plus efficace instrument de la politique Vichysoise. Les Sections Spéciales finirent par être modifiées dans leur composition, en substituant des policiers à trois des cinq magistrats prévus.

⁴⁶ Par la suite, ces infractions vont être de la compétence du Tribunal d'État instauré par la loi du 10 novembre 1941.

⁴⁷ La Section Spéciale de Paris connaissait une composition particulière, permettant au gouvernement d'être sûr des magistrats la composant puisqu'ils étaient discrétionnairement choisis par le Garde des Sceaux. Les autres Sections Spéciales des Cours d'appel étaient composées sur désignation du premier Président.

⁴⁸ Sur la résistance de la magistrature française à certains textes de la période vichysoise, cf. **MELLOR (A.)**, "Réflexions sur un danger évité, à propos des dispositions récentes sur le sursis à l'exécution des peines" in *Études de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Sirey, 1945, pp. 37-43.

Malgré l'existence de ces juridictions d'exception, le 20 janvier 1944 sont instituées des Cours martiales. Chaque Cour martiale est composée de trois miliciens désignés par **DARNAND**, le Secrétaire général au maintien de l'ordre. Les noms des juges des Cours martiales qui étaient compétent pour juger les flagrant-délits "d'assassinat ou de meurtre commis au moyen d'armes ou d'explosifs pour favoriser une action terroriste" restaient secrets.

"La loi du 20 janvier 1944 qui instaure les Cours martiales donne aux chefs miliciens une arme terrible. Préparée par le secrétariat au Maintien de l'Ordre, prise sous la signature du chef du gouvernement, elle répond à la volonté maintes fois exprimée de **LAVAL** et de **DARNAND** d'activer la répression, et au voeu de nombreux magistrats d'être déchargés de la mission de juger et d'envoyer au peloton d'exécution les *terroristes*"⁴⁹. Et la rupture devient alors évidente avec l'idée libérale du juge naturel qui découle du principe de légalité.

A Vichy sonne le glas. Dans le retentissement métallique, le fusil des pelotons précipités. Cette justice expéditive a également bousculé l'incrimination, déchiqueté la plus belle page du Traité de **BECCARIA**.

B. L'élasticité des incriminations

La manifestation la plus virulente du rejet des principes du droit pénal libéral est le recours à l'analogie en matière d'incrimination et de pénalité. Ainsi, le droit pénal national-socialiste avait partiellement remis en cause le principe de légalité des délits et des peines, en consacrant dans la loi du 28 juin 1935 le raisonnement par analogie⁵⁰.

Ni la France, ni le Portugal n'ont bouleversé leur droit pénal à ce point pendant les périodes où sévissait un régime autoritaire. Malgré tout, sans doute en raison de l'occupation allemande, on peut trouver un exemple en France de consécration du raisonnement analogique.

En effet, le Tribunal d'État semble être une illustration significative de l'imprégnation du droit pénal français par certains principes juridiques

⁴⁹ **DELPERRIE DE BAYAC (J.)**, op. cit., p. 298.

⁵⁰ Voir l'article de Monsieur **Luis JIMENEZ DE ASUA**, "L'analogie en droit pénal", *R.S.C.* 1949, pp. 187-240. En ce qui concerne le III^e Reich, cf. n.º 19-22.

Sur l'analyse de la politique criminelle de l'Allemagne nazie, voir **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *La politique criminelle des États autoritaires*, op. cit., pp. 133 et s.

allemands. Ainsi, cette juridiction d'exception connaissait de "*tous actes de nature à nuire au peuple français*". On y retrouve un peu l'esprit volontariste et populaire du droit allemand avec une pareille imprécision des incriminations⁵¹. En ce qui concerne la peine, le Tribunal d'État pouvait appliquer "une des peines prévues dans le code pénal". "Ces formules ramenaient en réalité, après plus d'un siècle d'abolition, à l'arbitraire des incriminations et des peines"⁵². Une femme fut condamnée à mort par cette juridiction du chef d'avortement, délit passible d'un maximum de 5 ans d'emprisonnement d'après l'article 317 du code pénal. Le Tribunal d'État qui avait été saisi, requalifia le délit d'avortement en "acte susceptible de nuire au peuple français".

Au Portugal, en ce qui concerne l'application des peines aux délinquants politiques, le décret n.º 40 550 du 12 mars 1956 prévoyait la faculté pour le *Plénario* d'appliquer aux prévenus la mesure de sûreté de l'internement précédemment étudiée⁵³. En pratique, la jurisprudence de cette juridiction d'exception finit par appliquer systématiquement la mesure de sûreté, aussi bien aux prévenus pendant le procès qu'aux individus condamnés⁵⁴. On peut voir dans cette position prise par les juges portugais, un exemple d'application analogique de la "peine". En effet, cette mesure de sûreté détentive, ressemble, à peu de chose près, à l'incarcération pénale classique. C'était une façon commode de se référer à un texte qui n'était pas directement lié à l'incrimination des infractions politiques pour appliquer aux délinquants politiques une véritable peine perpétuelle, expressément interdite par la Constitution⁵⁵.

Au-delà de ces exemples isolés, la rupture avec le droit pénal libéral s'analyse dans l'incrimination élastique où la norme est tellement vague qu' "en pratique on peut y faire entrer n'importe quel acte"⁵⁶.

⁵¹ Le § 2 du code pénal allemand, tel qu'il résultait de la loi de 1935, déclarait: "sera puni quiconque commettra un fait que la loi déclare punissable ou qui méritera une peine selon le concept de base d'une loi pénale et selon le saint sentiment du peuple".

⁵² **DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.)**, *Leçons de droit pénal*, polycopié de 1^{re} année DEUG droit, Bordeaux, Librairie Montaigne, 1989, VI-7.

⁵³ Voir le A du § 1 de cette section.

⁵⁴ Cf. **BARREIROS (J. A.)**, "Criminalização política e defesa do Estado", op. cit., p. 828.

⁵⁵ D'autant plus que la définition du champ d'application de la mesure de sûreté était, nous l'avons déjà signalé, extrêmement large. Voir nos développements dans le A du § 1 de cette section.

⁵⁶ **MERLE (R.)**, **VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, op. cit., n.º 160.

“Outre le fait que la liberté individuelle serait méconnue, pareilles incriminations trahiraient la tâche du droit pénal, celle d’apporter une réelle protection aux véritables valeurs sociales. Entre une incrimination expéditive et une réglementation tatillonne, si l’on entend protéger la liberté individuelle, c’est la deuxième qu’il faut choisir sans aucune hésitation”⁵⁷. Force est de constater que le droit pénal d’exception décrit dans les deux pays, en visant surtout la criminalisation des infractions politiques, finit par se rattacher au système des incriminations “élastiques”.

Le premier texte de l’*Estado Novo* relatif aux crimes politiques, le décret n.º 23 203 du 6 novembre 1933, contenait des concepts nouveaux dont l’absence de précision est notable. Étaient incriminés par exemple, “la propagande, l’incitation ou n’importe quel moyen de provocation à la discipline sociale et à la subversion violente des institutions et principes fondamentaux de la société”⁵⁸. Ou encore, “le conseil, l’incitation ou n’importe quel moyen de provocation au nom accomplissement des devoirs inhérents à la fonction publique, à la désobéissance aux lois et décrets ou aux ordres des autorités”⁵⁹. De même, “la divulgation par n’importe quel moyen de nouvelles destinées à ou susceptibles de perturber la tranquillité ou l’ordre public ou de porter préjudice au crédit public”⁶⁰.

De plus, la notion d’attentat à laquelle renvoyait l’incrimination de rébellion était entendue comme comprenant n’importe quel acte d’exécution, mais aussi les actes préparatoires qui y étaient expressément assimilés⁶¹.

En France, la compétence du Tribunal d’État auparavant décrite illustre parfaitement l’incrimination élastique par excellence. Il eut la possibilité de sanctionner cruellement les actes les plus divers, qu’il s’agisse de marché noir, de hausses illicites, d’avortement ou d’atteintes à la sûreté de l’État.

Ce n’était pas le seul exemple. La plupart des tribunaux d’exception de Vichy avaient été créés pour connaître d’actes incriminés de façon imprécise afin de donner une large marge de manoeuvre à la justice politique.

⁵⁷ DANA (A.-C.), *Essai sur la notion d’infraction pénale*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 387.

⁵⁸ Art. 2-2.º du décret n.º 23 203 du 6 novembre 1933, publié in *Legislação repressiva e anti-democrática do regime fascista*, op. cit., p. 144 (traduction personnelle).

⁵⁹ Art. 2-3.º du décret (traduction personnelle).

⁶⁰ Art. 2-6.º du décret (traduction personnelle).

⁶¹ Voir le § 2 de l’art. 1 du décret, publié in *Legislação repressiva e anti-democrática do regime fascista*, op. cit., p. 144.

Ainsi, les Sections Spéciales avaient pour fonction de réprimer “toutes les infractions commises dans une intention d’activité communiste ou anarchiste”, puis “toutes les infractions ... commises pour favoriser le communisme, l’anarchie ou la subversion sociale et nationale”, avant de voir leur compétence extrêmement élargie en 1943.

En matière d’infraction de droit commun, on trouve parfois des incriminations nouvelles plutôt vagues.

On retiendra l’exemple de la loi du 2 mars 1943 qui incriminait le délit de souteneur d’une façon assez imprécise. Cinq cas de figure dont une qui, à l’époque, avait été jugée excessive: celle qui considérait comme souteneurs “ceux qui, sous une forme quelconque, partagent les produits de la prostitution d’autrui ou reçoivent des subsides d’une prostituée”⁶². Pouvaient être punis comme souteneurs, les membres de la famille de la prostituée ou ses domestiques⁶³.

Multiplication des tribunaux d’exception, incriminations élastiques, autant de tatouages sur la peau du droit pénal libéral, autant d’histoires démasquées aujourd’hui. Du côté procédural, la rupture se déchiffre aussi ...

§ 2. *Le renforcement du caractère inquisitoire de la procédure*

Non seulement en France et au Portugal pendant la période des régimes autoritaires la procédure était beaucoup plus secrète et écrite, laissant peu de place aux garanties de la défense (B), mais encore elle tendait à restreindre le rôle traditionnel du jury (A).

A. Atténuation du rôle du jury

“Légalité des délits et des peines, compétence du jury; fixité de la peine. Trois remparts élevés contre l’arbitraire”⁶⁴. L’institution du jury est forcément menacée dans les États autoritaires.

⁶² Voir l’article de M. MAGNOL, *op. cit.*, p. 9.

⁶³ D’ailleurs, l’incrimination de proxénétisme demeure encore aujourd’hui très vague. La loi du 16 avril 1946 a repris cette définition assez contestable qui était l’ancien article 334, 1.°, du code pénal. L’article 225-5, 2.° du nouveau code pénal a retenu à peu près le même cas d’incrimination.

⁶⁴ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La politique criminelle des États autoritaires*, *op. cit.*, p. 15.

Au Portugal, le code de procédure pénale de 1929 avait considérablement restreint sa compétence. Il disposait dans son article 39.º, que les jurés jugeaient définitivement la matière du fait, en ce qui concerne les crimes politiques qui n'étaient pas soumis à des tribunaux spéciaux et dans certains cas prévus par la loi.

Après la promulgation du Statut judiciaire de 23 février 1944, l'institution du jury est tombée en désuétude sous le régime de l'*Estado Novo*⁶⁵.

La France ne sera pas aussi catégorique. Pourtant, la période autoritaire donna lieu à une réforme essentielle du jury par la loi du 25 novembre 1941⁶⁶ qui restreignit les pouvoirs de cette sacro-sainte institution, conquise à la Révolution. Cette loi n'est que l'aboutissement logique des critiques formulées à la fin du XIX^e siècle et après la première guerre mondiale sur le fonctionnement des cours d'assises tel qu'il était prévu dans le code d'Instruction Criminelle⁶⁷.

Cette "idole qui vacille sur son piédestal" comme le disait **CRUPPI** au XIX^e siècle, était en France, historiquement liée à la démocratie parlementaire. Si bien que ce texte de Vichy est une véritable petite révolution de la procédure criminelle, attendue pourtant par beaucoup⁶⁸. En effet, la loi du 5 mars 1932 avait été une première tentative de remaniement en abolissant la séparation du fait et du droit et en introduisant un échevinage mitigé. Le jury restait alors maître du verdict de culpabilité ou d'innocence, puis il était associé à la cour dans un deuxième scrutin public sur la peine.

Cette réforme aboutissait à réduire le rôle des magistrats. Il fallait opter clairement entre le système du jury et celui de l'échevinage. La réforme de 1941 alla dans ce sens puisque dans le système prévu, les jurés participaient avec la cour à la fois au verdict et au choix de la peine.

⁶⁵ **REIS FIGUEIRA (A.)**, op. cit., p. 378.

⁶⁶ Pour une étude complète de la loi du 25 novembre 1941, voir **HUGUENEY (L.)**, "La loi du 25 novembre 1941 sur le Jury", in *Études de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Sirey, 1945, pp. 15-36.

⁶⁷ Surtout le système de la séparation du fait et du droit et la façon dont étaient recrutés les jurés. Pour une étude historique de l'institution du jury, cf. **SCHNAPPER (B.)**, *Voies nouvelles en Histoire du droit*, La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles), "le jury français aux XIX^e et XX^e siècles", pp. 241-312.

⁶⁸ En effet, les commentaires sur cette loi montrent que la plupart des auteurs étaient satisfaits de la réforme. Cf. **Adrien PEYTEL**, "La réforme du jury criminel et la réorganisation de la Cour d'assises", *Gaz. Pal.*, 30-31 janvier, 4-5 février, 6-7 février, 1942. **Louis RIVIERE**, "la réforme du jury criminel", *Gaz. Pal.* 28-30 juillet 1943. **Henri VERDUN** "La Cour d'assises selon la loi du 25 novembre 1941", *J.C.P.* 1942, I, 260.

Ainsi, le jury français réduit à la moitié de son nombre (6 jurés désormais) perdait sa souveraineté sur les faits. La loi du 25 novembre 1942 retirait par ailleurs aux cours d'assises la connaissance des délits politiques et délits de presse. En ce qui concerne les jurés, l'article 381 du code d'Instruction Criminelle, édictait à l'encontre des juifs et des dignitaires de la franc-maçonnerie des incapacités.

Une autre façon de porter atteinte au rôle traditionnel du jury était la pratique de la correctionnalisation légale des infractions. Utilisés tous azimuts pendant la période autoritaire, cette technique est une arme habile aux mains d'une répression qui préfère la certitude de la peine. Certitude de la peine, mais également sévérité de la peine, lorsqu'on examine les sanctions prévues pour les nouvelles infractions correctionnalisées qui excèdent celles normalement applicables en matière correctionnelle (5 ans d'emprisonnement maximum).

Les exemples regorgent⁶⁹. La correctionnalisation législative qui a débuté en 1923, s'est poursuivie en prenant la forme des décrets-lois où apparaissaient déjà des signes de rupture avec l'esprit libéral, avant de s'intensifier véritablement sous Vichy. Pour illustrer ce phénomène, citons trois infractions significatives: l'avortement, l'infanticide et la falsification de chèques.

La loi du 25 mars 1923 avait correctionnalisé l'avortement. Un décret-loi du 29 juillet 1939 est venu modifier la répression en augmentant, entre autres, les pénalités applicables. La peine d'emprisonnement prévue pour celui qui se livre habituellement à cette pratique, est de cinq à dix ans.

De même, le décret-loi du 24 mai 1938 décidait qu'étaient passibles d'un emprisonnement pouvant atteindre dix ans, ceux qui contrefaisaient ou falsifiaient un chèque et ceux qui acceptaient sciemment un chèque contrefait ou falsifié.

Et pour finir avec cette liste non exhaustive, citons encore la loi du 2 septembre 1941 qui faisait de l'infanticide un simple délit, sans distinguer selon qu'il était commis par la mère ou un tiers⁷⁰. Ces derniers textes contenaient également des dispositions dérogatoires au droit commun qui s'analysent comme autant d'atteintes aux garanties de la défense.

⁶⁹ Pour une description détaillée de cette technique, cf. **Maurice PATIN**, *La correctionnalisation législative des crimes*, *R.S.C.* 1948, pp. 187-199.

⁷⁰ Pour une étude critique de ce texte, voir **PATIN (M.)**, "La légalité républicaine et la répression de l'infanticide", *R.S.C.* 1947, pp. 185-189.

B. Atteintes aux garanties de la défense

Des atteintes aux garanties de la défense apparaissent dans les deux pays dans le déroulement de l'instruction, de façon générale et dans le jugement des affaires politiques par les tribunaux d'exception.

En France, un durcissement est apparu avec la loi du 25 mars 1935 et le décret-loi du 18 novembre 1939. Ces textes rétablissent les pouvoirs de police judiciaire et d'instruction des préfets qu'avait supprimé la loi du 7 février 1933 et renforcent les pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention préventive dont le caractère illimité et discrétionnaire était réinstauré⁷¹.

Du côté de la chambre d'accusation, on rétablit la nature inquisitoire pure de la procédure⁷², alors que la loi du 7 février 1933 avait introduit certains aspects accusatoires.

Quant aux voies de recours, un décret-loi du 8 août 1935 disposait que l'appel et le pourvoi en cassation n'étaient plus recevables contre les ordonnances, jugements ou arrêts avant-dire-droit⁷³.

Au Portugal, le code de procédure pénale de 1929 était marqué par un retour au système inquisitoire. Ainsi l'instruction a d'abord été confiée aux juridictions de jugement sous le régime de l'*Estado Novo*⁷⁴.

Le décret n.º 17 640 du 22 novembre 1929 dotait la Police d'Investigation Criminelle de pouvoirs d'instruction en ce qui concernait les crimes publics ainsi que les semi-publics. Ce décret inaugura une nouvelle ère de la procédure pénale portugaise où l'instruction allait progressivement devenir de la compétence des autorités policières.

⁷¹ A propos de la difficile gestation de la loi du 7 février 1933, voir **KALUSZYNSKI (M.)** et **ROBERT (P.)**, "En 1933, il est trop tard . . . , l'éphémère loi du 7 février 1933", in *Entre l'ordre et la liberté la détention provisoire, deux siècles de débats*, sous la direction de Philippe Robert, Paris, éd. L'Harmattan, 1992, pp. 213-232.

⁷² En effet, elle était secrète, écrite et non contradictoire. D'après les articles 223 à 224 du code d'Instruction Criminelle, l'audience se déroulait hors la présence du public, de l'inculpé et de la partie civile ainsi que de leurs avocats respectifs. L'inculpé n'avait que le droit de présenter des mémoires écrits.

Sur les vertus de la procédure inquisitoire, cf. **SAURON (J. L.)**, "Les vertus de l'inquisitoire ou l'État au service des droits", *Pouvoirs* n.º 55, 1990, pp. 53-64.

⁷³ Excepté ceux qui concernaient la liberté provisoire.

⁷⁴ L'art. 41.º du code de procédure pénale de 1929 confiait l'instruction aux juges criminels de Lisbonne et Porto dans leur ressort et dans les autres ressorts, aux juges de droit de première instance.

Par la suite, les réformes de 1945 et 1954 se devaient de peaufiner un système fortement imprégné d'autoritarisme policier. Tout d'abord, l'instruction fut soustraite aux juges criminels pour être confiée au Ministère Public, sauf dans les cas où elle serait de la compétence de la Police judiciaire ou de la P.I.D.E.

La Police judiciaire avait ainsi des pouvoirs d'instruction préparatoire exclusifs en matière de crimes commis dans les ressorts de Lisbonne, Porto et Coimbra (décret-loi n° 35 042 du 20 octobre 1945). Elle instruisait par ailleurs exclusivement certaines infractions commises sur tout le territoire national (falsification de monnaies, trafic de stupéfiants, de femmes, de mineurs ainsi que les publications obscènes). A côté de sa compétence exclusive, elle pouvait se voir confier par le Procureur Général de la République, sur tout le territoire national, l'instruction préparatoire des infractions qui s'avéraient délicates en raison de leurs circonstances et de leur gravité.

Quant à la P.I.D.E., elle finit par avoir compétence de Police Judiciaire et une compétence spéciale dans des matières autres que politiques, parfois même de façon conflictuelle avec la Police Judiciaire.

Il va sans dire que les droits de la défense étaient particulièrement restreints, la procédure étant essentiellement écrite, secrète et non contradictoire. Dans les faits, le Ministère Public était placé dans une situation de véritable subalterne des autorités policières, en raison des larges pouvoirs qu'elles détenaient⁷⁵.

Ainsi la Police Judiciaire et la P.I.D.E. avaient un délai de trois mois pouvant être prorogé de deux fois 45 jours pour réaliser l'instruction préparatoire, délais pendant lesquels elles pouvaient placer les inculpés en détention provisoire (art. 9.° du décret-loi n.° 35 042 du 20 octobre 1945). Ces prorogations étaient effectuées non pas par des autorités judiciaires, mais par le Ministre de l'Intérieur pour la P.I.D.E. et le Ministre de la Justice pour la Police Judiciaire.

L'intervention de l'avocat pendant l'instruction préparatoire était très limitée, étant donné le caractère secret de cette phase procédurale⁷⁶. Le

⁷⁵ BARREIROS (J. A.), *Processo penal – I*, op. cit., p. 84.

⁷⁶ Sur la question de la détention provisoire sous le régime de l'*Estado Novo*, cf. l'excellente communication de Mme Eliana GERSÃO, *La détention avant jugement au Portugal*, rapport présenté à la 5^{ème} section du VIII.° Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé (Pescara, 29 août – 5 septembre 1970).

droit de l'avocat à consulter le dossier avait été aboli par l'article 13 du décret du 20 octobre 1945⁷⁷. Celui-ci déclarait l'instruction préparatoire secrète, ne sauvegardant aucun droit de consultation du dossier de la part de l'inculpé ou de son avocat. De même, la présence de l'avocat pendant les interrogatoires devant le Ministère Public, la Police Judiciaire ou la P.I.D.E. était nié en pratique, toujours en raison du secret de justice⁷⁸.

Mas, c'est surtout en matière politique que les droits de la défense étaient misérablement bafoués pendant la période du régime salazariste.

En effet, la P.I.D.E. avait des pouvoirs encore plus larges en ce qui concernait le placement en détention provisoire. Non seulement elle pouvait détenir pendant l'instruction les délinquants politiques durant 180 jours, mais en plus elle disposait à leur égard de la fameuse mesure d'internement prévue par le décret-loi n.º 40 550 du 12 mars 1956. "... qui se traduisait de part sa successive prorogation, dans un emprisonnement perpétuel sans mise en accusation"⁷⁹.

La garantie d'Habeas corpus introduite par le décret n.º 35 043 du 20 octobre 1945 était impraticable pour ce qui était de la mesure de sûreté. Cette garantie permettait à la section criminelle du *Supremo Tribunal de Justiça* (Cour de Cassation) de contrôler les détentions illégales. La requête pouvait être fondée sur plusieurs causes: l'incompétence de l'autorité d'arrestation, la motivation de la détention sur un fait non admis par la loi, sa prolongation au-delà des légaux sans présentation en justice ou pour la mise en accusation⁸⁰. Or la mesure d'internement pouvait être prolongée de façon illimitée à des individus en dehors de la commission d'une quelconque infraction politique. Quant à la jurisprudence du *Supremo Tribunal*

⁷⁷ Les auteurs n'étaient pas tous d'accord à propos de la portée des dispositions de ce texte. Certains continuaient à soutenir que les dispositions de l'art. 70 § 3 du code de procédure pénale qui prévoyait ce droit d'accès au dossier par l'avocat de façon limitée, devaient être maintenues. Voir notamment: **VELOZO (J. F.)**, "A intervenção do advogado na instrução preparatória", *Scientia Iuridica*, ano IV, 1955, pp. 397-398. **ARAUJO DE BARROS (F.)**, "Uma ilegalidade institucionalizada?", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 23, 1963, p. 106.

⁷⁸ Ce qui suscita d'immenses critiques doctrinales et une opposition officielle de la part de l'Ordre des avocats dans sa pétition adressée au Ministre de la Justice du 19 février 1965. Diverses études sur la question des droits de l'inculpé avaient été présentées aux autorités. Cf. les conclusions approuvées après la discussion qui suivit la conférence prononcée par **A. DE ALMEIDA RIBEIRO**, publiées dans *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 18, 1958, p. 423.

⁷⁹ **BARREIROS (J. A.)**, *Processo penal-1*, op. cit. p. 84 (traduction personnelle).

⁸⁰ Texte publié in *Legislação repressiva e anti-democrática do regime fascista*, op. cit., p. 178.

de *Justiça*⁸¹, elle s'abstenait de contrôler les faits invoqués par les autorités responsables de la détention.

La P.I.D.E. voyait son champ d'action, au fur et à mesure des réformes⁸², s'autonomiser au regard de la Police Judiciaire et du propre pouvoir judiciaire.

L'autonomie des décisions du *Plenário* était également la règle. En effet, ses délibérations ne pouvaient faire l'objet que d'un recours devant le *Supremo Tribunal de Justiça* dont la compétence était limitée au droit. Les réclamations quant à la liberté provisoire ou quant au verdict de condamnation ne pouvaient être portées que ... devant le *Plenário* lui-même. Autant affirmer l'ineffectivité des voies de recours.

En France, les lois qui créaient les tribunaux d'exception, excluaient presque systématiquement le bénéfice du sursis et des circonstances atténuantes. Ainsi, la loi relative aux Sections Spéciales des cours d'appel du 18 novembre 1942 excluait le sursis. De même, la loi du 21 mars 1941 qui créa le Tribunal d'État. Puis, la loi du 14 septembre 1941 eut une portée codificatrice en insérant des modifications dans l'article 1^{er} de la loi **BÉRANGER**. Le sursis était ainsi écarté pour les affaires en matière de ravitaillement, en matière de contrôle des prix, d'avortement, d'infanticide. Il était également exclu pour les *individus condamnés pour toutes les infractions de nature à nuire à l'unité nationale, à l'État et au peuple français*⁸³.

La justice politique de Vichy finit sur le triste théâtre des Cours martiales. Ces tribunaux anonymes jugeaient sans avocat ni voies de recours les individus pris en flagrant délit d'action terroriste. "Peuplés de miliciens directement désignés par **Darnand** et qui officient parfois sous le masque,

⁸¹ Cf. l'arrêt du 14 mai 1947, où la Cour rejette la requête d'Habeas corpus en se fondant sur la simple affirmation faite par l'autorité responsable qu'un crime déterminé était reproché à la personne détenue, pour lequel la loi prévoyait une détention pour le *Supremo Tribunal de Justiça*, il n'y a pas lieu, bien entendu, de s'interroger sur la raison d'être d'une telle imputation. *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano VII, n.º 40, 1947, pp. 165-167. Les auteurs ont critiqué cette interprétation formelle des conditions de l'Habeas corpus. Voir **A. BACELAR**, "O processo político em Portugal", in *Teses e documentos do II Congresso Republicano de Aveiro*, II, 1969, p. 64.

⁸² La dernière devait simplement changer son appellation sans aucune altération profonde de ses modes d'action. A partir du décret-loi du 14 novembre 1969, la P.I.D.E. était devenue la D.G.S. (Direction générale de Sécurité).

⁸³ Sur la question des altérations apportées au régime du sursis, voir: **MELLOR (A.)**, op. cit.

ces tribunaux d'exception n'hésiteront pas à s'installer dans les prisons pour y juger sommairement de simples suspects ou des combattants de l'intérieur arrêtés depuis longtemps"⁸⁴.

Ces Cours martiales étaient formées ad hoc, à l'initiative de l'intendant de police, par trois miliciens magistrats ou non magistrats, désignés par le Secrétaire général au maintien de l'ordre. L'accusation était pratiquement inexistante. La sanction était le peloton d'exécution si l'accusé était justiciable de la Cour martiale. Sinon, on le déférait au parquet.

En pratique le flagrant délit était rarement respecté. "Dans la très grande majorité des cas, l'accusé est déjà condamné à mort avant d'avoir comparu devant ses juges"⁸⁵. En effet, un comité juridique avait été institué auprès de **DARNAND** et se faisait communiquer les dossiers de personnes déjà emprisonnées. Son rôle était de trier et de choisir.

Les affaires étaient réglées en quelques minutes avec parfois un bref interrogatoire. Triste exemple de procédure inquisitoire: l'accusé parfois ne savait ni ce qu'on lui reprochait, ni qui étaient ses juges.

Il est évident que cette justice expéditive commettait même d'inévitables erreurs. Ainsi, le cas d'un commerçant fusillé avec d'autres "terroristes" à Montauban. Il était incarcéré pour le meurtre d'un sergent de police qui, en fait, était l'amant de sa femme. Le crime était passionnel ... On ne le saura que plus tard. Au total, 200 personnes auraient été traduites devant les Cours martiales et exécutées⁸⁶.

A la Libération, on s'empressa de rétablir la légalité républicaine⁸⁷. D'autres tribunaux d'exception jugèrent à leur tour. Ils jugèrent ceux qui autrefois étaient les bourreaux, avec de nouveaux excès, de nouvelles erreurs ... Puis vint le programme Paul Amor, précédant le cortège des réformes humanistes.

Le 25 avril au Portugal, lorsque les oeillets fleurirent au bout des fusils. 1974 ... la révolution est en marche. Les rues et les fenêtres de Lisbonne exaltent l'union d'un peuple qui sort de l'ombre, parle, dénonce et croit ... Et qui reconstruira Police, Justice, Prisons et Codes.

⁸⁴ **MILZA (P.)**, *Fascisme français, Passé et présent*, op. cit., pp. 273-274.

⁸⁵ **DELPERRIE DE BAYAC (J.)**, op. cit., p. 300.

⁸⁶ Chiffre rapporté par Monsieur **J. DELPERRIE DE BAYAC**, op. cit., p. 307.

⁸⁷ Sur la question, voir **PATIN (M.)**, "La restauration de la légalité républicaine dans nos codes répressifs", *R.S.C.* 1946, pp. 39-49.

TITRE SECOND

APPROCHE CONTEMPORAINE

“Il faut s’étonner que depuis 150 ans la proclamation de l’échec de la prison se soit toujours accompagnée de son maintien.”

Michel Foucault

“Surveiller et punir, Naissance de la prison”

Il est assez paradoxal de voir que, malgré notre état de civilisation avancée, plane encore le mirage de la prison haute et fermée comme symbole de protection sociale.

En effet, les institutions pénales connaissent dans la plupart des pays le phénomène de la surpopulation carcérale¹.

Il est en grande partie lié à un changement qualitatif du contentieux traité par la justice pénale surtout depuis la Seconde Guerre mondiale. Alors qu’elle s’occupait au début du siècle de la disciplinarisation des populations flottantes transbordées de la campagne à la ville avec l’industrialisation, et des délits ruraux et forestiers, elle eut à affronter les

¹ En France, le programme de rénovation et de construction pénitentiaire, a considérablement diminué le taux d’occupation des prisons entre 1988 et 1991. Il était néanmoins en 1991 de 125% pour l’ensemble des établissements. Dans les maisons d’arrêts, ce taux restait cependant élevé (140%). Cf. *Infostat Justice*, n.º 25, octobre 1991, p. 4.

Au Portugal, le taux d’occupation excédait en décembre 1992, 130% pour l’ensemble des établissements du territoire et atteignait 168% dans les établissements régionaux. Cf. *Estatísticas prisionais 1992. Análise e comentário*, Ministério da Justiça. Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, Julho de 1993. p. 2.

contentieux de masse pour lesquels les solutions traditionnelles étaient bien désadaptées.

Ce trop-plein des prisons dont le citoyen s'alarme ou se scandalise au fur et à mesure des mutineries et des étés chauds, est sans doute le signe évident d'une crise institutionnelle profonde. La surcharge semble sévir à tous les niveaux de l'appareil répressif².

La France et le Portugal ont dû faire face à cet état de fait comme la plupart des pays voisins.

C'est avec beaucoup de ferveur que les États européens développent des politiques réductionnistes contre ce trop carcéral, impulsées par les recommandations du Conseil de l'Europe.

C'est ainsi qu'en 1980³, il invitait les États membres à décriminaliser soit *de jure* soit *de facto* certains comportements, en même temps qu'il encourageait la dépénalisation, conçue ici dans le sens d'une désescalade à l'intérieur du système pénal susceptible de prendre plusieurs formes.

C'est dans le cadre de cette dépénalisation qu'est apparue la politique des alternatives à l'emprisonnement déjà envisagée dans la résolution (76) 10⁴.

La politique pénale des deux pays s'est alors rapprochée au cours de ces deux dernières décennies, leur cheval de bataille étant d'éviter le recours systématique à l'incarcération, quelles qu'en soient les modalités.

En contournant la trilogie police-justice-prison, on essaie aussi de repositionner l'éternel problème du droit de punir et de la fonction de la peine.

Le droit de punir se distingue du pouvoir de punir dans la mesure où le premier renvoie à la légitimité et aux légitimations de l'État dans son action de punir, alors que le second correspond aux origines de cette action.

Pourtant, depuis l'apparition du droit pénal moderne "la question du droit de punir a absorbé l'interrogation sur le pouvoir de punir"⁵. Si au XIX^e siècle le monopole de l'État sur la pénalité servait à légitimer son droit de punir, un autre monopole voyait le jour: "la colonisation de la pénalité par la prison"⁶.

² Voir l'avant-propos du dossier constitué par Mme **Claude FAUGERON**, *Les politiques pénales*, Problèmes politiques et sociaux n.° 688, Paris, La Documentation française, 2 octobre 1992.

³ Voir rapport sur la décriminalisation, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980.

⁴ Sur certaines mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1976.

⁵ **PONCELA (P.)**, "Droit de punir et pouvoir de punir: une problématique de l'État", *Archives de Philosophie du droit*, tome 28, Sirey, 1983, p. 125.

⁶ **FOUCAULT (M.)**, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 119.

C'est donc contre cette colonisation que s'insurgent certains courants doctrinaux, le plus connu étant celui de la Défense sociale nouvelle dont les objectifs visent doublement l'institution carcérale.

Il s'agit d'abord de promouvoir la prison, conçue comme un mode de réaction subsidiaire au phénomène criminel, celle-ci ne devant plus être seulement ce lieu de souffrances obscur où le crime se paie.

Ensuite devait naître de ce mouvement "humaniste", une option de politique pénale à laquelle les législateurs français et portugais ont adhéré: l'ouverture du droit pénal à d'autres formes de pénalités, autant de visages de la répression, autre manifestation du principe de la prison comme *ultima ratio*.

La Défense sociale nouvelle a ainsi contribué au rapprochement des politiques pénales des deux pays. Si **Marc ANCEL** a eu une influence considérable dans les réformes de ces dernières années en France⁷, son nom figure parmi les penseurs du droit pénal que cite expressément, dans son introduction, le nouveau code pénal portugais de 1982.

C'est ainsi qu'ont vu le jour deux tendances communes visant à réduire l'enfermement. D'une part, la politique qui vise à limiter le recours à la détention provisoire (Chapitre 1) dans la mesure où le phénomène de la surpopulation carcérale lui est intimement lié⁸. Et d'autre part, la politique des alternatives à l'emprisonnement (Chapitre 2) qui touche plus particulièrement les courtes peines⁹, permettant de mieux individualiser la sanction.

⁷ Cf.: **LEVASSEUR (G.)**, "L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine", *R.S.C.* 1991, pp. 9-24.

⁸ L'examen des statistiques montre que la détention provisoire est le mode "normal" de l'incarcération. Ainsi en France comme au Portugal, la mise en détention avant jugement est la voie la plus courante d'entrée en prison (71,9% en 1987 pour la France contre 80,7% pour le Portugal). Cf. *Bulletin d'information pénitentiaire*, n.º 15, Conseil de l'Europe, Strasbourg, septembre, 1990, p. 11.

⁹ La notion de courte peine est loin d'être précise. La plupart des pays européens s'accordent sur une durée de 6 mois. Pour la France, voir en ce sens les travaux préparatoires de la loi n.º 75-624 du 11 juillet 1975 (ancien art. 43-1 à 43-6 du C.P.) ainsi que sa circulaire d'application du 25 décembre 1975. Au Portugal, l'article 43 du nouveau Code pénal pose le principe de la substitution de la peine d'amende aux peines privatives de liberté de moins de 6 mois. Cependant, la doctrine n'est pas toujours unanime pour reconnaître ce seuil. Ainsi Mr. **Jean PINATEL**, considérant que le choc de l'emprisonnement s'épuiserait après trois mois de détention, prend cette durée comme terme des courtes peines. Cf. "Peines de substitution et criminologie", *R.I.C.P.T.*, 1984, n.º 4, p. 467. A noter aussi qu'en France, l'article 132-18 al. 2 du projet de code pénal de 1986, dans un objectif de lutte contre les courtes peines entendait rendre exceptionnel le prononcé des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à 4 mois. Dans le nouveau code pénal de 1992, le concept de courte peine est parfois de 6 mois: Voir l'article 132-57.

Comme le souligne Mr. **Jean PINATEL**¹⁰, il est préférable de parler d'alternatives à l'emprisonnement car un choix est offert au juge entre la prison et d'autres mesures. On ne peut parler de peines de substitution que si le législateur supprime au préalable l'emprisonnement et envisage effectivement son remplacement.

Il est vrai que dans le code pénal portugais de 1982¹¹, le minimum de la peine privative de liberté est d'un mois. Ainsi, et sous réserve des sanctions administratives nées du vaste mouvement de dépenalisation, on peut parler de peines de substitution pour l'exemption de peine et l'amende¹².

Le nouveau code pénal français de 1992, quant à lui a supprimé l'indication du minimum des peines et affirme de ce fait la liberté du juge dans la détermination de la sanction. Il a par ailleurs tiré toutes les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 28 novembre 1973¹³ en écartant l'emprisonnement en matière contraventionnelle. Dans ce cas, on peut désormais parler de l'amende en tant que peine de substitution¹⁴.

D'ailleurs, il semble que le Parlement, lors du vote du code pénal, ait voulu bannir l'expression de "peines de substitution", en préférant plutôt les envisager comme peines alternatives¹⁵. De plus, ce qui est nouveau, c'est que les peines de l'article 131-6 du code pénal peuvent également se substituer à l'amende correctionnelle¹⁶.

Il en va de même pour l'amende au Portugal qui peut être remplacée soit par l'admonestation, soit par le travail au profit de la communauté¹⁷.

¹⁰ **PINATEL (J.)**, Ibid. Cette terminologie a été également employée par Mr. **Jean PRADEL** dans une chronique intitulée "Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi n.° 83-466 du 10 juin 1983", *Dalloz*, 1984, chr., p. 111.

¹¹ L'article 40 n.° 1 du code pénal fixe le minimum de la peine privative de liberté à un mois et le maximum à 20 ans.

¹² La partie spéciale du code prévoit de façon exceptionnelle des infractions qui ne donnent lieu qu'à une peine d'amende (art. 409, n.° 3, et 429).

¹³ *Dalloz*, 1974, II, p. 269.

¹⁴ D'ailleurs, pour les contraventions de 5.^a classe, il existe maintenant des "peines de substitution" à l'amende. En effet, l'article 131-14 du code pénal énonce toute une série de peines privatives ou restrictives de droits qui rappellent celles applicables en matière correctionnelle.

¹⁵ Il a modifié la rédaction initiale de l'article 131-6. L'emprisonnement n'est plus "remplacé" par ces peines, mais elles peuvent être "prononcées" dès lors qu'un emprisonnement est encouru.

¹⁶ Ceci en raison de la combinaison des articles 131-7 et 131-9 alinéa 2 du nouveau code pénal.

¹⁷ Pour les amendes jusqu'à trois mois dans les deux cas.

Mais au terme de tous ces efforts réalisés pour limiter le recours à l'emprisonnement en France comme au Portugal en développant le recours aux alternatives, l'inflation carcérale demeure, symptôme d'une pathologie difficilement réversible¹⁸.

Et le *mythe fondateur de la prison pour peine* n'est plus. "La prison est banalisée comme le lieu ultime de l'exclusion sociale, la réponse irréductible à ce qui ne peut être traité autrement"¹⁹. Bref, le "bon cachot" instrument humaniste d'amendement du condamné a fini par révéler ce qu'il est avant tout: un lieu de sûreté²⁰, proche des oubliettes.

¹⁸ Il semble que la France et le Portugal soient les pays d'Europe qui connaissent le taux de détention provisoire le plus élevé: 35,6 prévenus pour 100 000 habitants au 1^{er} septembre 1989. Cf. **Pierre TOURNIER**, "Statistiques sur les populations carcérales dans les États membres du Conseil de l'Europe", *Bulletin d'information pénitentiaire*, n.º 13 et 14, Conseil de l'Europe, 1989, pp. 13-18.

Par ailleurs, c'est surtout l'allongement de la durée des peines accomplies en prison qui provoque la surpopulation actuelle, difficilement jugulable. Voir *Bulletin d'information pénitentiaire*, n.º 15, Conseil de l'Europe, Strasbourg, Septembre, 1990, p. 13-14.

¹⁹ **FAUGERON (C.), LE BOULAIRE (J. M.)**, "Prisons, peines de prison et ordre public", op. cit., p. 29.

²⁰ La législation française connaît depuis 1978 des périodes de sûreté, pendant lesquelles la durée de la peine exécutée est incompressible.

CHAPITRE 1

LIMITER LE RECOURS À LA DÉTENTION PROVISOIRE

Il était une fois, dans le code d'Instruction Criminelle français, un oubli: le principe de la légalité en matière d'atteintes à la liberté de l'inculpé¹.

Ainsi, était laissé au juge, et ce de manière délibérée, le pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la mise en détention préventive pendant l'instruction tout comme celui de la concession de la liberté provisoire. Cet oubli n'était pas innocent car le système de l'époque était inquisitoire quant à l'instruction. Dès la fin du XIX^e la Chancellerie s'était inquiétée du développement de la détention préventive.

De nos jours, aussi bien en France qu'au Portugal, le recours à l'incarcération avant jugement est soigneusement délimité dans les textes. Certes, les idées legalistes se sont affirmées au fil des réformes, mais la détention provisoire subsistait comme une pratique difficilement contournable et parfois alarmante du point de vue des statistiques. Contraints d'agir beaucoup plus en profondeur, les législateurs ont utilisé les mêmes techniques qui visent d'une part à dissocier les fonctions au niveau de l'instruction (section 1). La volonté de réduire la détention provisoire aboutit

¹ DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.) "Le principe de la Légalité en matière d'atteintes à la liberté de l'inculpé: l'histoire d'un oubli", op. cit., pp. 13-30.

parfois à l'instauration d'un véritable juge "des libertés". D'autre part, ils ont, de concert, développé des substituts à l'incarcération avant jugement autant de remèdes diversifiés (section 2) contre ce "mal" qui semble universel.

Section 1:

Dissocier les fonctions au niveau de l'instruction

Cette dissociation recherchée a sa raison d'être: il apparaît une corrélation évidente entre le fait d'être inculqué et le fait d'être détenu avant le jugement (§ 1). Les différentes fonctions attribuées souvent à une même autorité d'instruction ne sont pas forcément compatibles. Eviter la confusion de pouvoirs, c'est aussi éviter le recours systématique à la détention provisoire par une meilleure distribution des rôles (§ 2).

§ 1 • La corrélation inculpation / détention

Cette corrélation était parfois avouée dans les textes eux-mêmes et nous citerons l'exemple de la législation portugaise (B), même si la notion formelle d'inculpation est ignorée du droit portugais. On parlera néanmoins d'inculpé dans les deux cas² en retenant la définition suivante: est inculqué celui à qui est imputée une infraction. La pratique française nous permet de vérifier la coïncidence entre l'inculpation et la détention provisoire (A).

A • Une corrélation vérifiée en pratique

En France, l'inculpation était un moment décisif par lequel la personne qui jusque-là est seulement suspectée d'avoir commis l'infraction devient le défendeur du procès pénal à la suite d'une décision du magistrat. Outre l'avis donné à la personne poursuivie que l'action publique est engagée contre elle, l'inculpation présentait deux autres aspects dans le code de procédure pénale: elle donne naissance aux droits de la défense et à la notification de charges.

² Pour des raisons de simplification de l'exposé et ceci malgré le changement de terminologie opéré par la loi du 4 janvier 1993.

C'est à partir de ce stade que l'inculpé accédait depuis la loi de 1897 à l'exercice des droits de la défense, dans la mesure où, par ailleurs, l'inculpé pouvait se voir appliquer des mesures coercitives.

Le juge d'instruction était l'autorité habilitée à inculper une personne à l'encontre de qui existaient des indices graves et concordants de culpabilité³, mais également à placer l'inculpé en détention provisoire. Cette inculpation avait lieu au cours de l'interrogatoire de première comparution (article 114 ancien du code de procédure pénale). Le juge devait mentionner la nature et l'étendue des faits reprochés ainsi que leur qualification pénale. Le droit essentiel d'être assisté d'un avocat qui aura accès au dossier, naissait à ce moment-là⁴.

En pratique, le placement en détention provisoire concernait en 1990, 42% des inculpés⁵. Elle était décidée *ab initio*, c'est-à-dire dès la saisine du juge d'instruction, dans trois cas sur quatre lorsque les faits constituent un crime ou un délit et dans deux cas sur trois pour les non-lieux. Il y a donc une corrélation évidente d'après ces chiffres entre inculpation et détention. Celle-ci est maintenue jusqu'à la clôture de l'instruction dans deux tiers des cas⁶.

En matière criminelle, la détention provisoire est la règle puisqu'elle touchait, toujours en 1990, 90% des inculpés alors qu'en matière délictuelle, elle prédomine sur la liberté dans 44% des cas.

De plus, on constate que la mise en détention est beaucoup plus fréquente chez les étrangers puisqu'elle concernait 64% d'entre eux contre 40% seulement des Français⁷.

Pour ce qui est des pratiques portugaises, nous ne connaissons pas la proportion exacte des détenus provisoires par rapport aux inculpés (*arguidos*). Les statistiques montrent des taux de prévenus par rapport aux condamnés dans la population carcérale, moins élevés qu'en France pour

³ Depuis la loi n.º 87-1062 du 30 décembre 1987 qui a créé la catégorie intermédiaire de "témoin assisté", il semblerait que la notion d'inculpé était unique et ne visait que les personnes contre lesquelles existent, selon l'ancien article 105 du code de procédure pénale des indices graves et concordants de culpabilité. La loi n.º 93-2 du 4 janvier 1993 a abrogé cet article.

⁴ Depuis la loi du 30 décembre 1987, le "témoin assisté" pouvait se défendre sans qu'il soit besoin de l'inculper, lorsque le juge d'instruction informe une affaire à partir d'une plainte avec constitution de partie civile.

⁵ Voir une étude de la sous-direction de la statistique du Ministère de la Justice "le choix de la mesure d'instruction", publiée in *Infostat Justice* n.º 26, nov.-déc. 1991.

⁶ Voir en Annexes tableau n.º 2.

⁷ Voir tableau n.º 3, en Annexes.

l'année 1990 (45,7% en France et 28,2% au Portugal ⁸). Mais, le taux portugais était, avant l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale, plus élevé (en 1986 les prévenus représentaient 45,1% des individus incarcérés). Les raisons exactes de cette baisse sont multiples; cependant on peut soutenir que c'est la suppression de la catégorie des crimes dits incautionnables dans le nouveau Code de procédure qui l'explique en partie ⁹. Ce qui nous amène à voir la corrélation qui était affirmée dans les textes portugais entre le fait d'être inculqué et le fait d'être détenu.

B • Une corrélation parfois avouée dans les textes

Au Portugal, le principe de la légalité de la détention provisoire était dès 1975 ¹⁰ renforcé par la création d'une catégorie d'infractions pour lesquelles elle devait s'appliquer automatiquement.

Le décret-loi n.° 477/82 du 22 novembre 1982 reprenait cette idée, malgré les critiques virulentes de la part de la doctrine quant à l'inconstitutionnalité de telles dispositions ¹¹. En effet, l'article 28, n.° 2, de la Constitution de la République Portugaise, disposait que "la détention pro-

⁸ Les écarts entre le taux de prévenus dans les respectives populations carcérales sont parfois considérables (voir en Annexes, tableau n.° 1). On peut dire à la lecture des statistiques qu'en règle générale, le Portugal accuse un taux de détention provisoire moins élevé qu'en France. Cependant, la tendance actuelle est à une aggravation de la situation, car fin 1992, il était de 36% contre 32,7% en décembre 1991. Cette aggravation est encore plus sensible chez les femmes, puisqu'en décembre 1992, 62% des femmes dans les prisons portugaises étaient des prévenues, contre 50,3% en 1991 (voir en Annexes, tableau n.° 4). De même chez les jeunes de moins de 21 ans: 55% fin 1992, contre 52% en 1991.

⁹ En partie, car il y a en même temps une incontestable augmentation du nombre des condamnés. De la même façon, la célérité processuelle due à l'instauration par le nouveau code de procédure pénale de 1987 de délais rigoureux pour chaque phase du procès pénal, explique cette réduction de la proportion des prévenus.

¹⁰ Décret-loi n.° 274/75 du 4 juin 1975 et décret-loi n.° 377/77 du 6 septembre 1977.

¹¹ Notamment **TAVARES DE ALMEIDA (J.)**, "A precaridade da prisão preventiva e os delitos incaucionáveis", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, set.-dez., 1982, pp. 727-745. **CASTRO E SOUSA (J.)** "A prisão preventiva e outros meios de coacção", *B.M.J.*, n.° 337, 1984, pp. 45-71. **MOREIRA DOS SANTOS (G.)**, "A prisão preventiva", in *Para uma nova Justiça penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, pp. 177-188. **TORRES (M.)** "A prisão preventiva", *Justiça*, 1987, n.° 1, pp. 23-30. Cependant, certains auteurs n'étaient pas de cet avis, voir contra, Monsieur **RODRIGUES MAXIMIANO**. "A prisão preventiva", in *Jornadas de Processo Penal, Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.° 2, Lisboa, 1987, pp. 175-219.

visoire ne doit pas se maintenir chaque fois qu'elle peut être remplacée par une mesure de caution ou de liberté provisoire prévue par la loi" ¹².

De toute façon, le Tribunal Constitutionnel s'était prononcé en faveur de la constitutionnalité du décret-loi n.º 477/82 sur ce point, dans une décision du 28 janvier 1987 ¹³.

L'augmentation de la proportion des prévenus par rapport aux condamnés était analysée par bon nombre d'auteurs ¹⁴ comme une résultante de ce décret-loi qui déclarait la détention provisoire applicable de plein droit aux crimes passibles d'une peine de prison maximale supérieure à huit ans, ainsi qu'à diverses infractions énumérées ¹⁵.

Avant 1988, date à laquelle était entré en vigueur le nouveau code de procédure pénale, existait ainsi au Portugal une corrélation entre le fait de se voir imputer une infraction pénale et le fait d'être détenu qui était particulièrement visible en ce qui concerne la commission de certaines infractions. Cette corrélation était affirmée dans les textes avant la Constitution de 1976 et la jurisprudence constitutionnelle l'avait assez curieusement confirmée.

Dans la décision du 28 janvier 1987 précitée, le Tribunal Constitutionnel estime que la loi peut parfaitement déterminer les cas où la détention provisoire ne peut pas être substituée. La restriction du droit à la liberté de l'inculpé doit cependant respecter les dispositions de l'article 18, n.º 2, de la Constitution qui fixe d'une manière générale le régime applicable aux restrictions apportées aux droits, libertés et garanties contenues dans le catalogue constitutionnel. La restriction prévue par le décret-loi n.º 477/82 a été considérée comme conforme aux préceptes constitutionnels dans la

¹² Traduction personnelle. La deuxième révision constitutionnelle de 1989 a modifié l'article 28 n.º 2 in fine: ...ou par une autre mesure quelconque plus favorable prévue par la loi (traduction personnelle). Sur les deux rédactions voir. *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris ed., Lisboa, 1989, p. 23.

¹³ Publiée au *B.M.J.* n.º 363, 1987, pp. 220-228. Également au *Diário da República*, II Série, n.º 80, 6 avril 1987.

¹⁴ Voir entre autres **GERSÃO (E.)**, "Política criminal e prisão", *Justiça*, 1987, n.º 1, pp. 31-43. **CASTRO E SOUSA (J.)**, *ibid.* Une autre raison de l'augmentation du recours à la détention provisoire était les larges fourchettes parfois contenues dans le nouveau code pénal de 1982 entre le minimum et le maximum de la peine, comme c'est le cas par exemple du vol qualifié puni d'emprisonnement d'un an à dix ans. Nous reviendrons ultérieurement sur la très contestée rédaction de l'article 297 du code pénal portugais.

¹⁵ Parmi lesquelles, le vol de véhicules ou des pièces et accessoires lui appartenant, de même que les objets ou valeurs qu'on y aurait laissé.

Dans ces cas, la détention provisoire pouvait être suspendue sous certaines conditions.

mesure où les crimes incautionnables sont des plus graves (passibles d'une peine de prison dont le maximum est supérieur à huit ans) et par conséquent forcément réduits en nombre.

Heureusement, le nouveau code de procédure pénale a supprimé cette catégorie tout en clarifiant le statut de l'inculpé qui jusque là n'était pas défini avec précision ¹⁶.

Quant à l'autorité chargée d'inculper le suspect, elle coïncidait parfois dans le passé avec celle qui était chargée de placer en détention provisoire. Quelques précisions méritent ici d'être apportées sur la législation antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale.

La structure procédurale traditionnelle portugaise était incontestablement marquée du sceau de l'autoritarisme et avait un caractère fortement inquisitoire. Ainsi le code de procédure pénale de 1929 engendrait dans un premier temps un système dans lequel un juge concentrait les pouvoirs de poursuite, d'information et même de jugement ¹⁷. La corrélation entre l'inculpation et la détention apparaissait sous une forme éclatante.

Après 1945, le système bascula en faveur de la croissance des pouvoirs du Ministère Public (organe de l'exécutif) et de la police. Si bien que les autorités susceptibles de placer les individus en détention provisoire, ne cessaient pas de se multiplier ¹⁸.

¹⁶ En effet, la législation antérieure au nouveau code de procédure pénale contenait une confusion terminologique dans la mesure où étaient utilisés de manière indifférenciée les termes de *suspeito* (suspect), *arguido* (inculpé), *acusado* (accusé), ou *réu* (défendeur). Cette confusion avait cependant été atténuée avec le décret-loi n.° 185/72 du 31 mai 1972 qui explicitait la notion juridique de *arguido* (inculpé). D'après ce texte est inculpé celui "contre qui existe une forte suspicion d'avoir perpétré une infraction, dont l'existence soit suffisamment prouvée" (traduction personnelle). Le nouveau code de procédure pénale ne reprend pas cette définition, mais il faut la tenir pour établie chaque fois qu'on parle de *arguido*. Par ailleurs, l'article 57 dispose désormais qu'à la qualité d'inculpé toute personne contre qui est formée l'accusation ou est requise une instruction dans le procès pénal. Les articles 58 à 61 explicitent les cas d'inculpation obligatoire ou non ainsi que la position processuelle de l'inculpé avec ses droits et devoirs respectifs. Sur le statut de l'inculpé, voir **GONÇALVES DA COSTA (J.)**, "O estatuto de arguido no projecto de código de processo penal (uma primeira leitura) in *Jornadas de processo penal, Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.° 2, Lisboa, 1987, pp. 245-299.

¹⁷ C'était ainsi "un juge-orchestre", voir: **BARREIROS (J. A.)**, "La phase préparatoire du procès pénal au Portugal", *Revue Internationale de Droit pénal*, 1985, n.° 1 et 2, pp. 201-212.

¹⁸ Cf. la communication de Madame **Eliana GERSÃO**, "La détention avant le jugement au Portugal", présentée à la 5.° section du VIII° Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Pescara, 29 août-5 septembre, 1970, 34 p.

La révision de la Constitution en 1971, instaura un système plus libéral et créa un juge d'instruction à l'essai, d'inspiration française. Une loi de 1972, institua dans certaines villes ce juge qui avait surtout compétence pendant l'instruction préparatoire en matière d'atteintes à la liberté de l'inculpé et dirigeait l'instruction contradictoire, tandis que l'instruction préparatoire restait menée par le parquet, voire même par les autorités policières. Le but de cette instruction contradictoire était justement de permettre à l'inculpé de détruire l'accusation portée à son encontre. C'était à ce stade que naissaient véritablement ses droits de la défense.

Avec la Révolution de 1974, on a eu pour souci premier de créer l'enquête préliminaire à l'image de son homologue française. Elle était dirigée par le Ministère Public et menée par la police. Le problème était qu'en pratique elle était devenue une instruction préparatoire dépourvue des garanties légales accordées à l'inculpé.

La Constitution de 1976 finalement fit évoluer le système vers la structure accusatoire avec l'idée cependant que toute instruction était de la compétence d'un juge d'instruction. L'originalité de la phase préparatoire du procès pénal après la Constitution était la prépondérance du juge d'instruction qui dirigeait l'instruction préparatoire, décernait les mandats et contrôlait l'accusation du Ministère Public. Mais pour les affaires moins graves, c'était le ministère public qui réalisait l'information à travers l'enquête préliminaire, sauf si l'inculpé était en prison car l'arrestation rendait l'instruction préparatoire obligatoire. Quant à l'instruction contradictoire, elle était tombée en désuétude.

Si bien que le système antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale, concentrait entre les mains du juge d'instruction, à l'image de ce qui se passait en France, le pouvoir d'inculper et de détenir.

Si aujourd'hui, la corrélation n'a pas été complètement supprimée, le pouvoir de détenir et d'inculper se trouve partagé entre les diverses autorités processuelles.

Ainsi, a le statut d'inculpé d'après l'article 58, n.º 1, b), du nouveau code de procédure pénale, celui à l'encontre de qui le juge d'instruction doit appliquer une mesure coercitive ou de garantie patrimoniale.

Mais le statut d'inculpé existe par ailleurs en dehors d'une quelconque intervention du juge d'instruction. Se manifeste alors une tendance de la politique pénale, commune aux deux pays, qui va dans le sens d'une redistribution des pions de l'échiquier pénal.

§ 2 • *La dissociation par une redistribution des pouvoirs*

Cette dissociation est apparue d'abord au Portugal avec le nouveau code de procédure pénale de 1987. Il s'agit d'une dissociation maximale, dans la mesure où les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels sont confiés à des autorités différentes (A). La France n'a pas réussi à aller aussi loin même si l'idée était présente dans les commissions de réforme. Seule une dissociation minimale, concernant le pouvoir d'inculper et de détenir (B) a été envisagée par le Législateur.

A • Pouvoirs d'enquête et pouvoirs juridictionnels

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le projet **DONNEDIEU DE VABRES** proposait de séparer les fonctions d'information et les fonctions juridictionnelles. L'idée était audacieuse pour l'époque, mais malheureusement elle supposait une refonte d'ensemble de toute la procédure pénale française. Quand, à l'issue de ses travaux, la Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme" rendit en juin 1990 son rapport définitif sur la mise en état des affaires pénales, la parenté avec le projet de 1949 fut soulignée¹⁹. On constate alors dans ses propositions (2), un rapprochement incontestable avec la procédure pénale portugaise qui, elle, a été complètement remaniée en 1987 (1).

1 – *Le nouveau code de procédure pénale portugais (décret-loi n.° 78/87 du 17 février 1987)*

Ce code a repris presque intégralement le projet élaboré par la Commission de réforme de l'ancien code de 1929, instituée en 1983 et présidée par le Professeur **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS**.

Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988 avec une législation complémentaire relative au Ministère Public, au régime du jury, aux expertises médico-légales, à la police judiciaire, à l'organisation des tribunaux judiciaires et à l'aide judiciaire.

¹⁹ Voir **COUVRAT (P.)**, "Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la Commission justice pénale et Droits de l'Homme", *A.P.C.*, n.° 13, 1991, pp. 67-73.

La structure fondamentale du procès pénal portugais ²⁰ est essentiellement accusatoire et intègre le principe de l'investigation faite par l'État. Cette structure accusatoire est un impératif constitutionnel, puisque l'article 32, n.º 5, de la Constitution de la République portugaise dispose que le procès criminel a une structure accusatoire.

L'innovation de ce code est de séparer les fonctions d'investigation et d'instruction. Désormais la phase préparatoire du procès pénal est placée entre les mains du Ministère Public et prend la forme d'une enquête obligatoire pour toutes les infractions. Auparavant, on distinguait selon la gravité des infractions, les infractions les plus graves (dont la peine maximale encourue était supérieure à 3 ans) étant instruites par le juge d'instruction ²¹.

Le Ministère Public enquête bien évidemment avec la collaboration des organes de police criminelle qui sont sous sa dépendance fonctionnelle (article 263) ²².

Quant à l'instruction, elle est désormais unifiée en instruction contradictoire toujours facultative. Sa finalité est de contrôler l'option prise par le Ministère Public à l'issue de l'enquête (article 286) qui est soit l'accusation et le renvoi en jugement, soit le classement de l'affaire.

Donc, cette seconde phase préparatoire qui peut avoir lieu à la demande du prévenu ou de l'assistant ²³, fait apparaître l'instruction comme un droit des parties. Elle n'est pas une seconde phase d'investigations et ses caractéristiques nous montrent qu'en fait les pouvoirs du juge d'instruction por-

²⁰ Sur la procédure pénale portugaise, voir: **SOUTO DE MOURA (J.)**, "Le procès pénal au Portugal", in *Procès pénal et droits de l'Homme, Vers une conscience européenne*, Sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992, pp. 91-107.

²¹ Cette séparation des fonctions instaurée par le nouveau code de procédure pénale a parfois donné lieu à des conflits de compétence ... négative. Voir l'arrêt de la Cour suprême du 27 septembre 1989, *B.M.J.*, n.º 389 (1989), pp. 526-531.

²² A propos de leur relations, voir: **BERNARDO COLAÇO (A.)**, "O Ministério Público e as polícias no quadro do futuro código de processo penal", in *Jornadas de processo penal, Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.º 2, Lisboa, 1987, pp. 115-123.

²³ L'assistant est une figure typique et traditionnelle de la procédure pénale portugaise. Son statut illustre la dominante accusatoire du système, puisqu'il peut être soit la victime directe ou indirecte de l'infraction, soit la personne dont la plainte ou l'accusation est nécessaire (article 68 du C.P.P.). Dans certains procès comme celui de corruption toute personne peut se constituer assistant. Son rôle est comme son nom l'indique d'assister l'accusation publique. Sur cette question, voir:

MIRANDA RODRIGUES (A.), "L'assistant, une curiosité du droit procédural portugais", in *Quelques aspects des Sciences criminelles*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, Paris, Cujas, 1990, p. 183 et s.

tugais sont essentiellement juridictionnels. Selon certains, la démarche de preuve est exclue de l'instruction. Elle vise plutôt à apprécier à nouveau la preuve de l'enquête et ceci de manière contradictoire ²⁴.

En effet, l'instruction portugaise est un contrôle juridictionnel de l'accusation du Ministère Public et prend également l'allure d'un recours entre les mains des parties privées du procès pénal ²⁵.

Le juge d'instruction est alors un juge de l'instruction qui contrôle mais aussi un juge des libertés, car pendant l'enquête il peut intervenir pour autoriser, ordonner ou réaliser des actes qui touchent directement aux libertés.

Cette déjuridictionnalisation de l'information a été officiellement contestée par le syndicat des magistrats du Ministère Public qui estimait inconstitutionnelle sur ce point et incorrecte la réforme de la procédure pénale.

Il est vrai que l'article 32, n.º 4, de la Constitution de la République portugaise dispose que toute l'instruction doit être de la compétence d'un juge. Le syndicat estimait que l'ancien système présentait davantage de garanties en raison de la complète indépendance des magistrats du siège.

Cette critique était celle qui fut principalement dirigée contre le projet **DONNEDIEU DE VABRES** en France. Certes, le Ministère Public au Portugal était avant la révolution de 1974 complètement dépendant du pouvoir exécutif. Mais la Constitution de 1976, surtout lors de sa deuxième révision en 1989, lui a garanti une autonomie appréciable qui est presque totale ²⁶.

Notons d'abord que les deux carrières sont séparées, le choix de faire partie du parquet ou du siège étant fait dès la sortie du Centro de Estudos Judiciários (Ecole de la Magistrature). Le Ministère Public jouit d'une autonomie organique et fonctionnelle qui atteste bien de l'indépendance actuelle de cette magistrature ²⁷.

²⁴ **SOUTO DE MOURA (J.)**, "Le procès pénal au Portugal", op. cit., p. 104.

²⁵ Les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction ont été particulièrement soulignés par Monsieur **SOUTO DE MOURA (J.)** "Inquérito e instrução " in *Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 83-145.

²⁶ L'actuel article 221 n.º 2 de la Constitution dispose "Le Ministère Public jouit d'un statut propre et d'une autonomie dans les termes de la loi" (traduction personnelle).

²⁷ Voir: **DA CUNHA RODRIGUES (J. N.)**, "Les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale au Portugal", *R.I.D.P.*, vol. 60, 3.º et 4.º trimestres de 1989, pp. 943-952.

L'autonomie organique résulte du fait que les magistrats ne dépendent pas du Ministre de la Justice, mais d'une hiérarchie qui leur est propre à la tête de laquelle est nommé le Procureur de la République. Autonomie fonctionnelle car le Ministre de la Justice ne peut donner que des instructions d'ordre général au Procureur de la République. Elles sont écrites et prises par voie de circulaires et ne concernent jamais de cas concret. Si bien, qu'en pratique, le fonctionnement du Ministère Public n'est pas affecté par ces instructions qui d'ailleurs sont rares et relèvent plutôt de la politique criminelle.

De plus, son statut professionnel a été clarifié par le code de procédure pénale. Le préambule parle d'une authentique magistrature soumise au devoir d'objectivité et non pas d'une partie au procès. Par ailleurs l'article 53 n.º 1 du code de procédure pénale fixe ses compétences: il doit collaborer avec le tribunal à la manifestation de la vérité et à la réalisation du droit, obéissant dans toutes ses interventions procédurales au critère de la stricte objectivité.

La Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme", avait entendu certaines personnalités étrangères dans le cadre de son rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales. Parmi elles figurait Monsieur **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS**. Les conclusions auxquelles est parvenue la Commission en ce qui concerne la séparation des fonctions atteste de ce rapprochement des politiques pénales.

2 – Les propositions de la Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme" (1988-1990)

On a déjà souligné les similitudes entre certains points du projet **DONNEDIEU DE VABRES** et les propositions de la Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme". L'innovation majeure du projet était le principe de séparation entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs de juridiction qui viendrait ici se substituer au principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction.

Ainsi, les fonctions d'enquête étaient confiées au Ministère Public et le juge d'instruction devenu le juge de l'instruction conservait uniquement des pouvoirs juridictionnels. Par ailleurs, c'était également le parquet qui était compétent pour placer en détention provisoire.

La Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme" dans son rapport préliminaire estima bon de rappeler les raisons de l'échec de ce pro-

jet qui fut unanimement critiqué par les universitaires et les professionnels du Droit.

La principale critique était surtout la crainte d'une mainmise du pouvoir exécutif sur l'instruction, dans la mesure où le projet consacrait une "dépendance du magistrat instructeur à l'égard de l'exécutif, responsable du maintien de l'ordre"²⁸.

Il est vrai que si les postulats de départ du projet **DONNEDIEU DE VABRES** et de la Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme", comme le souligne Mr. **Pierre COUV RAT**²⁹, sont les mêmes et si des mesures radicales sont préconisées dans les deux cas, les solutions sont en réalité bien différentes. Le rapprochement que l'on constate s'arrête à cette volonté, de part et d'autre, de concentrer les pouvoirs d'investigation entre les mains du parquet.

En effet, après avoir démontré l'incompatibilité des fonctions d'investigation et des fonctions juridictionnelles et la confusion des rôles qui s'est installée au fil de l'évolution dans notre système actuel, la Commission propose d'unifier la procédure pénale autour de quatre propositions indissociables³⁰: 1) – Instituer un nouveau Ministère Public. 2) – Donner à la défense une capacité d'initiative accrue. 3) – Harmoniser le régime de l'action civile des victimes. 4) – Renforcer le pouvoir du *juge* dans le contrôle de la mise en état des affaires pénales et la protection des libertés individuelles.

L'idée est une différenciation plus nette des fonctions de chacun des acteurs avec un renforcement de leurs prérogatives respectives. Le choix fait par la Commission de retenir le principe de séparation entre les fonctions au niveau de l'instruction s'explique surtout par la notion d'impartialité. Elle est l'essence même de la fonction juridictionnelle et ne peut être complètement garantie si le juge est aussi enquêteur.

C'est pourquoi, le Ministère Public voit concentrer entre ses mains les fonctions d'investigation qui sont élargies par rapport à celles dont il dispose déjà, mais sous le contrôle du *juge* qui peut dessaisir le Ministère Public. Par ailleurs, celui-ci voit ses fonctions juridictionnelles renforcées

²⁸ **DONNEDIEU DE VABRES (H.)** "La réforme de l'instruction préparatoire", *R.S.C.*, 1949, p. 501.

²⁹ **COUV RAT (P.)** "Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme", *op. cit.*, p. 73.

³⁰ Voir les extraits du rapport **DELMAS-MARTY** sur la mise en état des affaires pénales in *A.P.C. n.° 13*, 1990, pp. 75-114.

puisqu'il devient un juge des libertés individuelles (2.4. de la première partie du rapport).

Quant à la question de l'indépendance du nouveau Ministère Public par rapport à l'exécutif, la Commission propose des garanties statutaires qui pourraient être prises par voie législative, tout en estimant qu'un réaménagement constitutionnel serait souhaitable (2.1.2. de la première partie du rapport).

Les propositions de la Commission furent accueillies parfois avec un regard sceptique³¹, reprochant pour l'essentiel de vouloir instaurer un système trop favorable aux droits de la défense. Cependant, le principe même de la séparation des fonctions d'enquête et des fonctions juridictionnelles est par ailleurs approuvé: "Les magistrats du parquet sont plus aptes que les juges d'instruction à mener les recherches, sinon plus ... Second avantage de la proposition: on alignerait le droit sur le fait puisque dans une large mesure, c'est le Ministère Public qui procède aux investigations ..." ³².

C'est sans doute l'abolition du juge d'instruction qui suscita le plus de polémiques. Bien accueillie par certains qui tirent argument du droit comparé³³, moins bien par d'autres³⁴, cette position n'a pas retenu l'unanimité même au sein de la Commission. Ainsi, Mr. **BRAUNSCHWEIG** a émis une opinion divergente qui est annexée au rapport. Il reprend l'idée de la création d'une chambre d'instruction compétente chaque fois qu'il est question d'atteinte à la liberté individuelle.

Le Législateur n'a pas suivi les propositions de la Commission sur le transfert au parquet des fonctions d'instruction, préférant retenir les principes plus modérés de cette opinion divergente. Il est vrai, comme le souligne Mr. **Philippe WAQUET**, que "ce qui perturbe indubitablement le

³¹ **PRADEL (J.)**, "La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme (juin 1990)", *Dalloz*, 1990, chr., p. 301.

³² **PRADEL (J.)**, *Ibid.*, p. 302. Il faut dire que l'auteur était, semble-t-il, d'accord avec la nécessité de séparer les fonctions juridictionnelles et les fonctions d'enquête en confiant ces dernières au parquet.

Cf. **PRADEL (J.)**, "De la réforme de l'instruction préparatoire", *Dalloz*, 1989, chr., p. 1.
³³ Par exemple de la procédure pénale allemande qui a aboli en 1975 le juge d'instruction. Voir: **JUNG (H.)**, "Vers un nouveau modèle du procès pénal? Réflexions sur les rapports" la mise en état des affaires pénales", *R.S.C.*, 1991, n.º 3, pp. 526-536.

³⁴ **WAQUET (P.)**, "Réflexions sur les rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme", *R.S.C.*, 1991, n.º 3, pp. 518-525.

bon équilibre de l’instruction et les relations du juge et de l’inculpé, c’est la détention provisoire”³⁵. Pour que celle ci reste exceptionnelle, il faut séparer le pouvoir d’inculper et le pouvoir de déténer. La loi du 30 décembre 1987 allait déjà dans ce sens, mais elle fut abrogée avant son entrée en vigueur. La loi du 4 janvier 1993 a préféré, elle aussi, une séparation minimale des pouvoirs quant à l’instruction.

B • Pouvoir d’inculper et pouvoir de déténer

Les lois de 1987 et 1993 ont, en France, séparé ces deux fonctions au niveau de l’instruction (1). Au Portugal, le juge d’instruction est plus qu’un juge de l’instruction, il tend à devenir un véritable juge des libertés (2), à l’image du souhait de la Commission “Justice pénale et Droits de l’Homme”.

1 – *Les lois françaises du 30 décembre 1987 et du 4 janvier 1993*

La loi n.° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux libertés individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, prévoyait de dissocier la conduite de l’information du placement en détention. C’était une formation collégiale du Tribunal de grande instance qui était alors chargée du placement, juridiction où le juge d’instruction qui suivait l’affaire ne pouvait pas siéger. Le pouvoir d’inculper restait cependant entre les mains du juge d’instruction.

Malheureusement, tout comme la loi du 10 décembre 1985 qui prévoyait, elle aussi, une collégialité pour la mise en détention, le dispositif fut abrogé avant même d’entrer en vigueur.

Dans la mesure où ces deux lois étaient antinomiques, la Commission “Justice pénale et Droits de l’Homme” a procédé à un examen plus approfondi de la question qui inspira d’abord un projet de loi modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire. Il a donné lieu à la loi n.° 89-461 du 6 juillet 1989 ³⁶.

³⁵ **WAQUET (P.)**, *Ibid.*, p. 521.

³⁶ L’article 21 de cette loi, *J.C.P.*, 1989, III, 62912, abroge les art. 1 à 11 et 18 de la loi du 30 décembre 1987 dont l’entrée en vigueur, initialement prévue au 1er mars 1989, avait été repoussée au 1^{er} septembre 1989 par une loi n.° 89-18 du 13 janvier 1989.

Mais, les propositions définitives de la Commission réaménageaient complètement les pouvoirs du Ministère Public, puisqu'il se voyait attribuer le rôle d'enquêteur.

Il était aussi question de lui confier les pouvoirs d'inculpation avec la suppression de ce vocable dont l'ambiguïté ne semblait pas compatible avec la présomption d'innocence³⁷. Ainsi, il notifiait l'accusation à la personne mise en cause.

Cependant, le gouvernement n'a pas voulu opérer une réforme aussi radicale de l'instruction et supprimer le juge d'instruction, alors que l'air du temps était à sa mise à mort³⁸. Un projet de loi était adopté en Conseil des Ministres le 26 février 1992 qui devait après divers amendements donner lieu à la loi du 4 janvier 1993³⁹.

Le projet de Mr. **SAPIN**, qui faisait de la présomption d'innocence, la pierre angulaire de la réforme, envisageait de supprimer le vocable "inculpation" et de le remplacer par celui plus neutre "de mise en cause". De plus il prévoyait de créer un nouvel espace de défense de l'individu antérieur

³⁷ Elle fait partie des dix principes qui figurent dans l'introduction du rapport définitif de la Commission et que la Commission proposait de faire figurer en tête du code de procédure pénale. Ces principes fondamentaux sont issus de deux sources supra-législatives (le bloc de constitutionnalité et les textes internationaux de protection des Droits de l'Homme ratifiés par la France) et de la source législative qu'est le code de procédure pénale. Voir les extraits du rapport **DELMAS-MARTY** sur la mise en état des affaires pénales, op. cit.

³⁸ Comme le témoigne les législations voisines telles que l'Allemagne et l'Italie depuis le 24 octobre 1989. Voir Mr. **Gian Domenico PISAPIA**, "Le nouveau code de procédure pénale italien", *A.P.C.*, 1991, n.º 13, pp. 115-126.

En France, le débat était également lancé avec les travaux de la Commission **DELMAS-MARTY**. L'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et la Conférence des bâtonniers organisa un colloque le 17 novembre 1989 sur le thème: "Faut-il supprimer le juge d'instruction?". Voir le compte rendu de ce colloque, *Gaz. Pal.*, 12-13 janvier 1990.

³⁹ Voir la présentation faite par Mr. **Joël BOYER** de cette loi aux Actualités du *J.C.P.* du 10 février 1993, n.º 6.

Cette loi comporte diverses phases d'entrée en vigueur ainsi que des régimes transitoires assez complexes. Pour ce qui est des dispositions nouvelles concernant la détention provisoire, elles devaient entrer en vigueur pour la plupart, le 1^{er} janvier 1994. Toutefois, à compter du 1^{er} mars et jusqu'au 1^{er} janvier 1994, des dispositions transitoires étaient prévues (article 232 à 244 de la loi).

Quant aux règles relatives à la mise en examen, à la notification des présomptions de charges et à l'ordonnance de présomption de charges, elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 1993 (article 226 de la loi). Elles sont ainsi applicables aux procédures en cours, à l'exception de celles qui auront été communiquées avant le 1^{er} mars 1993 pour règlement définitif sous deux conditions: que le dossier soit réglé par un juge d'instruction et que cette communication soit suivie d'un réquisitoire définitif.

à “sa mise en cause”, celui de “sa mise en examen” qui déclenchait les droits de la défense dès qu’une personne est nommément désignée par le Procureur de la République avec une notification immédiate de ses réquisitions écrites à la personne concernée.

La notification des charges réunies par le juge d’instruction contre la personne mise en examen était, dans le projet initial, un préalable à la mesure de sûreté pouvant être prise à tout moment et emportait “mise en cause”.

Pourtant au moment des débats parlementaires, deux solutions opposées ont vu le jour à propos de la suppression de l’inculpation. La première voulait donner un caractère juridictionnel à la phase procédurale dans laquelle on notifie à la personne poursuivie les charges qui pèsent sur elle. C’était ce qui était aussi souhaité par le Syndicat des avocats de France⁴⁰. La seconde consistait à dissocier le moment procédural où naissent les droits de la défense de celui où les charges réunies contre elle sont notifiées. C’est cette voie qui a été prise par la loi du 4 janvier 1993. Le texte parle uniquement “de mise en examen” et de “notification de présomption de charges”.

En cas “d’indices graves et concordants” la personne qui est visée au réquisitoire introductif prenait la qualité de “personne mise en examen” (ancien article 80-1 du C.P.P.). Cette qualité entraînait deux conséquences: si elle était libre, elle avait le droit de se voir notifier par lettre recommandée les réquisitions du procureur. L’autre conséquence était le droit d’être assisté par un avocat qui avait accès au dossier de façon permanente à partir du quatrième jour avant son interrogatoire (article 114 al. 3 nouveau du C.P.P.).

Au bout du compte, comme le souligne Mr. **Jean PRADEL**, la loi du 4 janvier 1993 faisait du parquet l’auteur d’une inculpation nouvelle mode⁴¹.

Quand l’information lui paraissait terminée, l’ancien article 80-3 du code de procédure pénale prévoyait que le juge d’instruction donnait connaissance, à la personne mise en examen, des présomptions de charges qu’il estimait réunies contre elle, et recueillait ses informations.

⁴⁰ Voir le communiqué du Syndicat des avocats de France à propos du projet de réforme du code de procédure pénale, *Gaz. Pal.* vendredi 13, samedi 14 mars, 1992, p. 21.

⁴¹ Ce que l’auteur conteste dans la mesure où il est dépendant du pouvoir exécutif. Voir **PRADEL (J.)** “Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale), *Dalloz*, 1993, chr., p. 39.

Dans cette modification du dispositif qui avait été initialement prévu, on peut remarquer le souci du législateur de dissocier un des aspects de l'inculpation qui est l'information des charges, de la détention en donnant à des autorités différentes ces pouvoirs.

C'est ce qui vient d'être modifié par la loi n.º 93-1013 du 24 août 1993⁴². En effet, si cette loi conserve la terminologie de la mise en examen, elle revient aux traditionnels pouvoirs d'inculpation concentrés entre les mains du juge d'instruction, tout en ménageant les droits de la défense auparavant consacrés.

L'ancienne procédure de la mise en examen avait été contestée aussi bien par la doctrine⁴³ que par les praticiens qui composaient le groupe de travail chargé de remettre au gouvernement un rapport sur les difficultés d'application de la loi du 4 janvier 1993⁴⁴.

L'autre modification importante de la loi du 24 août 1993 touche un autre aspect de la dissociation des fonctions des autorités intervenant au procès pénal qui avait été introduite précisément pour le placement en détention provisoire.

En effet, une dissociation entre le pouvoir d'inculper et de détenir apparaissait également dans la mise en place d'une chambre d'examen des mises en détentions provisoires (ancien article 137-1 du C.P.P.) composée du Président du Tribunal de grande instance et de deux assesseurs.

Dans la mesure où les dispositions concernant cette juridiction collégiale ne devaient entrer en vigueur qu'à partir du 1^{er} janvier 1994, il était prévu un régime transitoire applicable dès le 1^{er} mars 1993.

⁴² Voir un premier aperçu de cette loi présentée par Mr. **Francis LEGUNEHEC** aux actualités du *J.C.P.* du 15 septembre, 1993, n.º 37.

⁴³ Comme par exemple **Denis SALAS**: "Fragmenter à l'extrême le processus judiciaire comme dans le système de "la mise en examen" issu de la loi du 4 août 1993, n'est pas justifiable au nom des libertés puisqu'il introduit une présomption de culpabilité infiniment plus lourde du fait de l'intervention de trois juges pour constater les charges"... "Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs", *R.S.C.*, 1993, n.º 2, p. 247.

⁴⁴ Rapport remis le 10 mai 1993. Voir la circulaire d'application de la loi du 24 août 1993 qui constate après la mise en vigueur du dispositif de la loi du 4 janvier 1993 une baisse notable de l'activité des services de police judiciaire et des juridictions pénales. Ainsi, du 1^{er} mars au 30 mai 1993, le nombre des ouvertures d'informations a baissé de 17%, par rapport à celles de 1992 pendant la même période. L'intervention obligatoire d'un magistrat du parquet pour procéder à l'information de la personne mise en examen sur sa situation, apparaissait aux yeux des praticiens comme génératrice de lenteurs injustifiées. De même, la procédure de la notification de présomption de charges se révélait, d'un formalisme lourd et inutile. Si bien que les articles 80-2 et 3 de la loi du 4 janvier 1993 ont été abrogés et l'article 80-1 modifié. Cf. *J.C.P.*, 1993, III, 66354 à 66356.

Dans ce régime transitoire (article 235 de la loi du 4 janvier) la détention provisoire était prescrite ou prolongée par le Président du Tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui.

Comme le soulignait la circulaire du 27 janvier 1993 du Garde des Sceaux, pendant cette période transitoire “les garanties individuelles nouvelles ne tiennent pas au caractère collégial de l’instance compétente, mais à la dissociation de la fonction d’enquête et de la fonction juridictionnelle qui s’attache à la détention provisoire”⁴⁵.

La loi du 24 août 1993 a finalement restitué au juge d’instruction ses compétences perdues quant au placement en détention provisoire, en raison des difficultés pratiques posées par le système du “juge délégué”.

Si bien que cette idée d’une dissociation des fonctions d’enquête et des fonctions juridictionnelles a été, au fur et à mesure du résultat final des réformes et des contre-réformes, complètement enterrée en France.

Le Portugal présente sur ce point moins d’instabilité législative. Les rôles de chaque autorité processuelle ont été définis suite à une réforme d’ensemble de la procédure pénale, dont l’objectif visible était de faire du juge d’instruction un juge des libertés.

2 – Le juge d’instruction portugais: un juge des libertés

Dans le rapport définitif de la Commission “Justice pénale et Droits de l’Homme”, un des axes de la réforme de la procédure pénale était de renforcer les pouvoirs du juge dans le sens d’une protection des libertés individuelles. Il était beaucoup plus que le juge d’instruction actuel, puisqu’on attribuait à ce “juge des libertés” différents contentieux des libertés: En premier lieu, le contentieux des actes effectués lors de l’enquête ou des mesures prises avant le renvoi devant la juridiction de jugement qui portent atteinte aux libertés individuelles; en second lieu, le contentieux autrefois dispersé dans lequel l’autorité judiciaire était amenée à intervenir suite à une procédure administrative qui est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne (les mesures administratives privatives prises dans le cadre de la police des étrangers ou de la police des aliénés).

⁴⁵ *J.O.* du 31 janvier 1993, pp. 1687-1696.

Tel qu'il a été conçu dans le cadre de la réforme de la procédure pénale portugaise qui a donné lieu au nouveau code de procédure pénale de 1987, le juge d'instruction joue ce rôle de juge des libertés.

Remarquons d'abord, la dissociation entre la fonction d'inculper et la fonction de détenir. La phase d'enquête étant réservée au Ministère Public, c'est ce dernier qui va notifier l'accusation (article 262 du code de procédure pénale), mais il peut aussi procéder à l'acte par lequel la personne poursuivie devient défendeur au procès pénal (article 58 du C.P.P. portugais qui régleme la "constituição de arguido"). Cet acte vise à communiquer par oral ou par écrit cette position de défendeur du procès pénal avec l'indication des droits et des devoirs qui en découlent. Parmi ces droits figurent évidemment le droit d'être assisté par un avocat de son choix ou celui de solliciter sa désignation (article 61 du C.P.P. portugais).

La fonction de détenir incombe au juge d'instruction qui statue sur l'application des mesures coercitives et de garantie patrimoniale (article 268 du C.P.P. portugais).

Mais, il appartient au juge d'instruction de procéder au premier interrogatoire de l'inculpé détenu (article 141 du C.P.P.) et cette compétence exclusive a été rappelée en jurisprudence ⁴⁶.

Par ailleurs, le juge d'instruction est compétent pendant la phase d'enquête pour ordonner ou autoriser tous les actes qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes et plus particulièrement de l'inculpé (article 269 du C.P.P. portugais). Ce sont notamment les perquisitions, les saisies et les écoutes téléphoniques.

En ce qui concerne la police des étrangers, le juge d'instruction est encore compétent, d'après l'article 202-1, b) du C.P.P. portugais, pour l'application d'une détention provisoire à celui qui a pénétré ou résidé irrégulièrement sur le territoire national, ou à celui contre qui est en cours une procédure d'extradition ou d'expulsion.

⁴⁶ Voir l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 6 mars 1990, dans lequel un inculpé avait été détenu en flagrant-délit et présenté à l'issue des quarante huit heures pour valider la détention. Mais celui-ci était dans l'impossibilité d'être interrogé à ce moment-là. Les délais légaux étant dépassés lorsqu'il fut à nouveau présenté, le juge estima qu'il était désormais en détention provisoire et qu'il devait être interrogé par le parquet. La Cour d'appel infirma cette décision en rappelant le principe selon lequel le premier interrogatoire d'un inculpé détenu est toujours de la compétence du juge d'instruction. *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, tome 2, pp. 171-172.

S'agissant d'un inculpé qui souffre d'une anomalie psychique, le juge d'instruction peut décider de remplacer la détention provisoire requise par une mesure d'internement préventif dans le cadre d'un établissement psychiatrique, tant que le trouble persiste (article 202-2 du C.P.P. portugais) ⁴⁷.

Devenu à l'évidence un juge des libertés ⁴⁸, le juge d'instruction portugais participe de cette notion de tribunal impartial et indépendant ⁴⁹.

Dissocier les fonctions au niveau de l'instruction, c'est aussi affirmer une structure davantage accusatoire du procès pénal, dans lequel l'inculpé n'est plus objet de procédure mais sujet de droits. C'est affirmer encore son droit à demeurer libre tant qu'il est présumé innocent, droit qui postule l'aménagement de substituts à la détention provisoire.

La politique de lutte contre la détention provisoire rapproche les deux pays comme la blanche colombe sur fond d'azur des derniers tableaux de Braque.

Section 2: Remplacer la détention provisoire

Limiter, ce n'est pas éliminer le mal. C'est plutôt vouloir le remplacer par un moindre mal ou même le désamorcer en bien. Les législateurs français et portugais se rejoignent dans la mise en œuvre de ces substituts à la détention provisoire. En France, il s'agit d'une véritable institution: le contrôle judiciaire (§ 1). Même s'il n'y a pas d'institution comparable au Portugal, le nouveau code de procédure pénale a envisagé des mesures homologues (§ 2).

⁴⁷ Sur ce point, un arrêt de la cour d'appel de Coimbra a affirmé que la mesure de sûreté d'internement applicable à un individu considéré inimputable et contre qui existent de forts indices de commission de l'infraction, ne peut être même provisoirement prise par le juge d'instruction. Celle-ci doit être prononcée dans le cadre du jugement, l'individu devant être en raison de la dangerosité maintenu en détention provisoire. Voir l'arrêt du 26 juin 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tome 4, p. 92.

⁴⁸ Nous citerons à propos de cette notion de juge des libertés, les motifs d'un arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne: "Le juge n'est pas mis en place pour faire plaisir au Ministère public, mais pour rendre justice à l'individu et à la société" (traduction personnelle). Voir l'arrêt du 24 avril 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, tome 2, p. 183.

⁴⁹ Voir: **DE FIGUEIREDO DIAS (J.), ANTUNES (M. J.)** "La notion de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale". *R.S.C.*, 1990, n.º 4, pp. 733-741.

§ 1 • *Le contrôle judiciaire français*

Depuis la loi du 7 février 1933, les réformes qui ont été successivement apportées à la détention provisoire rendent compte de la progression des idées légalistes tendant ainsi à restreindre son domaine; à partir de 1970 une autre progression s'affirme, celle de son substitut: le contrôle judiciaire.

En effet, avec les lois du 17 juillet 1970⁵⁰ et du 10 juin 1983, l'institution du Contrôle judiciaire apparaît dans les textes comme devant être préférée, la détention devenant alors une mesure exceptionnelle pour l'inculpé. Le principe posé ici est donc celui de la subsidiarité de la détention provisoire.

Par la suite, le Législateur n'a fait que confirmer cette optique. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'art. 137 du C.P.P. issue de la loi du 9 juillet 1984⁵¹: "L'inculpé reste libre sauf, à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, à être soumis au contrôle judiciaire ou, à titre exceptionnel, placé en détention provisoire ...".

Mais les efforts législatifs sans relâche visant à réduire les incarcérations en cours de procédure, procèdent par ricochet d'une logique d'extension de son substitut. Extension qui devient davantage visible (A) lorsqu'il s'agit d'offrir de nouvelles modalités aux juridictions d'instruction (lois du 6 août 1975 et du 8 juillet 1983) ou quand il s'agit d'aménager un contrôle judiciaire socio-éducatif (B).

A • L'extension du Contrôle judiciaire

D'après l'exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1970, le Contrôle judiciaire, "sans priver l'inculpé de sa liberté, le soumet à des mesures de surveillance". Il était conçu en tant qu'intermédiaire entre la liberté et l'incarcération, assurant à la justice les moyens nécessaires à la manifestation de la vérité tout en évitant certains inconvénients de la détention provisoire.

⁵⁰ **PRADEL (J.)**, "La réforme de la détention préventive, Commentaire de la loi du 17 juillet 1970", *Gaz. Pal.*, 1972, I, Doct., p. 1 et s.

⁵¹ **PRADEL (J.)** "La loi du 9 juillet 1984 sur le recul de la détention provisoire: Un pas en avant utile?", *Dalloz*, 1985, Chr., p. 7 e s.

“La loi de 1970 représente une rupture. Pourquoi? Parce qu’elle tente de trouver une alternative à la prison “affirmait Maître **Henri LECLERC** ⁵².

Il existe désormais un certain nombre d’infractions pour lesquelles on peut parler du Contrôle judiciaire en tant que véritable substitut: celles dont le maximum de la peine encourue atteint deux ans d’emprisonnement (art. 144, al. 1, du C.P.P.) et qui ne peuvent plus donner lieu au prononcé d’une détention provisoire ⁵³.

Pour les autres infractions, il est en fait une alternative ab initio si l’inculpé fait l’objet d’un placement sous ce régime dès l’origine, ou une alternative “issue de secours” en cas de mainlevée de la mesure de détention provisoire.

Sur ce second point, la loi du 6 août 1975 est venue ajouter un autre cas de figure où le contrôle judiciaire apparaît comme un substitut à l’incarcération. En effet, le maintien en détention étant dans certains cas désormais impossible, l’institution du Contrôle judiciaire permet alors de réellement la remplacer.

L’hypothèse est contenue dans l’art. 145-1, al. 2, dont la dernière rédaction date de la loi n.° 89-461 du 6 juillet 1989 ⁵⁴ et de la loi n.° 93-2 du 4 janvier 1993.

Ainsi, il existe à l’heure actuelle en matière correctionnelle un système de délai préfixe où la détention ne peut pas dépasser 6 mois. Cette faveur est accordée à l’inculpé qui encourt une peine d’emprisonnement inférieure à 5 ans, n’ayant pas été auparavant condamné, pour crime ou délit de droit commun, soit à une peine criminelle, soit à une peine d’emprisonnement sans sursis de plus d’un an ⁵⁵.

⁵² Voir son intervention au colloque national du C.L.C.J., 16 et 17 novembre 1989, “La loi du 17 juillet 1970 et les Droits de l’Homme”, *Bulletin*, 1^{er} trim., 90, n.° 20, pp. 24-27.

⁵³ Sauf si le prévenu a été surpris en flagrant délit et fait l’objet d’une comparution immédiate devant le tribunal correctionnel en vertu des art. 395 et 396 du C.P.P.

⁵⁴ Pour un commentaire et une analyse en détail de la loi: **CHAMBON (P)**, “La loi n.° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire: analyse et réflexion”, *J.C.P.*, 1989, I, 3417.

⁵⁵ Dans les autres cas la détention provisoire ne peut excéder deux ans lorsque la peine encourue n’est pas supérieure à cinq ans en matière correctionnelle (art. 145-1 al. 3 nouveau du C.P.P.).

La loi de 1989 répond partiellement sur ces points aux propositions de la Commission **DELMAS-MARTY** qui souhaitait que la loi détermine la durée maximale de la détention provisoire. Cf. p. 105 du rapport définitif.

Notons au passage que les délais préfixes existent aussi chez les mineurs et c'est tout l'apport des dernières modifications législatives de l'ordonnance du 2 février 1945⁵⁶.

La loi du 6 août 1975 avait également, dans un souci réductionniste, décidé que la détention, acte grave, ne pouvait être prononcée hors la présence de l'avocat (ancien art. 135-1 du C.P.P.).

La loi du 9 juillet 1984 procéda à une réforme importante en instituant la procédure du débat contradictoire, que certains ont comparé à l'*Habeas corpus* anglais⁵⁷. Visant aussi la réduction de la durée des détentions en matière correctionnelle, elle leur fixa une limite de principe d'un an. Une prolongation exceptionnelle de 4 mois peut toutefois intervenir après un nouveau débat contradictoire.

Par la suite, les lois du 10 décembre 1985, du 30 décembre 1987 et du 4 janvier 1993 sont venues modifier les conditions de la décision de placement en détention provisoire, en instaurant la collégialité. Collégialité successivement repoussée en raison des abrogations⁵⁸.

Notons au passage que la dernière loi citée prévoyait aussi une collégialité pour la mise en détention provisoire des mineurs. En effet, d'après l'ancien article 11 alinéas deux à quatre de l'ordonnance de 1945, des chambres de mise en détention provisoire des mineurs étaient compétentes pour placer ou prolonger la détention provisoire des mineurs⁵⁹.

Si le domaine du Contrôle judiciaire a tendance à avancer dans les textes au fur et à mesure que celui de la détention provisoire recule, le Législateur a également entendu accroître ses modalités en établissant de nouvelles mesures.

⁵⁶ Voir les modifications apportées par les lois du 30 décembre 1987 et du 6 juillet 1989 à l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui tiennent compte de l'âge du mineur.

⁵⁷ Art. 145 du C.P.P. Sur *L'Habeas corpus*, cf.:

LEGEAIS (R.), "La limitation et le contrôle des atteintes à la liberté de l'inculpé en droit anglais ou les ambiguïtés de l'habeas corpus", VII^e Congrès de la section française de l'A.I.D.P., *Les cahiers du droit*, tome I, 1985, pp. 31-46.

⁵⁸ Sur cette question:

VOUIN (V.), *La Chambre des demandes de mise en détention provisoire*, Rapport de recherche pour le D.E.A. de Droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux, I, février, 1989.

⁵⁹ Tout comme pour les majeurs, ces chambres ne devaient fonctionner, avant que la loi du 24 août 1993 n'intervienne, qu'à partir du 1^{er} janvier 1994. Voir l'article 228 de la loi du 4 janvier 1993.

Au total, 16 mesures sont à la disposition des juridictions d'instruction qui peuvent être cumulées et qui ne sont pas sans rappeler celles du sursis probatoire ou de la libération conditionnelle.

De façon globale, on peut les regrouper en quatre catégories: les mesures qui correspondent à l'idée d'empêcher la fuite, celles qui ont pour finalité d'éviter une rechute et qui sont par conséquent marquées par l'idée de prévention, celles qui essaient de protéger la victime, et enfin les mesures qui visent la protection de l'inculpé lui-même, ayant un caractère socio-éducatif ou médical.

D'un point de vue quantitatif, on peut légitimement dire que les principes posés dès 1970 sont démentis en pratique. En vérité, le recours au Contrôle judiciaire demeure limité. L'effet substitutif ne peut être vérifié que s'il est prononcé ab initio, car alors le choix existe entre la liberté totale, la liberté contrôlée ou la détention. Pourtant, force est de constater que contrairement à la détention provisoire, le contrôle judiciaire n'est que rarement la première mesure prononcée.

Ainsi, en matière correctionnelle, il n'est utilisé ab initio que pour 19% des inculpés contre 43% pour la détention provisoire en 1990⁶⁰. On peut alors se demander s'il n'a pas empiété plus sur la liberté que sur la détention⁶¹.

Mais il est intéressant de signaler que plus l'inculpé est jeune, plus le contrôle judiciaire première mesure est fréquent. Ainsi, il est prononcé ab initio en 1990 pour 23,3% des inculpés qui ont entre 18 et 20 ans, contre 43,6% pour ceux qui sont détenus⁶².

⁶⁰ Statistiques tirées d'*Infostat Justice* n.° 26, novembre-décembre 1991, p. 2.

⁶¹ Une étude réalisée en 1989 pour le Ministère de la Justice par Mr. **Philippe GEMINEL**, "Contrôle judiciaire socio-éducatif et détention provisoire: un effet substitutif? essaie de dépasser les statistiques nationales qui auraient tendance à démontrer cet empiètement sur la liberté. Il se propose d'utiliser des données purement locales pour vérifier l'effet substitutif. Ainsi, il arrive à démontrer que le taux de détention provisoire est lié à l'existence d'une association de contrôle judiciaire socio-éducatif dans le ressort des juridictions: Pour l'année 1987, "Là où le contrôle judiciaire socio-éducatif représente plus de 10% des inculpations, la détention provisoire est nettement moins utilisée que là où le contrôle judiciaire socio-éducatif est faiblement appliqué, voir inexistant." Voir la présentation qui a été faite de ce travail au colloque national du C.L.C.J. *Bulletin*, 1^{er} trimestre, 1990, n.° 21, pp. 36-44.

⁶² Voir en Annexes le tableau n.° 5.

De plus, il semblerait d'après les chiffres que le contrôle judiciaire intervient plutôt en cours d'instruction. L'utilisation du contrôle judiciaire comme mesure accompagnant la mise en liberté, est fréquente ⁶³.

Ces dernières évaluations sont certainement significatives de l'impact du contrôle judiciaire socio-éducatif ⁶⁴. C'est sans doute cette dernière catégorie qui est le siège d'intéressantes innovations, allant dans le sens d'un élargissement de cette alternative à l'enfermement qu'est le Contrôle judiciaire.

B • Le contrôle judiciaire socio-éducatif

Beaucoup s'interrogent encore sur les fondements juridiques de ce type particulier de Contrôle judiciaire. Pour Mr. **J. P. ATTHENONT**, le fondement est à rechercher dans les travaux préparatoires, les textes réglementaires et les circulaires ⁶⁵.

Aucune définition précise n'existe dans les textes, si ce n'est, en filigrane, l'assimilation à une mesure d'assistance et d'observation ⁶⁶.

Il est vrai que dans l'art. 138 du C.P.P., le 6° et le 10° contiennent des dispositions qui sous-tendent cette idée d'assistance ⁶⁷.

En fait, la dénomination finit par avoir, avec la politique incitative du gouvernement, inaugurée par la circulaire du 21 octobre 1981, un sens plus évident de création d'associations ayant pour objet particulier ou secondaire le Contrôle judiciaire.

⁶³ En matière délictuelle et criminelle, sur 8900 inculpés détenus qui ont fait l'objet d'une mise en liberté en 1990, 5617 ont été placés sous contrôle judiciaire, ce qui représente environ les deux tiers d'entre eux. Voir *Infostat Justice*, op. cit.

⁶⁴ D'ailleurs, Mr. **Philippe GEMINEL**, dans l'étude précitée a mesuré l'effet de la création d'une association de contrôle judiciaire sur la baisse du taux de la détention provisoire. En comparant les taux antérieurs à la création et les taux postérieurs, on remarque une baisse dans 50% des juridictions. Ces chiffres relativisés avec la baisse produite pendant les années de référence dans des juridictions sans association, montrent un écart de 10%.

⁶⁵ **ATTHENONT (J. P.)**, "Le contrôle judiciaire socio-éducatif", VII^e Congrès de la section française de l'A.I.D.P., *Les cahiers du droit*, tome I, 1985, pp. 151-182.

⁶⁶ Voir la définition donnée par Mme **Isabelle SOULEAU**, "Neuf années de contrôle judiciaire", *R.S.C.* 1980, pp. 41-76.

⁶⁷ Il s'agit de l'obligation faite à l'inculpé de se soumettre à des mesures de contrôle sur les activités professionnelles ou sur l'assiduité à un enseignement (art. 138-6° du C.P.P.) ou encore à des mesures d'examen, de traitement, de soins, même sous le régime d'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication (art. 138-10° du C.P.P.).

Fort de quelques expériences juridictionnelles disséminées où s'étaient constituées des structures spécialisées ⁶⁸, l'objectif de l'État était de dynamiser l'institution, en faisant appel au secteur privé. En novembre 1989, on dénombrait 81 associations ⁶⁹.

En 1982, un Comité de Liaison des associations socio-éducatives de contrôle judiciaire (C.L.C.J.) voyait le jour. Son objet, outre l'information, le travail de recherche et de réflexion, est d'encourager de nouvelles créations et de procéder à la coordination avec les pouvoirs publics.

Mais il ne faut pas voir dans cette privatisation une abdication de l'État. En effet, "nous sommes en présence d'un État tenseur qui gère l'initiative privée sans jamais l'incorporer en totalité" ⁷⁰.

La circulaire du 21 octobre 1981 qui contenait diverses orientations de politique criminelle, incitait de la même manière au recours aux enquêtes sociales rapides, instrument dont le but était entre autres, par une meilleure connaissance du milieu socio-familial de l'inculpé, d'éviter de recourir à la détention provisoire.

En effet, ces enquêtes rapides s'étaient développées suite au constant que l'incarcération auquel a recours le juge provient essentiellement de l'absence de garanties de représentation ou de la méconnaissance de ses garanties.

⁶⁸ La première fut celle de Rouen sous l'impulsion de juges d'instruction qui, dès l'entrée en vigueur de la réforme de 1970, développèrent le Contrôle judiciaire socio-éducatif sous la forme d'un service spécialisé. Plus tard, ce service donna lieu à la création d'une association: L'A.S.E.C.J.

Voir: **VOURC'H (C.)**, "Une application socio-éducatif du Contrôle judiciaire", *A.P.C.*, n.° 2, 1977, pp. 107-131.

Sur le modèle de cette association est née à Bordeaux, en 1981, l'A.Re.S.C.J., voir: **GEMINEL (P.)**, **REPOS (P.)**, *Rapport d'enquête sur le contrôle judiciaire socio-éducatif à Bordeaux*, Bordeaux, 1984.

⁶⁹ D'après les chiffres communiqués au colloque organisé par le C.L.C.J., "La majorité du contrôle judiciaire", Bordeaux, 15-16 novembre, 1989, *Bulletin*, 1^{er} trimestre, 1990, n° 21, p. 20.

Voir également sur ce thème:

FAUCONNET (L.) "Le Contrôle judiciaire socio-éducatif", communication lors de la semaine d'études franco-allemande, Bordeaux, 16-21 juin, 1986, *IDSZ*, cahier n.° 10, Wuppertal, 1987, pp. 67-75.

⁷⁰ **FAGET (J.)**, "Les enjeux sociaux du Contrôle judiciaire", VII^e Congrès de la section française de l'A.I.D.P., *Les cahiers du droit*, tome I, 1985, p. 191.

Il convient de noter également que ce mouvement de privatisation suppose un contrôle des instances étatiques par le biais de l'habilitation des contrôleurs judiciaires et leur financement. Ce contrôle est aujourd'hui décentralisé. Ainsi, le décret 83-1164 du 23 décembre 1983, prévoit que l'habilitation des contrôleurs est du ressort des tribunaux ou des cours d'appel.

Prenant pour modèle l'A.P.C.A.R.S.⁷¹ à Paris, la circulaire sensibilisait les magistrats du Ministère public afin de favoriser la mise en place de structures pouvant réaliser des enquêtes sociales et des enquêtes de personnalité.

Par la suite, d'autres circulaires sont venues habilitier pour l'élaboration des enquêtes rapides, les associations privées qui s'implantaient auprès des tribunaux⁷². Le Comité de probation dont l'intervention est complémentaire à celle des associations peut également prendre en charge des services d'enquêtes rapides, lorsque la structure associative est inexistante⁷³.

Les politiques et les pratiques locales sont parfois bien différentes en raison de ce partage secteur public / secteur privé⁷⁴.

C'est justement dans cette optique du développement du partenariat qu'ont été créées les permanences d'orientation pénale (P.O.P.), l'espoir étant de "mutualiser les énergies"⁷⁵.

Elles ont été institutionnalisées par la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire. Le but était ici de réduire le nombre des détentions provisoires dans le

⁷¹ L'association de politique criminelle appliquée et de réinsertion sociale est née le 3 octobre 1980. Son objectif était de gérer le premier service d'enquêtes rapides auprès des T.G.I. de Paris, de Créteil et de Bobigny. Auparavant, s'inspirant des réalisations menées aux U.S.A., quelques expériences pionnières avaient été tentées au T.G.I. de Paris. Sur tous ces points, cf.:

VÉRIN (J.), "Une recherche expérimentale au tribunal de Paris pour diminuer la détention provisoire", *R.S.C.*, 1977, p. 909 et s.

BERNAT DE CELIS (J.), "L'expérience des enquêtes rapides au tribunal de Paris", *R.S.C.*, 1980, pp. 957 et s.

⁷² Circulaires A.P. 85-09 GH du 28 janvier 1985 et A.P. 85-24 GH1 du 3 septembre 1985.

⁷³ Dans les conditions précisées par la circulaire A.P. 85-09 GH du 28 janvier 1985. Cette disposition est rappelée dans la circulaire A.P. 86-20 GH1 du 28 juillet 1986.

⁷⁴ C'est ce qui transparait des observations faites à propos des pratiques menées à Paris par l'A.P.C.A.R.S. et à Lyon par le Comité de probation. Voir la recherche de Mme **Maria do Carmo COSTA**, dans le cadre d'une bourse d'étude concédée par le Conseil de l'Europe, *A importância dos relatórios sociais e de personalidade nas decisões judiciais, a experiência francesa*, I.R.S., 1989, 91 p.

Sur la pratique des enquêtes rapides à Bordeaux, voir:

AVE (I.) et **COUSIN (F.)**, *Les enquêtes rapides au T.G.I. de Bordeaux ou l'implantation d'un greffon social*, Rapport de recherche pour le D.E.A. de Droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux I, février, 1989.

⁷⁵ **FAGET (J.)** "Contrôle judiciaire et démocratie", Synthèse des travaux du Colloque national du C.L.C.J., 16 et 17 novembre 1989, *Bulletin*, 1^{er} trimestre, 1989, n.º 21, p. 82.

cadre de chaque juridiction, mais aussi de favoriser les mesures alternatives à l'emprisonnement.

En effet, l'article 1^{er} I et II de la loi rend obligatoire l'enquête sociale, pour l'inculpé âgé de 18 à 21 ans qui encourt une peine d'emprisonnement de moins de 5 ans, lorsqu'une décision de placement en détention provisoire est envisagée ⁷⁶.

Le Procureur de la République avant toute réquisition de placement, y compris dans le cadre de la procédure de comparution immédiate, et le juge d'instruction chaque fois qu'il envisage de sa propre initiative l'incarcération de l'inculpé, devront solliciter un diagnostic de son insertion sociale à la P.O.P. ⁷⁷.

Une étude de la pratique toulousaine de la P.O.P. montre que son effet substitutif ne peut en aucun cas jouer lorsque le juge d'instruction demande l'enquête, mais seulement lorsque c'est le parquet qui la sollicite dans le cadre d'une présentation à l'instruction ⁷⁸. Dans ce cas, apparaît un lien entre la décision prise et le contenu du rapport. Le contexte toulousain permet d'affirmer que la P.O.P. contribue à accentuer le recours à des mesures de contrôle judiciaire socio-éducatif ⁷⁹.

⁷⁶ Une circulaire n° Crim. 89-2-E.5/7 du 7 avril 1989 prévoyait la mise en place de permanences d'orientation pénale auprès de tous les T.G.I. afin d'assurer une application effective et efficace de la loi dès son entrée en vigueur. L'objet est aussi de parvenir à une totale mobilisation des partenaires publics et privés pour que les enquêtes rapides soient ensuite, conformément aux vœux du législateur, étendues à l'ensemble des majeurs. D'après l'art. 25 al. 1 de la loi du 6 juillet, les dispositions relatives aux enquêtes rapides se sont appliquées à partir du 1^{er} décembre 1989. Les P.O.P. regroupent les travailleurs sociaux du secteur public (comités de probation et services de l'Éducation surveillée) et du secteur privé (associations de contrôle judiciaire socio-éducatif surtout).

⁷⁷ Voir sur une première approche criminologique de la P.O.P., **FAGET (J.)** "La POP justice, permanence d'orientation pénale et rationalité judiciaire", *R.S.C.*, 1990, n° 4, pp. 844-849.

⁷⁸ **FAGET (J.), KIEFER (F.)**, *La permanence d'orientation pénale. Évaluation de la pratique Toulousaine*, G.E.R.I.C.O., 1992, n° 2, 141 p.

Les décisions produites par les juges d'instruction Toulousains dans les procédures où figure un rapport POP en 1990-1991, font apparaître les statistiques suivantes: 52,2% de détention provisoire, 39,7% de contrôle judiciaire et 8,1% de liberté. (Cf. p. 92) Comme on le constate, la détention prime. Si on compare ces données toulousaines aux données nationales, on constate que le pourcentage de contrôle judiciaire est ici supérieur.

⁷⁹ Sans doute en raison d'une bonne insertion locale des associations de type contrôle judiciaire. Voir p. 99 de l'étude précitée.

La loi de 1989 délimitait le champ des rapports P.O.P. aux moins de 21 ans. La Chancellerie avait incité à étendre la mesure au-delà des limites légales, ce qui a été suivi en pratique ⁸⁰.

Signalons pour terminer que la Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme" dans ses propositions concernant la détention estimait qu'il fallait faire précéder d'une enquête rapide toute demande de placement.

Le Portugal connaît aussi une extension des enquêtes sociales depuis le nouveau code de procédure pénale de 1987 qui les rend obligatoires dans certains cas. Une fois de plus les rapprochements des politiques se confirment.

§ 2 • *Les mesures portugaises homologues*

Le contrôle judiciaire est une figure inconnue du droit portugais qui connaît pourtant des mesures analogues dont la vocation première est de les substituer à la détention provisoire. Le nouveau code de procédure pénale utilise à leur propos une proposition commune qui regroupe à la fois l'incarcération avant jugement et ses substituts: les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale (A). Dans le cadre de la liberté provisoire on a vu se dessiner des prémisses d'un suivi socio-éducatif qui ressemble alors au contrôle judiciaire socio-éducatif (B).

A • Les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale

Dans le code de procédure pénale de 1987, les pouvoirs du juge apparaissent étroitement limités tout au long de l'information en raison de la célérité processuelle ⁸¹. Le choix entre la détention provisoire et ses substituts est par conséquent aussi soigneusement réglementé.

⁸⁰ Du moins 70 juridictions étaient dans ce cas pendant la période janvier-juin 1990. Voir la note du Ministère de la Justice ayant pour objet le bilan d'activité des POP, citée in **FAGET (J.), KIEFER (F.)**, *ibid.*, p. 16.

⁸¹ A propos de laquelle on trouve parmi les motifs de la Cour d'appel de Lisbonne: "Avec son obsession de la célérité processuelle (combien de fois irréaliste parce que sortie du contexte des conditions d'une réalisation effective de la justice au Portugal qui ne dépendent pas évidemment des nouveaux articles des codes) le nouveau code de procédure pénale brisa les traditions procédurales portugaises qui s'étaient révélées sensées et qui respectaient les intérêts de tous et sauvegardaient plus spécialement ceux de l'inculpé" (traduction personnelle). Voir l'arrêt du 14 mars 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, tome 2, p. 173.

Ainsi, des principes directeurs d'origine législative et même constitutionnelle ⁸² vont orienter ce choix.

Le titre I du livre VI de la première partie du code de procédure pénale énumère une série de dispositions générales applicables aux mesures coercitives qui doivent respecter trois principes: le principe de légalité, le principe de proportionnalité et le principe de subsidiarité ⁸³.

Le principe de légalité est contenu d'abord à l'art. 191 du code qui indique que la liberté des personnes ne peut être limitée qu'en fonction des exigences procédurales par les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale prévues par la loi.

Ce souci légaliste s'était accentué après la révolution des oeillets, à tel point qu'il entraînait parfois quelques excès que nous avons déjà analysés avec la fameuse catégorie des crimes incautionnables.

Les motifs légaux qui conditionnent l'application des mesures coercitives sont du même ordre que ceux qui conditionnent la détention provisoire en France ⁸⁴.

Le deuxième principe que doit respecter le juge en matière d'atteinte à la liberté de l'inculpé est le principe de proportionnalité.

Ce principe posé aux termes de l'art. 193 n.º 1 du code de procédure pénale, renvoie à une gradation des mesures coercitives en fonction de la

⁸² La Constitution de 1976 a repris les principes contenus dans le Pacte International des Droits civiques et politiques du 16 décembre 1966, dans la C.E.S.D.H. et dans les différentes résolutions et recommandations du Conseil de l'Europe, selon lesquels la détention provisoire a un caractère exceptionnel, non obligatoire et doit être appliquée subsidiairement. Ces principes découlent de la présomption d'innocence du prévenu (art. 32 nº 2). La Constitution affirme par ailleurs expressément que toute privation de liberté est exceptionnelle (art. 27 nº 3) et rend impossible son maintien alors qu'on peut lui substituer des mesures non détentives. Ces principes sont consacrés dans le code de procédure pénale de 1987 (art. 193 nº 2, art. 202 nº 1 et art. 213).

⁸³ Voir l'analyse de ces principes faite par Mr. **João CASTRO E SOUSA**, "Os meios de coacção no novo código de processo penal", in *Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 149-163.

⁸⁴ L'art. 204 du code de procédure pénale portugais dispose que doivent être vérifiés dans le cas concret:

- a) – La fuite ou le risque de fuite;
- b) – Un risque de perturbation du cours de l'enquête ou de l'instruction du procès et, notamment, un risque quant à l'acquisition, la conservation ou la véracité de la preuve; ou
- c) – Un risque, en raison de la nature et des circonstances du crime ou de la personnalité de l'inculpé, de perturbation de l'ordre et de la tranquillité publics ou de poursuite de l'activité criminelle.

gravité de l'infraction. Cette gradation commence d'abord par les mesures substitutives.

En effet, plusieurs substituts à la détention provisoire sont énumérés in crescendo dans le chapitre 1^{er} du titre II du livre IV. Le juge qui voit son choix rigoureusement réglementé, peut ordonner:

- l'identification et l'assignation à résidence de l'inculpé (art. 196). Dans ce cas, il n'y a aucune indication quant à la pénalité encourue pour que cette mesure soit applicable ⁸⁵.
- Le cautionnement lorsqu'une peine de prison correspond à l'infraction imputée (art. 197).
- La présentation périodique de l'inculpé devant les autorités désignées s'il encourt une peine de prison dont le maximum est supérieur à six mois (art. 198).
- La suspension de l'exercice de fonctions, profession ou droits lorsque le maximum de la peine applicable est supérieur à 2 ans (art. 199).
- L'interdiction de permanence territoriale, de quitter sans autorisation, de s'absenter de certains endroits, ou d'avoir des contacts avec certaines personnes, lorsque le maximum de la peine encourue est supérieur à trois ans (art. 200).
- Les arrêts à domicile lorsque le maximum de la peine applicable est supérieur à trois ans (art. 201) ⁸⁶.

Le juge peut prononcer cumulativement ces dispositions en respectant leur cadre légal. Toutefois, le cautionnement et les interdictions de l'art. 201 ne peuvent pas se cumuler avec les arrêts à domicile.

Ces dispositions ressemblent à certaines obligations du Contrôle judiciaire français, mais la grande différence est qu'un ordre de préférence est établi par la loi entre les mesures.

⁸⁵ Signalons que c'est une mesure que le Ministère public peut lui-même prendre (art. 268-1, b) du C.P.P. portugais). A propos de l'utilisation de cette mesure par le Ministère public et le juge d'instruction, voir: **DE OLIVEIRA (O. M.)**, "As medidas de coacção do novo código de processo penal", in *Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 173-174.

⁸⁶ En France, la Commission "Justice pénale et Droits de l'Homme" avait envisagé la surveillance électronique comme substitut à la détention sans se prononcer sur son sens favorable ou défavorable. Elle pouvait aller jusqu'aux arrêts à domicile, comme en droit portugais. Voir pp. 103-104 du rapport définitif.

En ce qui concerne l'article 200 du C.P.P. portugais, sa rédaction actuelle résulte d'un arrêt du Tribunal Constitutionnel du 9 février 1987⁸⁷.

Tout comme en France, ces mesures ne sont pas toujours en concours avec la détention provisoire. En effet, parfois elles sont des substituts en tant que tels à la détention provisoire⁸⁸, parfois ce sont des alternatives laissées à l'appréciation du juge qui doit cependant respecter le principe de proportionnalité et d'adéquation⁸⁹.

Par ailleurs, la jurisprudence a constamment affirmé que le juge d'instruction n'est pas lié par les propositions du Ministère public qui, d'après les termes de la loi, est chargé de les requérir⁹⁰.

En ce qui concerne les arrêts à domicile, en tant que véritable privation de liberté assimilable à la détention, ils se voient appliquer le régime parallèle à la détention provisoire⁹¹.

Le troisième principe est celui de la subsidiarité de la détention provisoire par rapport aux autres mesures coercitives.

⁸⁷ Le projet prévoyait la possibilité d'appliquer cette mesure si la peine maximale prévue pour l'infraction imputée était supérieure à deux ans. Cette disposition fut jugée inconstitutionnelle par le Tribunal Constitutionnel, dans un arrêt du 9 janvier 1987. En effet, elle était applicable aux cas où, d'après l'article 27 n° 3 de la Constitution, la détention provisoire n'est pas admise. Cf. *Diário da República*, I Série, de 9 de fevereiro de 1987.

⁸⁸ Cette question n'est pas aussi simple. On s'était demandé si les traditionnelles mesures de liberté provisoire sont de simples alternatives à la détention provisoire, par conséquent applicables uniquement dans les cas où elle est admissible, ou si au contraire elles peuvent s'appliquer d'elles-mêmes et par conséquent seraient de véritables substituts. La réponse est donnée par Mr. **CASTRO E SOUSA** qui se base sur une interprétation tirée des sources internationales (C.E.S.D.H.) pour dire qu'elles sont inhérentes au statut d'inculpé. Voir "Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal", op. cit. pp. 155-156. La Cour d'appel de Porto s'est aussi prononcée dans ce sens dans un arrêt du 10 octobre 1983 cité par l'auteur.

⁸⁹ Le Tribunal constitutionnel a considéré que les interdictions de l'article 199 du C.P.P. qui parfois peuvent être autant de restrictions aux droits et libertés constitutionnellement reconnus (entre autres le droit au travail) n'étaient pas inconstitutionnelles. En effet, ces interdictions doivent obéir aux critères contenus dans le code de procédure pénale pour les mesures coercitives et sont alors compatibles avec les limites constitutionnelles concernant les restrictions apportées aux droits fondamentaux que sont la nécessité et la proportionnalité. Cf. l'arrêt du Tribunal Constitutionnel du 9 janvier 1987 qui est publié aussi au *B.M.J.*, n.° 363, p. 109.

⁹⁰ Car c'est au juge qu'appartient le pouvoir de décision sur leur adéquation. Il peut par conséquent décider d'appliquer des mesures plus graves. Voir dans ce sens, les arrêts de la cour d'appel de Évora des 7 mars et 23 mai 1989, cités par **António Augusto TOLDA PINTO**, in *O novo processo penal*, Lisboa, 2.^a ed., Rei dos Livros, 1992, p. 178. Cf. également l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 6 novembre 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tome V, p. 149.

⁹¹ Cf. **DE OLIVEIRA (O. M.)**, op. cit., pp. 178-182.

Ce principe faisant partie des principes à valeur constitutionnelle (art. 28 n.º 2 de la Constitution de 1976), le code de procédure pénale a cru bon de le rappeler dans son art. 193 n.º 2.

Aux termes de cet article, la détention provisoire ne pourra être ordonnée que si les autres mesures coercitives s'avèrent inadéquates ou insuffisantes. Cette même formulation est reprise plus loin à l'art. 202 du code qui fixe le seuil minimal des infractions pouvant donner lieu à un placement en détention provisoire: celles punies d'une peine de prison dont le maximum est supérieur à trois ans.

Notons pour terminer que la violation des obligations ne donne pas automatiquement lieu à l'incarcération, le juge pourra alors appliquer une ou plusieurs mesures coercitives, mais uniquement celles qui entrent dans le cadre légal prévu pour le cas concret (art. 203). Cette disposition, beaucoup plus libérale que l'art. 141-2 du C.P.P. français, restreint d'autant plus le domaine d'application de la détention provisoire. Garantie aussi du respect des trois principes: légalité, proportionnalité et subsidiarité.

L'autre originalité est l'obligation pour le juge d'instruction, lorsque l'inculpé est incarcéré, de revoir de trois en trois mois si les motifs légaux de l'application de la détention provisoire existent toujours⁹². Il pourra alors soit décider de la maintenir, soit de lui substituer une autre mesure ou tout simplement de la révoquer (article 213-1). Afin de l'aider dans la motivation de cette décision, le nouveau code de procédure pénale envisage la possibilité de recourir aux services de l'Institut de Réinsertion Sociale et de solliciter de sa part un rapport sur l'insertion sociale de la personne concernée (article 213-3).

C'est dans ce cadre légal des enquêtes sociales que se développe actuellement un suivi socio-éducatif des personnes astreintes aux mesures substitutives de la détention provisoire.

B • Les prémices d'un suivi socio-éducatif

Mr. João CASTRO E SOUSA proposait dans le cadre de la réforme du procès pénal que les mesures de liberté provisoire devraient avoir surtout

⁹² D'ailleurs, la Cour de cassation (*Supremo Tribunal de Justiça*) a estimé que le recours intenté au sujet d'une détention provisoire dont on demandait la suspension, doit être considéré sans intérêt et surabondant, lorsque le délai de trois mois après la décision prise est dépassé. Voir l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 24 mai 1989, *Tribuna da Justiça*, 1990, n° 2, fevereiro-março, p. 169.

un contenu positif et rééducatif. Il envisageait l'accompagnement des inculpés qui étaient objet de ces mesures par les services de réinsertion, à l'image de la probation ⁹³.

Le nouveau code de procédure pénale de 1987, n'instaura pas ce type de mesure qui aurait ressemblé alors au Contrôle judiciaire socio-éducatif.

Pourtant la pratique portugaise semble l'avoir accueilli dès 1988. En effet, suite aux demandes des autorités judiciaires, qui décidaient de placer les inculpés en liberté provisoire assortie d'obligation, un suivi socio-éducatif a vu le jour de la part des agents de réinsertion sociale.

Les sollicitations de la part des tribunaux avaient régulièrement progressé de 1988 à 1990 (56 en 1990), mais ont connu un léger fléchissement en 1991 (40).

Ce fléchissement peut s'expliquer par l'incertitude qui entourait cette pratique extra-légale chez les propres agents de réinsertion sociale. Mais, la tendance à l'augmentation des sollicitations a repris par la suite sa progression normale ⁹⁴.

Quant aux rapports sociaux qui sont expressément mentionnés à l'article 213-3 du C.P.P. portugais pour la motivation du maintien ou la révocation de la détention provisoire, ils sont également sollicités pour la décision initiale des mesures coercitives ou les mesures de garantie patrimoniale. Une fois encore cette modalité d'utilisation n'est pas envisagée dans les textes.

D'après une étude portant sur un échantillon de 100 rapports sociaux destinés à cette fin, il ressort que dans 50% des cas, la mainlevée de la détention provisoire a été ordonnée ⁹⁵.

A l'heure actuelle, l'Institut de Réinsertion Sociale intervient dans une commission créée par le gouvernement qui est assez curieusement dénommée *Comissão para a implantação do sistema penal* (commission pour l'implantation du système pénal). Parmi les attributions de cette com-

⁹³ CASTRO E SOUSA (J.), "A prisão preventiva e outros meios de coacção", op. cit., pp. 54-55.

⁹⁴ En effet, l'année 1992 montre une augmentation considérable du nombre des sollicitations de la part des tribunaux avec 87 cas de suivis socio-éducatifs. Ce qui veut dire qu'en l'espace d'un an leur nombre a doublé; cf. en Annexes, tableau n° 6.

⁹⁵ Étude faite par Madame **Maria do Carmo COSTA**, directrice du département technico-juridique de l'I.R.S., citée dans *Relatórios sociais, instrumentos de apoio técnico aos tribunais para diminuição da prisão preventiva*, I.R.S., Ministério da Justiça, Outubro 1990.

mission et afin de promouvoir les mesures se substituant à la détention provisoire, figure la mise en place à titre expérimental d'un service d'enquêtes rapides auprès des tribunaux. Cette expérience a été suggérée par l'Institut de Réinsertion Sociale. On avait alors attiré l'attention des autorités concernées sur la nécessité de constituer un groupe de travail composé des représentants de l'I.R.S., du Ministère public et des juges d'instruction intervenant dans des tribunaux choisis à titre d'expérience pilote.

La commission a finalement estimé que l'expérience devait s'initier auprès des tribunaux de la circonscription de Penafiel et des tribunaux d'instruction criminelle de Lisbonne.

Quant aux enquêtes sociales, le nouveau code de procédure pénale les a rendues obligatoires pour les jeunes de moins de 21 ans, mais elles n'ont pas pour finalité directe une substitution à la détention provisoire. En effet, d'après l'article 370 du C.P.P., le rapport social est obligatoire pour les inculpés qui sont âgés de moins de 21 ans au moment des faits, lorsqu'on envisage à leur égard le prononcé d'une peine de prison ferme ou d'une mesure de sûreté sous régime d'internement supérieures, à trois ans ⁹⁶. Il est aussi exigé pour les alternatives à l'emprisonnement quand celles-ci nécessitent un accompagnement par les services de réinsertion sociale.

Il est vrai qu'en France les P.O.P. ont également pour finalité de développer les alternatives à la peine privative de liberté, alternatives qui, hormis les plus anciennes, ont vraiment du mal à decoller.

Autre politique qui scelle une union entre peuples presque voisins avec les mêmes enchères, avec un même prix. Horizon de liberté! plus on s'approche de toi, plus tu t'éloignes ...

⁹⁶ D'ailleurs la Cour de cassation a censuré la méconnaissance du caractère obligatoire du rapport social. Voir l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 22 mai 1991, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, tome III, pp. 20-22.

CHAPITRE 2

ÉVITER LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

En France, jusqu'à la loi du 11 juillet 1975, l'éventail des sanctions offertes au juge répressif était relativement étroit à l'emprisonnement et à l'amende prévus par le code pénal de 1910, étaient venus s'ajouter en 1891 le sursis simple pour les délinquants primaires et, en 1958, le sursis avec mise à l'épreuve. C'est avec cette grande loi qu'apparaissent les peines dites de substitution. Par la suite, la loi du 10 juin 1983, du 10 juillet 1987 et la loi du 6 juillet 1989 ont complété le dispositif, avant que le nouveau code pénal et sa législation d'adaptation ne viennent mettre en 1992 un peu d'ordre dans le système des sanctions ¹.

Au Portugal, jusqu'au 23 septembre 1982, date à laquelle le nouveau code pénal a été publié, seuls l'amende et le sursis simple étaient envisagés en tant que mesures pouvant remplacer la peine privative de liberté. Le nouveau code pénal qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983 est venu considérablement élargir ces mesures traditionnelles, tout en consacrant un nouvel éventail d'alternatives.

Si bien qu'aujourd'hui la politique pénale des deux pays en matière d'alternatives à l'emprisonnement se dessine sur une même toile de fond.

¹ Sur le nouveau code pénal français, voir le n^o spécial de la Revue de Science criminelle: *R.S.C.* 1993, n.º 3.

Alors qu'on remarque une tendance identique à rénover les mesures traditionnelles que sont les alternatives conditionnelles (section 2), elle ne porte aucun préjudice au développement des mesures *ab initio* qui témoigne de ce souci commun de réduire le recours à la prison, souci dont l'espoir ne semble pas défaillir malgré le démenti des statistiques (section 1) ².

Section 1:

Développer les alternatives *ab initio*

Donnant lieu à un évitement total de l'institution carcérale, ces alternatives recouvrent soit l'utilisation de mesures anciennes en tant que substituts tels que l'amende (§ 1) ou les peines accessoires et complémentaires (§ 2), soit l'utilisation de mesures nouvelles à vocation substitutive exclusive (§ 3). Ces mesures s'apparentent à un pardon de la part du juge répressif au regard de la personnalité du délinquant qui n'ira pas en prison, mais dont la responsabilité est affirmée ³.

§ 1 • *De l'amende traditionnelle aux jours-amende*

C'est, sans contexte, l'alternative la plus ancienne mais aussi la plus importante ⁴. En France, l'amende pénale revêt plusieurs modalités (A),

² La distinction est issue de l'inventaire fait par Mr. **KRAMER** des sanctions pénales. Deux catégories apparaissent: les alternatives *ab initio* et les alternatives à l'exécution de la peine privative de liberté.

Voir **KRAMER (P.)**, "L'inventaire des sanctions pénales", *A.P.C.*, n.° 7, 1984, pp. 60-67.

³ Mr. **Bernard VAREILLE** distingue entre les modes d'individualisation de la sanction qui relève plus de l'indulgence du juge que du pardon. Celui-ci "consiste dans le fait de soustraire le délinquant à tout ou partie des conséquences techniques de sa responsabilité pénale reconnue en justice". Voir l'article de l'auteur "Le pardon du juge répressif", *R.S.C.*, 1988, pp. 676-702. Néanmoins, l'individualisation de la sanction peut aller jusqu'à ce pardon compris restrictivement. C'est le cas de la dispense de peine, du sur-sis simple et du relèvement.

⁴ Au XIX^e siècle, **BONNEVILLE DE MARSANGY** écrivait: "L'amende est de toutes les peines la plus libérale, la plus divisible, la plus économique, la plus complètement remissible, la plus efficace, en réalité la peine par excellence". *De l'amélioration de la loi criminelle*, 2^e partie, 1864, p. 258.

ce qui la différencie du Portugal qui depuis le nouveau code pénal de 1982, ne connaît qu'une seule modalité de l'amende pénale: le jour-amende, manifestant ainsi une logique d'unification (B).

A • Le polymorphisme de l'amende pénale française

En matière correctionnelle, elle a une vocation substitutive depuis l'origine du code pénal de 1810, en tant que peine principale prévue à côté de la peine d'emprisonnement. Vocation substitutive privilégiée également, puisqu'elle présente de nombreux avantages sans pour autant comporter les vices reconnus à l'enfermement.

Tout d'abord elle peut frapper assez durement le patrimoine de l'individu condamné sans le couper de son milieu familial et professionnel. De plus, le maintien en liberté du délinquant contribue aussi à une amélioration des chances de dédommagement intégral de la victime ⁵; les sanctions pécuniaires assurent au Trésor des ressources qui sont loing d'être insignifiantes. Il ne faut pas oublier que les politiques d'expansion des alternatives ont été menées de façon parallèle aux recherches concernant le "coût du crime" qui répondent à un souci de rationalisation budgétaire ⁶.

On constate une "préférence évidente pour l'amende" ⁷ dont la large utilisation avait été préconisée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ⁸.

⁵ La loi du 3 janvier 1977 complétée par la loi du 2 février 1981 et celle du 8 juillet 1983 (art. 706-3 et s. du C.P.P.) a institué le mécanisme de l'indemnisation par l'État de certaines victimes de dommages corporels ou matériels résultant d'une infraction. Les sommes allouées par les C.I.V.I. (commission d'indemnisation des victimes d'infractions) sont supportées par l'État en tant que frais de justice criminelle et donc financées en partie par le produit des amendes.

⁶ VAN HONSTÉ (V.), "Politique criminelle et sanctions patrimoniales", *R.D.P.C.*, 1975, n.º 5, p. 411.

⁷ Voir la thèse de Doctorat d'État en droit pénal et sciences criminelles de Mr. **Ahmed TOUHAMI**: *La fiscalisation de la réaction pénale, L'amende comme indicateur*, Université de Bordeaux I, févr. 1988, p. 39 et s.

⁸ Cf. le 2-b de la résolution (76) 10 sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté adoptée par le Comité des Ministres le 9 mars 1976, op. cit.

La réforme du 3 janvier 1972 généralisant les procédures simplifiées en matière contraventionnelle ⁹ témoignait de considérations d'économie répressive qui occultaient complètement la personne du délinquant.

Pourtant c'est bien cette optique d'individualisation ¹⁰ qui donna le jour à la récente évolution législative dont la tâche était de limiter certains inconvénients des sanctions pécuniaires et notamment leur caractère injuste.

Ainsi la loi du 11 juillet 1975 a aménagé le régime de l'amende correctionnelle en modifiant la technique de calcul du montant de l'amende. L'article 19 de cette loi insérait dans le code pénal un article 41 qui disposait dans son premier alinéa: "dans les limites fixées par la loi, le montant de l'amende, est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ainsi que des ressources et des charges des prévenus" ¹¹.

En supprimant également la garantie civile du recouvrement de l'amende que constitue la solidarité entre complices et co-auteurs de l'infraction, la réforme de 1975 allait donner à l'institution une coloration distincte. En effet, la juridiction de jugement, sur décision spéciale et motivée, pouvait seulement prononcer la solidarité ¹². Il faut donc l'analyser désormais comme une véritable aggravation de peine ¹³.

Cette transformation a été influencée par les virulentes critiques de la doctrine relatives à l'extension de la peine d'amende alors que ses

⁹ Il s'agit de l'extension de l'ordonnance pénale à la plupart des contraventions (art. 524 du C.P.P.) au développement de la procédure de l'amende forfaitaire (art. 529 et s. du C.P.P.) en matière d'infraction au code de la route et de la mise en place d'une procédure expéditive pour éviter de saisir le tribunal de police lorsque l'amende forfaitaire n'est pas acquittée: l'amende pénale fixe. La loi du 30 décembre 1985 devait par la suite, dans une refonte d'ensemble de la réglementation du code de procédure pénale et du code de la route, généraliser la technique en matière contraventionnelle avec l'amende forfaitaire majorée.

¹⁰ Notons cependant que l'individualisation de l'amende ne constitue pas un pouvoir tout à fait nouveau pour le juge, puisqu'il était auparavant permis, en considération des circonstances atténuantes, d'adapter le montant de l'amende à la situation du prévenu. (Cf. l'ancien art. 463 du C.P.).

¹¹ Cet article correspond à l'article 132-24 in fine du nouveau code pénal.

¹² Voir l'ancien article 55 alinéa 2 du C.P. qui désormais correspond aux articles 375-2, 480-1 et 543 du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.

¹³ C'est du moins l'opinion de Mrs. MERLE et VITU, qui estiment que la solidarité des amendes sanctionne une intention frauduleuse caractérisée de la part de l'auteur principal de l'infraction qui, d'après les termes de la loi, consiste dans le fait de s'entourer de coauteurs et de complices insolubles. Cf. *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 833.

mécanismes violaient délibérément le principe de la personnalité des peines ¹⁴.

Cependant subsistent les principales objections qui ont été formulées dans le passé, qu'elles soient d'ordre juridique ou criminologique. En premier lieu, le juriste peut légitimement continuer à dénoncer la violation du principe de la personnalité des peines. En effet, la peine pécuniaire frappant le patrimoine du condamné a pour cible principale une universalité de droits constituée d'un passif et d'un actif. Elle frappe par la même occasion les droits des tiers sur ce patrimoine (la proche famille, les créanciers, les héritiers présomptifs ¹⁵...).

De plus, malgré ses aménagements successifs, elle rompt l'égalité des citoyens devant la peine, en raison de la préférence donnée à la solvabilité.

Le criminologue, quant à lui, a de fortes raisons d'être quelque peu chagriné par le faible potentiel resocialisateur des peines d'amende ¹⁶. Elles ont un caractère rétributif prononcé et "ne visent qu'indirectement la rééducation et le traitement" ¹⁷.

Toutes ces critiques n'ont pas été enrayées par le système du jour-amende, sanction pécuniaire transfigurée par l'accentuation conjointe du caractère subjectif de la peine mais aussi de sa fonction particulière qui est d'être le "prix de la liberté" ¹⁸.

En France, le Législateur y resta longtemps rebelle. Déjà le Comité d'Études sur la violence le recommandait en 1977 ¹⁹ de même que la Commission présidée en 1979 par Mr. SCHELMCK, alors Procureur Général près de la Cour de Cassation. Puis, à l'instigation de la Commission

¹⁴ Sur le problème particulier de la solidarité des amendes pénales, voir:

PERRET (J.), "Le rôle pénal de la solidarité entre condamnés à une peine d'amende", *R.S.C.*, 1941, p. 77 et s.

TEISSIER (A.), "La solidarité en matière pénale peut-elle se concilier avec les principes de notre droit pénal?" *J.C.P.*, 1953, I, 1119.

¹⁵ Si avant son décès, le délinquant a fait l'objet d'une condamnation devenue irrévocable, l'amende se transmet aussi aux héritiers. Le Trésor dispose ici d'un droit acquis, le paiement ne pouvant être toutefois poursuivi qu'intra vires successionis.

¹⁶ **GREBING (G.)**, "Sanctions alternatives aux courtes peines", *R.I.D.P.*, 1982, p. 790.

¹⁷ **DAGA (L.)** "Différentes formules pénales visant à remplacer la privation de liberté dans les systèmes juridiques européens", *R.I.C.P.T.*, 1984, p. 184.

¹⁸ **TOUHAMI (A.)**, *op. cit.*, p. 19 et s.

¹⁹ Ses travaux donnèrent lieu à diverses publications. Voir: Comité d'Études sur la violence, la criminalité et la délinquance. *Réponses à la violence*, tomes I et II, Paris, Presses-Pocket, 1977.

Sénatoriale des lois, le Législateur finit par prévoir ce système dans la réforme opérée par la loi du 10 juin 1983 ²⁰.

L'institution consiste en une double modulation de l'amende: en fonction, tout d'abord, de la culpabilité de l'agent par la fixation du nombre de jours-amende ²¹, puis en fonction de ses revenus et charges par le calcul de la pénalité journalière.

BENTHAM avait eu clairement conscience de la nécessité de cette double modulation. Dans son traité de législation civile et pénale, le philosophe écrivait: "Veut-on établir une peine pécuniaire, qu'elle soit mesurée sur la fortune du délinquant. Déterminez le rapport de l'amende et non sa quotité absolue. Pour tel délit, telle quote-part de biens, moyennant certaines modifications pour prévenir les difficultés d'une exécution littérale de cette règle" ²².

Le domaine du jour-amende en France était étroitement limité dans la mesure où contrairement à d'autres pays, la loi du 10 juin 1983 n'a pas supprimé l'amende pénale classique ²³.

Visant à substituer les courtes peines privatives de liberté à l'image des mesures nées de la loi du 11 juillet 1975, son champ d'application était doublement restreint:

* Aux délits possibles d'emprisonnement (art. 43-8 du C.P.)

* Aux majeurs (art. 43-8 al. 2 du C.P.)

Restrictions logiques, puisque le jour-amende était une alternative à la privation de liberté pouvant donner lieu à un emprisonnement dont le régime évoquait la contrainte par corps en cas de non paiement ²⁴. Or, la

²⁰ Cf. les articles 43-8 à 43-11 du C.P. Pour un commentaire de la loi voir:

PRADEL (J.), "Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983", op. cit.

²¹ Dont le nombre toutefois ne peut excéder 360 jours et le montant 2000 Frs (ancien article 43-9 du C.P. auquel correspond l'actuel article 131-5).

²² In **BENTHAM (J.)**, *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Bossange, 1802.

²³ Comme ce fut le cas en droit finlandais, Cf.:

STRAHL (I.), "Les jours-amendes dans les pays scandinaves", *R.S.C.*, 1951, p. 65 et s.

PLAWSKI (S.), "Les jours-amendes", *R.P.D.P.*, 1983, p. 358.

²⁴ En effet, le défaut total ou partiel du paiement entraîne l'incarcération pour une durée qui correspond à la moitié du nombre de jours-amende impayées (art. 43-10 ancien du code pénal qui correspond à l'article 131-25 nouveau alinéa 2 du code pénal).

De même le droit portugais opta pour cette réforme radicale de l'amende.

contrainte par corps est exclue en ce qui concerne les mineurs (art. 751 du C.P.P.).

Le nouveau code pénal a considérablement modifié ces perspectives, même s'il est vrai qu'à première vue, les changements ne semblent guère importants, puisque les nouveaux articles 131-5 et 131-25 du code pénal reprennent les anciennes dispositions des articles 43-8 à 43-10.

Notons d'abord que, la peine des jours-amende fait partie de la liste des peines correctionnelles qui a été considérablement élargie par rapport à l'ancien article 9 du C.P. Elle est ainsi susceptible d'être prononcée à titre principal, la seule exigence étant que le délit soit puni d'une peine d'emprisonnement. Sa vocation substitutive de la peine privative de liberté demeure.

Ensuite, ce qui est véritablement nouveau, c'est qu'elle n'est plus seulement une alternative à l'emprisonnement. Érigée en peine principale, elle peut être cumulativement prononcée avec une peine d'emprisonnement (article 131-9 du nouveau code pénal).

Seule est faite ici une interdiction de prononcer et la peine de jours-amende et l'amende, ce qui atteste le caractère autonome de cette peine. En effet, certains s'étaient posé la question de savoir si le jour-amende n'était qu'une modalité de l'amende. Or, deux règles particulières différencient ici leur régime respectif.

Le fait d'une part, que l'amende est exigible de suite pour le tout, alors que le jour-amende ne l'est qu'à l'expiration du délai correspondant au nombre de jours-amende prononcés. D'autre part, la sanction du non-paiement du montant global des jours-amendes est l'incarcération, on l'a déjà signalé, pour une durée correspondant à la moitié du nombre de jours-amendes impayés. Dans la mesure où le décret du 23 décembre 1983 a écarté expressément les règles organisant le recouvrement forcé des amendes ainsi que les garanties du Trésor public, l'individu qui est ainsi incarcéré semble ensuite quitte de toute dette.

La question qui se pose alors, est de savoir si cette peine ne finit pas par se révéler injuste, alors qu'au départ elle voulait avoir pour but fondamental "l'obtention d'une égalité aussi poussée que possible des condamnés en face de la peine qui les frappe"²⁵.

²⁵ Voir l'article de Mr. **Bernard SCHÜTS**, "Les jours-amende: entre espoir et la réalité", *Mélanges André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 460. L'auteur conclut son étude de la manière suivante: "... l'amende ordinaire, qui doit être, elle aussi, proportionnée aux revenus et aux charges du condamné, est aussi socialement juste que la peine des jours-amende, tout en présentant sur celle-ci l'avantage inappréciable de ne pas déboucher systématiquement sur un emprisonnement estimé a priori néfaste et frappant presque exclusivement les délinquants dénués de ressources".

Le droit portugais, a envisagé un système autre en cas de non-paiement des sanctions pécuniaires. Mais avait-il forcément le choix? De toute manière, à la multiplicité des expressions prises par l'amende en France répond le dépouillement du Portugal, dépouillement inévitable au regard du parti qui fut pris lors de la réforme d'ensemble du droit pénal.

B • La tentative d'unifier l'amende pénale au Portugal

Depuis longtemps, l'amende pénale n'était plus uniquement fixe au Portugal. Le premier code pénal de 1852 consacrait déjà une proportionnalité de l'amende par rapport aux revenus du prévenu. Le calcul de ce montant se faisait en multiple de celui-ci.

L'article 67 du code pénal de 1886 reprenait le système de l'amende proportionnelle calculée en jours. Elle était fixée lors de la sentence entre un quantum légal minimum et maximum, sauf les cas où la loi avait fixé des quantités déterminées.

Si bien que l'amende pénale pouvait alors revêtir trois formes. Outre la forme du jour-amende, son montant pouvait être préalablement déterminé par la loi de manière fixe ou encore décidé par le juge entre un minimum et un maximum légal (ancien article 63 du code pénal).

Une quatrième forme de l'amende avait vu le jour dans la législation pénale éparse: celle dont la quantité variait en fonction de la valeur de l'objet de l'infraction, du préjudice ou des dommages causés.

Le nouveau code pénal de 1982 n'a retenu qu'une catégorie d'amende pénale, celle du jour-amende. La réforme se devait également, dans une perspective de dépenalisation, de créer un régime spécial pour les infractions réglementaires (ilícito de mera ordenação social) ²⁶. Le décret-loi n.º 433/82 du 27 octobre 1982 reprend la technique des sanctions admi-

²⁶ Voir l'article de Mr. **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS**, "La réforme pénale portugaise, op. cit., pp. 14 et 15. Du même auteur: "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", in *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código e legislação complementar*, I, Lisboa, C.E.J., 1983, pp. 315-336.

Sur la distinction faite entre le droit pénal et ce "nouveau" droit administratif pénal, cf.: **DE FARIA COSTA (J.)**, "Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal", R.I.D.P., 1988, vol. 59, pp. 346-367.

nistratives pécuniaires, les “coimas” déjà prévues par le décret-loi n.º 232/79 du 24 juillet 1979. Ces amendes administratives sont alors fixes ²⁷.

Mais, la tentative d’unifier l’amende dans le nouveau code pénal était compromise par le maintien de la catégorie des contraventions ²⁸ qui n’avaient pas été abrogées et qui prévoyaient des amendes pénales fixes. De plus, le nouveau code pénal lui-même admet cette modalité dans ses articles 242 et 246.

De même, dans la législation pénale complémentaire qui suivit le nouveau code pénal, comme le décret-loi n.º 430/83 du 13 décembre 1983 qui concerne le trafic et la consommation de stupéfiants, ou encore le décret-loi n.º 187/83 du 13 mai 1983 concernant les infractions douanières, figure parfois cette modalité de l’amende.

La vocation substitutive de l’amende pénale est, au Portugal, très ancienne. Déjà l’art. 22 du décret du 15 septembre 1982 permettait au juge de substituer à la peine correctionnelle une amende en raison des circonstances atténuantes. Puis un décret du 26 mars 1927 prévoyait une conversion obligatoire en amende des courtes peines de prison inférieures à 6

²⁷ L’article 17 du décret-loi du 27 octobre 1982 prévoit que le montant de la “coima” est fixé par la loi entre un minimum de 200 escudos et un maximum de 200 000 escudos, sauf si la loi en dispose autrement. En ce qui concerne les personnes collectives, les amendes administratives pourront s’élever jusqu’au montant maximum de 3 000 000 de escudos en cas de dol et 1 500 000 escudos en cas de négligence. Étant de nature parapénale, la “coima” est prononcée par les autorités administratives qui tiendront compte dans la détermination de son montant de la gravité de l’infraction, de la culpabilité et de la situation économique de l’agent. Celui-ci jouit de toutes les garanties de la défense pendant la procédure et peut exercer un recours devant l’autorité judiciaire. Les tribunaux communs (da comarca) seront compétents pour connaître de ce recours.

Ainsi, dans un arrêt du 14 mars 1990, la section criminelle de la cour d’appel de Lisbonne a censuré une décision administrative qui appliquait une *coima* dont le montant était supérieur à celui prévu dans les dispositions législatives. *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, tomo 2, pp. 174-176. Sur ce point, le Tribunal constitutionnel est aussi très ferme, puisqu’il n’hésite pas à déclarer l’inconstitutionnalité organique des décrets-lois qui prévoient des coimas supérieures au montant maximal décidé dans leur régime général. Voir l’arrêt n.º 414/89 du 7 juin 1989, *B.M.J.*, n.º 388, pp. 107-123.

²⁸ Qui normalement était en voie d’extinction. En effet, jusqu’à la création de la catégorie des infractions administratives, le droit pénal portugais connaissait deux modalités d’infractions, les contraventions et les crimes. En raison de cette dépénalisation, les contraventions auxquelles le nouveau code pénal ne se réfère pas, avaient une mort annoncée. Elles ont été maintenues pour des raisons sans doute pragmatiques. D’ailleurs, la procédure qui leur est applicable est sui generis. On compte ainsi quatre formes possibles de procès pour les contraventions. Sur ces problèmes, voir: **DE SOUTO MOURA (J.)**, “As contravenções e o novo processo penal”, *Tribuna da Justiça*, 1990, n.º 2, pp. 71-88.

mois ²⁹. Cette conversion s'est maintenue dans le nouveau code pénal de 1982 (article 43 du code pénal).

C'est donc un système unique pour l'amende qui est prévu dans l'art. 46 du code pénal, celui des jours-amende dont le nombre varie entre un minimum de 10 jours et un maximum de 300 jours ³⁰. Le tribunal doit tenir compte de la culpabilité de l'agent pour fixer ce nombre. La valeur du jour-amende qui est comprise entre 200 et 10 000 escudos, est fonction de la situation socio-économique du condamné et de ses charges personnelles.

Enfin, la réglementation de l'amende vise à éviter en cas de non-paiement, sa conversion en peine privative de liberté ³¹.

En effet, face à l'interdiction constitutionnelle de la conversion de l'amende en emprisonnement ³², le code pénal de 1982 se devait de prévoir d'autres solutions.

A ce stade, il est intéressant de noter que la fixation, dans la décision de condamnation, de l'emprisonnement correspondant à l'amende

²⁹ Cette conversion était néanmoins facultative pour les délinquants récidivistes ou ayant été condamnés pour vol, escroquerie ou abus de confiance.

³⁰ D'après la partie spéciale du code, la réaction pénale donne lieu à trois catégories d'utilisation de l'amende:

- l'amende seule de façon exceptionnelle (uniquement dans deux articles du code pénal)
- l'amende ou l'emprisonnement
- l'amende et l'emprisonnement

A ces trois catégories s'ajoute l'amende en tant que peine alternative à l'emprisonnement de courte durée (ne dépassant pas 6 mois). Sur les alternatives au Portugal, voir les communications de Mme **Helena Prado COELHO** lors des séminaires européens d'Helsinki sous l'égide des Nations Unies, *Revue de l'H.E.U.N.I.*, n° 14, pp. 285-308 et n° 15, pp. 143-166.

³¹ Voir l'article 47 du code pénal et nos développements du § 2 de la section 2 du Chapitre 2 du titre 2 du Livre second.

³² Sous l'empire de l'ancien code pénal l'article 123 prévoyait une conversion de l'amende non payée en emprisonnement. Deux articles de la Constitution de la République de 1976 servaient de base à la démonstration de l'inconstitutionnalité de ce texte:

- L'art. 27 n.° 2: "Nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est en conséquence d'une condamnation judiciaire pour la commission d'un acte puni par la loi d'une peine de prison" (traduction personnelle).
- L'art. 13 n° 2 qui dispose que nul ne peut être discriminé ou privé de quelque droit que ce soit en raison de sa situation économique.

Les tribunaux portugais s'étaient prononcés en majorité dans le sens de l'inconstitutionnalité. Position que la Commission constitutionnelle se devait de confirmer dans une décision n° 149 du 13 mars 1979. Voir *B.M.J.*, n° 285, p. 135 et s.

conformément à l'article 46 n.º 3 du code pénal ³³ a suscité des difficultés d'interprétation des textes en ce qui concerne les amendes pénales fixes.

L'article 7 du décret-loi n.º 400/82 du 23 septembre 1982 qui contient le nouveau code pénal précise, en ce qui concerne les contraventions, que les dispositions relatives aux limites de l'amende et à la fixation de la peine de prison correspondante qui sont contenues dans le code pénal, leur sont applicables.

Le problème qui s'est très vite posé en jurisprudence était de savoir s'il fallait appliquer les règles contenues à l'article 46 n.º 3 lorsque l'amende était fixe, à savoir la détermination de l'emprisonnement correspondant.

La Cour de cassation répond négativement ³⁴. La principale raison était tirée de l'interdiction faite par le nouveau code pénal (art. 1 n.º 3) de recourir à l'analogie pour déterminer la peine.

Les Cours d'appel de Lisbonne et d'Évora adoptèrent une position différente ³⁵. Elles estimaient qu'il fallait interpréter l'article 46 du code pénal d'une manière extensive et prévoir dans la décision de condamnation un emprisonnement correspondant, calculé de la même manière que pour le jour-amende ³⁶.

Quoiqu'il en soit, cette différence dans le régime de l'amende pénale semblait inconcevable dans la mesure où elle revenait à interdire la conversion de l'amende impayée lorsque son montant était fixe et ceci parfois de manière paradoxale.

³³ Afin de contourner l'interdiction constitutionnelle précédemment décrite, l'art. 46 n.º 3 prévoit qu'en prononçant la peine d'amende, le tribunal fixe en alternative une peine d'emprisonnement qui correspond aux deux tiers de l'amende. Ceci pour ne pas encourir l'inconstitutionnalité qui avait été autrefois soulevée et admise.

³⁴ Voir l'arrêt de principe du *Supremo Tribunal de Justiça* du 12 janvier 1983, *B.M.J.*, n.º 323, p. 187. Cette position a été par la suite confirmée et s'est maintenue. Cf. notamment celui du 25 janvier 1989, *B.M.J.*, n.º 383, p. 486 et s.

³⁵ Voir respectivement les arrêts du 26 janvier 1983, *Colectânea de Jurisprudência*, 1983, tomo I, p. 154, et du 22 juin 1983, *Colectânea de Jurisprudência*, 1983, tomo III, p. 192.

³⁶ Ainsi, cette nécessaire adaptation des textes amena la Cour d'appel de Lisbonne à estimer qu'à chaque 200 escudos devait correspondre un jour-amende. Cf. L'arrêt du 6 avril 1983, *B.M.J.*, n.º 333, p. 510. Dans le même sens aussi un arrêt de la cour d'appel d'Évora du 28 mai 1985, *B.M.J.*, n.º 349, p. 569.

En effet, cette modalité pouvait être comprise comme étant une aggravation de la peine dans certains articles du code pénal ³⁷. On aboutit au résultat absurde de créer un régime plus favorable, là où la loi se voulait être plus sévère.

Ainsi, le Portugal a essayé d'unifier le régime de l'amende pénale autour du jour-amende, contrairement à la France. Mais, l'amende n'est pas la seule mesure ancienne à se voir reconnaître une vocation substitutive. En effet, les peines accessoires et complémentaires ont suivi une destination similaire dans ce courant législatif diversifiant la pénalité.

§ 2 • *Des peines accessoires ou complémentaires à la peine principale*

Le Portugal ne connaît pas cette catégorie d'alternatives pour des raisons qui lui sont propres. En effet, dans la mesure où ces peines s'apparentent, nous le verrons, aux mesures de sûreté, il était inconcevable d'en faire des peines principales, car le nouveau code pénal portugais consacre un système moniste des réactions anticriminelles ³⁸. Les mesures de sûreté ne sont applicables à titre principal qu'aux délinquants non-imputables pour qui la peine de prison est totalement écartée.

En France, c'est surtout la loi du 11 juillet 1975 qui est venue élargir l'éventail des alternatives à l'emprisonnement (A). Ses grandes lignes ont été reprises par le nouveau code pénal de 1992, avec quelques différences qu'il est bon de signaler (B).

A • La loi française du 11 juillet 1975

Cette loi était une grande réforme du droit pénal français puisqu'elle permettait aux juridictions de prononcer, en tenant compte de la person-

³⁷ Notamment les articles 242 et 246. Ainsi, pour la falsification de monnaie, l'article 242 prévoit une atténuation de la peine sous certaines conditions et l'application alors seulement d'une amende 15 à 60 jours, mais qui ne peut jamais être inférieure au double de la valeur représentée par la monnaie mise en circulation. On comprend que dans ce cas, l'amende pénale fixe constitue une aggravation de la peine.

Sur les problèmes liés à l'application des textes en ce qui concerne les amendes contraventionnelles, cf. Parecer n° 186/84, de 9 março de 1984, Procuradoria-Geral da República, *B.M.J.*, n.° 339, pp. 89-118.

³⁸ Voir l'article de Mr. **Manuel António LOPES ROCHA**, "O novo Código penal português. Algumas considerações sobre o sistema monista das reacções criminais", in *Para uma nova Justiça Penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, pp. 33-92. L'article est aussi publié en français: "Le nouveau Code pénal portugais. Quelques considérations sur le système moniste de réaction anticriminelle", *R.I.C.P.T.* 1985, n° 1, pp. 11-42.

nalité du prévenu, des sanctions directement inspirées de la doctrine de défense sociale, animées par les idées de réinsertion sociale et d'humanisation des réactions pénales³⁹. La loi du 11 juillet a d'ailleurs joué un rôle précurseur au niveau européen, précédant la résolution (76) 10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁴⁰.

Le juge répressif avait alors la faculté de prononcer, à titre principal et en matière délictuelle, des sanctions qui constituaient auparavant des peines accessoires, des peines complémentaires ou des incapacités⁴¹.

La nature de ces sanctions demeurait assez floue. Par certains côtés, elles participent de la peine classique, par d'autres, de la mesure de sûreté⁴². On peut globalement les répertorier sous la forme d'atteintes aux droits civils et professionnels ou d'atteintes aux droits patrimoniaux.

Trois catégories étaient visées par la réforme. La première catégorie (celle de l'ancien art. 43-1 du C.P.) ménageait aux tribunaux la possibilité d'appliquer à l'auteur du délit, soit la sanction complémentaire ou accessoire, soit l'incapacité qui est encourue de par l'infraction.

La deuxième revêtait la forme d'interdictions professionnelles ou sociales, nécessitant l'existence d'un lien entre l'activité du délinquant et l'infraction commise (ancien art. 43-2 du C.P.).

Enfin, une troisième catégorie davantage malléable, déterminait de façon limitative des sanctions qui pouvaient se substituer à la peine d'emprisonnement en dehors de toute prévision légale particulière et d'un quelconque lien avec le délit (ancien art. 43-3 et 43-4 du code pénal). Six

³⁹ La peine devient ici "mesure éducative". L'avant-projet de code pénal de 1978 poursuivait dans cette direction en abandonnant la conception classique de la peine et la polémique autour de la distinction peine / mesure de sûreté, en instituant des "sanctions". Sur le problème, se reporte à l'étude de Mr. **M. J. CABBASSEDES**. "Les sanctions de substitution dans la loi du 11 juillet 1975 et dans l'avant-projet de code pénal", *J.C.P.*, 1980, I, 2977.

⁴⁰ Résolution du 6 mars 1976, précédemment citée, qui dans son 2) – c recommandait aux États membres de transformer certaines peines complémentaires en peines indépendantes.

⁴¹ Ancien art. 43-1 à 43-6 du code pénal.

⁴² Sur les incertitudes de la distinction, cf. l'étude de Mrs. **J. FRANCILLON** et **P. SALVAGE**: "Les ambiguïtés des sanctions de substitution", *J.C.P.*, 1984, I, 3133.

Dans un sens identique, voir les interrogations soulevées en doctrine quant à l'apport de la réforme au regard des principes généraux du droit pénal:

DECOCQ (A.), "Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal", *R.S.C.*, 1976, pp. 5-28.

mesures étaient ainsi énumérées: la suspension du permis de conduire, l'interdiction de conduire certains véhicules, la confiscation d'un ou plusieurs véhicules, l'interdiction de détenir ou de porter une arme, le retrait du permis de chasse, la confiscation d'une ou plusieurs armes.

Ces mesures pouvaient d'ailleurs être cumulées et il avait été jugé par la Cour de Cassation que leur application n'était pas exclusive d'une peine autre que l'emprisonnement qui aurait été prévue par le texte répressif ⁴³.

D'autre part, le Législateur avait entendu sanctionner assez sévèrement le manquement aux obligations mises à la charge de l'individu condamné à une de ces sanctions de substitution puisqu'il incriminait spécialement certains types de comportements ⁴⁴.

La loi du 2 février 1981 était venue restreindre le domaine d'application de la loi des mesures substitutives de la loi du 11 juillet 1975, en interdisant leur bénéfice aux délinquants récidivistes (ancien art. 43-7 du C.P.). Cette disposition fut heureusement abrogée par la réforme de 1983.

Notons au passage que cette loi du 10 juin 1983 avait complété l'article 471 al. 4 du C.P.P. en donnant la faculté de déclarer exécutoires par provision les sanctions prononcées au titre des anciens art. 43-1 à 43-4 du C.P. L'exécution par provision ainsi permise avait été aussitôt appliquée pour les infractions à la législation sur les étrangers ⁴⁵.

Autant de modalités qui faisaient de ces mesures des alternatives à la peine privative de liberté pleinement efficaces et viables, d'autant plus qu'elles n'étaient pas tout à fait neuves dans notre droit. En effet, la plupart existaient déjà dans le cadre du contrôle judiciaire, du sursis avec mise à l'épreuve ou de la libération conditionnelle.

Le nouveau code pénal issu des lois du 22 juillet 1992 ainsi que la loi d'adaptation de la procédure pénale en date du 16 décembre 1992, ont

⁴³ Cass. crim. 1^{er} décembre 1984, *Bull. Crim.*, n° 324.

⁴⁴ Voir l'ancien art. 43-6 du code pénal qui incrimine de manière générale la violation de l'une des obligations ou interdictions résultant des nouvelles sanctions pénales, et, de manière plus spécifique, des attitudes révélant la mauvaise volonté ou l'intention malveillante du condamné.

⁴⁵ Elle était devenue extrêmement importante pour la reconduite à la frontière. Cf. *R.S.C.*, 1986, p. 608.

dans l'ensemble maintenu les anciennes règles applicables aux *peines* dites de *substitution*.

B • Le nouveau code pénal français de 1992

Il y a une différence essentielle dans le nouveau code pénal par rapport à la loi du 11 juillet 1975: c'est qu'il cite désormais explicitement dans la liste des peines correctionnelles (art. 131-3) les peines privatives et restrictives de droits ainsi que les peines complémentaires. Elles deviennent, à côté de l'emprisonnement, des peines susceptibles d'être prononcées à titre principal.

De plus, les peines privatives et restrictives de droits sont plus nombreuses que dans l'ancien code. L'article 131-6 vise en plus de celles qui étaient autrefois prévues par l'article 43-3, l'annulation du permis de conduire et l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement. Il inclut également la confiscation qui faisait l'objet de l'ancien article 43-4 du code pénal. Seule, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale prévue par l'ancien article 43-2 n'a pas été conservée ⁴⁶.

Quant aux peines complémentaires, elles font l'objet de l'article 131-10 du nouveau code pénal qui ne fixe pas une liste limitative mais les définit d'une manière générale ⁴⁷. D'après l'article 131-11, ces peines, lorsqu'elles sanctionnent un délit, peuvent toujours être prononcées à titre principal.

En ce qui concerne le cumul des peines privatives ou restrictives de droits, le nouvel article 131-9 alinéa 3 ne reprend pas tout à fait la jurisprudence de la Cour de cassation. Elles pourront être cumulées entre elles, mais pas avec une peine de travail d'intérêt général.

⁴⁶ Voir la table de concordance entre l'ancien code pénal et le nouveau dans le numéro spécial du *J.C.P.*: "Le nouveau code pénal (lois du 22 juillet 1992)".

⁴⁷ Pour plus de précision sur ces peines complémentaires pouvant être prononcées à titre principal, voir la présentation des dispositions du nouveau code pénal de Mrs. **DESPORTES (F.)** et **LE GUNEHEC (F.)** dans le numéro spécial du *J.C.P.*, op. cit.

Le nouveau code pénal français en allongeant la liste des peines correctionnelles traduit cette volonté législative de réduire le domaine quasi-monopolistique de la peine privative de liberté.

Ce polymorphisme de la peine aujourd'hui accentué est parfois dû à des mesures réellement nouvelles qui ont été créées dans le seul objectif de les substituer à la prison.

§ 3 • *Des mesures nouvelles à vocation substitutive exclusive*

En France trois sanctions avaient été ainsi conçues de toutes pièces pour éviter les inconvénients de l'enfermement, la dispense de peine par la loi du 11 juillet 1975, le travail d'intérêt général et l'immobilisation du véhicule par la loi du 10 juin 1983 ⁴⁸.

Dans la perspective qui est la nôtre de rapprocher les politiques pénales des deux pays, il convient de se contenter de décrire les alternatives qu'on a voulu développer et qui leur sont communes.

Ainsi, le travail au profit de la communauté ⁴⁹ retiendra tout d'abord l'attention (A) avant de présenter une des modalités du pardon judiciaire en France et au Portugal: le pardon dispense de sanction (B).

A • Le travail au profit de la communauté

Estimant que les peines dites de *substitution* de l'époque n'étaient pas toujours appropriées, le Législateur français dans la loi du 10 juin 1983, ajouta à la vaste gamme des alternatives, le travail d'intérêt général (T.I.G.) dont le domaine ne cessa de s'accroître au fur et à mesure des réformes

⁴⁸ Cette mesure à vocation substitutive exclusive a été maintenue dans le nouveau code pénal de 1992 au titre des peines restrictives ou privatives de droits en matière correctionnelle (article 131-6, 5°). Elle figure par ailleurs comme substitut à la peine d'amende en matière contraventionnelle (article 131-14, 2.°).

Mais elle peut aussi être prononcée en complément d'une peine de suspension de permis de conduire en matière de délinquance routière où elle présente un intérêt dissuasif certain.

⁴⁹ Dans la mesure où les textes n'utilisent pas la formule en France et au Portugal, nous utiliserons celle de la résolution (76) 10 adoptée le 9 mars 1976 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, op. cit., p. 8.

(1). Le droit portugais connaît une mesure similaire sous le nom de *prestação de trabalho a favor da comunidade* (P.T.F.C.)(2).

1 – *En France: le travail d'intérêt général*

Ayant fait ses preuves dans d'autres pays ⁵⁰, cette mesure était accueillie par le monde politique et juridique avec beaucoup d'enthousiasme ⁵¹. Elle consiste en la possibilité qu'ont les juridictions répressives de prescrire à titre de peine principale un travail non rémunéré au profit d'une collectivité ou d'un établissement publics ou d'une association ⁵².

D'après l'article 43-3-1 ancien du code pénal, la condamnation au T.I.G. supposait l'absence de condamnation, dans les cinq dernières années, à une peine d'emprisonnement sans sursis supérieure à 4 mois. D'après

⁵⁰ Notamment dans les pays anglo-saxons. Ainsi le "community service order" du droit anglais introduit en 1972 par le "criminal justice act". Sur le système anglais, voir le rapport du C.E.P.C. du Conseil de l'Europe, *Mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*, op. cit., pp. 83-87 et 37-40.

Aux États-unis, "l'Institut de justice Vera", fondé en 1961 a effectué de nombreuses expériences d'application du travail au profit de la communauté. Cf. l'étude de Mr. **W. G. BRIDGE** "Les substituts aux courtes peines d'emprisonnement aux U.S.A., un aperçu", *R.S.C.*, 1979, n° 3, p. 533 et s. Voir également l'article de Mrs. **LEROY** et **KRAMER** relatif au travail au profit de la Communauté dans l'État de New York, *R.S.C.*, 1983, p. 37 et s.

Pour une étude en droit comparé, cf:

MARC (G.) "Le travail d'intérêt général en droit comparé", *R.P.D.P.*, 1985, n° 1, pp. 111-125.

PRADEL (J.), "Le travail d'intérêt général en Europe occidentale, aperçus comparatifs", *R.P.D.P.*, 1986, n° 1, pp. 144-156.

⁵¹ C'est à l'unanimité que les parlementaires avaient introduit dans le droit pénal français le T.I.G. lors du vote de la loi du 10 juin 1983. En 1977, le Comité d'études sur la violence l'avait envisagé et la Commission des maires sur la prévention présidée par Mr. **Gilbert BONNEMAISON**, avait repris l'idée en 1982. La nouvelle institution donna lieu à un foisonnement d'études de la part d'auteurs qui l'accueillait favorablement. Cf. entre autres:

JOUYS (M.) "Le travail d'intérêt général", *R.P.D.P.*, 1984, pp. 255-263.

PEDRIOLLE (S.) "Le travail d'intérêt général", *Déviance et société*, 1984, vol. 8, n° 2, pp. 207-215.

BOUDRY (P.), "Le travail d'intérêt général et les alternatives à l'emprisonnement", *Actes*, février 1985, pp. 46-48.

⁵² Il s'agit ici du T.I.G. alternative à l'emprisonnement correctionnel (voir les anciens art. 43-3-1 à 43-3-5 du C.P.) Le travail en question est compris entre un minimum de 40 heures et un maximum de 240 heures pour les majeurs. Pour les mineurs (16-18 ans), la durée du travail se trouve réduite de moitié.

les travaux parlementaires, cette peine était réservée aux jeunes délinquants coupables de délits mineurs ⁵³.

Le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré par le juge de l'application des peines, assisté du Comité de probation ⁵⁴, mais aussi par les associations habilitées.

Si le "tigiste" essayait de se soustraire aux obligations, il encourrait les sanctions prévues à l'art. 43-6 du C.P. comme pour les autres substituts prévus par la loi du 11 juillet 1975.

Jusqu'au nouveau code pénal de 1992, le T.I.G. était, comme l'a souligné un auteur, "l'art baroque en droit pénal" ⁵⁵. En effet, il pouvait revêtir plusieurs modalités avec des règles différentes.

Outre la possibilité initialement prévue par la loi du 10 juin 1983 d'être une des obligations du sursis avec mise à l'épreuve ⁵⁶, le législateur n'avait cessé d'accroître son domaine d'application.

Les lois des 10 juillet 1987 et 1989 avait prévu la faculté pour les tribunaux de prononcer également le T.I.G. en tant que peine complémentaire dans le cadre de la répression de certains délits routiers ⁵⁷. Ce qui fit du T.I.G. une alternative à l'emprisonnement dont la vocation substitutive n'était plus exclusive. En effet, le T.I.G. peine complémentaire pouvait parfaitement, dans le cadre de ce contentieux lié au code de la route, être prononcé à titre de peine principale en application de l'ancien article 43-1 du code pénal.

En raison de cette extension législative de son domaine d'application, on a déploré que la mesure ait été détournée de son essence qui était d'être

⁵³ Cf. la déclaration de Mr. **Robert BADINTER** selon laquelle cette sanction intéresse la petite délinquance et est applicable en pratique à tous ceux (surtout les jeunes adultes), qui risqueraient d'être condamnés à une courte peine d'emprisonnement. *J.O. débats Assemblée Nationale*, 23 juillet 1982, p. 4709, col. 1. Voir également la déclaration de Mr. Forni, *J.O. débats Assemblée Nationale*, 22 juillet 1982, p. 4604, col. 1.

⁵⁴ Un décret du 14 mars 1986 a restructuré le Comité de probation et d'assistance aux libérés en lui donnant un véritable statut (voir le titre XI du livre V de la troisième partie du C.P.P. qui leur est spécialement réservé).

⁵⁵ Voir deux articles de Mr. **LORHO (G.)**, "Les alternatives à l'emprisonnement ou l'art baroque en droit pénal", *R.S.C.*, 1991, pp. 53-56. "L'art baroque en droit pénal. L'article 747-8 du code de procédure pénale ou "la conversion au rite byzantin", *R.S.C.*, 1992, pp. 725-728.

⁵⁶ Dans ce cas, il est alors une alternative conditionnelle, voir *infra*.

⁵⁷ Sur le fondement de l'article L. 1^{er}-1 du code de la route. Les délits routiers en question sont: la conduite en état d'ivresse ou malgré la suspension du permis, le délit de fuite, les refus d'obtempérer et de restituer le titre malgré la suspension.

une alternative à l'emprisonnement, puisqu'elle pouvait en tant que peine complémentaire se cumuler avec celui-ci ⁵⁸. Ce détournement légal inaugurerait déjà "la perte du sens éducatif" ⁵⁹ du T.I.G. qui s'est vérifiée en pratique.

De plus, ces nouvelles dispositions créaient des différences de régimes juridiques. Ainsi, le T.I.G. peine complémentaire prononcée à titre principal n'avait pas à respecter de conditions quant aux antécédents judiciaires.

Comme le souligne Mr. **Gérard LORHO** dans son étude, la palette était suffisamment riche ⁶⁰ et pourtant la loi du 6 juillet 1989 rajoute une dernière touche. Cette dernière est venue introduire dans le code de procédure pénale, un problématique article 747-8 ⁶¹.

Le nouveau code pénal de 1992 est venu mettre un peu d'ordre dans cette disparité des régimes.

Si le régime des articles 43-3-1 à 43-3-5 de l'ancien code pénal est repris par les articles 131-8, 131-9 alinéa 1^{er}, 131-22 à 131-24 et 131-36 du nouveau code, il y a une innovation importante: les conditions exigées auparavant quant au passé pénal du prévenu sont supprimées.

De plus, il est clair que désormais, la peine de travail d'intérêt général visée à l'article 131-4, 4.º en tant que peine principale a reconquis sa vocation substitutive exclusive de l'emprisonnement.

Elle ne peut pas se cumuler ni avec l'emprisonnement, ni avec les peines privatives et restrictives de droits, ni avec l'amende ou les jours-amendes ⁶². Par ailleurs, il semblerait que les critiques précédemment

⁵⁸ **LORHO (G.)**, "Les alternatives à l'emprisonnement ou l'art baroque en droit pénal", *ibid.*, p. 53.

⁵⁹ D'après les résultats d'une enquête locale menée dans le ressort juridictionnel de Bordeaux, "le T.I.G. victime des pesanteurs institutionnelles, n'a pas la portée pédagogique qu'on lui prête". Cf. **FAGET (J.)**, "La bureaucratisation du Travail d'intérêt général", *Actes*, n° 73, décembre 1990, pp. 23-27. L'auteur fait remarquer qu'en réalité, il y a une désaffection du côté du versant éducatif de la mesure de la part des travailleurs sociaux. L'idée étant ici que c'est le travail qui par lui-même est éducatif.

⁶⁰ T.I.G. peine dite de *substitution*, sursis T.I.G., T.I.G. avec sursis T.I.G. peine complémentaire, T.I.G. prononcé à titre de peine principale, Cf. "les alternatives à l'emprisonnement ou l'art baroque en droit pénal", *op. cit.*, p. 54.

⁶¹ Abrogé par la suite par la loi d'adaptation du 16 décembre 1992. Voir l'article 111 de la loi, *J.O.*, 23 décembre 1992, 17577. Il correspond désormais à l'article 132-57 du nouveau code pénal.

Pour de plus amples explications sur les modalités de cette conversion, cf. la section 2 § 2 de ce chapitre.

⁶² Article 131-9 du nouveau code pénal.

signalées concernant la répression de certains délits routiers n'aient plus lieu d'être ⁶³.

On notera, pour les mineurs de 16 à 18 ans, que la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 a inséré dans l'ordonnance du 2 février 1945, la réglementation des modalités du T.I.G. à leur égard. Son régime est aligné sur celui des majeurs ⁶⁴.

Au Portugal, les services communautaires sont a priori applicables aux mineurs dans la mesure où ils sont imputables à partir de 16 ans et peuvent faire l'objet des mêmes peines que les majeurs, sous réserve des dispositions du décret-loi n.° 401-82 du 23 septembre 1982 qui instaure un régime spécial pour les jeunes délinquants de 16 à 21 ans.

2 – Au Portugal: la prestation de travail en faveur de la communauté

Le travail au profit de la communauté (*prestação de trabalho a favor da comunidade*) n'existait pas dans le projet initial de 1963. Il fut introduit pour la première fois dans la proposition de loi n.° 117/I du 28 juillet 1977.

L'art. 60 du code pénal de 1982 le conserva en tant que peine principale. Mais, au Portugal, l'institution n'était pas totalement inconnue et

⁶³ Voir l'article de Mr. Gérard LORHO, "Chronique du nouveau code pénal "Un travail d'utilité collective: la réforme du T.I.G.", *Droit pénal*, janvier 1993, chron., pp. 1-2. L'auteur estime qu'en ce qui concerne les délits routiers le T.I.G. peine complémentaire n'est plus prononçable à titre de peine principale en raison de la rédaction de l'article 131-10 auquel renvoie l'article 131-11.

Par contre, selon l'article 131-17 alinéa 2: "le règlement qui réprime une contravention de la cinquième classe peut également prévoir à titre de peine complémentaire la peine de travail d'intérêt général pour une durée de 20 à 120 heures". La juridiction pourra ici prononcer le T.I.G. comme peine principale, conformément à l'article 131-18 du nouveau code pénal.

Dans ce cas, on pourra parler du T.I.G. véritable peine de substitution de l'emprisonnement qui a été bel et bien supprimé pour les contraventions.

⁶⁴ En effet, le texte ne parle plus de l'ancienne notion générale d'excuse atténuante de minorité. Il s'agit d'une diminution de la peine dont les modalités sont spécifiées dans un nouvel article 20-2 de l'ordonnance, en ce qui concerne l'emprisonnement. Pour le travail d'intérêt général, le nouvel article 20-5 de l'ordonnance in fine se contente de mentionner que les travaux doivent être adaptés aux mineurs et présenter un caractère formateur ou de nature à favoriser l'insertion sociale des jeunes condamnés.

fonctionnait auparavant comme substitut de l'amende impayée ⁶⁵. Cette modalité est aujourd'hui encore conservée, nous l'avons vu, dans l'art. 47 n.º 2 du code pénal.

Le cadre légal est assez restreint puisque cette peine ne peut être appliquée que lorsque l'infraction commise est concrètement punie d'une peine de prison ne dépassant pas trois mois ou d'une peine d'amende de même durée ⁶⁶. Cependant, il va de soi qu'aucune condition n'est exigée quant au passé judiciaire de l'agent.

Cette peine consiste en la prestation de services gratuits au bénéfice de l'État, d'autres personnes collectives de droit public ou d'entités privées considérées par le tribunal comme ayant un intérêt pour la communauté. La durée des services est comprise entre 9 et 180 heures accomplies en dehors des heures normales de travail ⁶⁷.

A l'inverse du droit français où le T.I.G. peut se révéler être une modalité d'exécution particulière du sursis avec mise à l'épreuve, le législateur portugais ne prévoit pas expressément pareil aménagement. Cependant, certains estiment que la formulation générale des mesures d'assistance dont peut être assorti le sursis au Portugal (art. 49), milite en faveur de l'extension des services communautaires ⁶⁸.

A ce cadre légal tellement restreint du travail au profit de la communauté au Portugal s'oppose celui de la dispense de peine qui est une des modalités du pardon judiciaire.

⁶⁵ Ainsi l'art. 639 du code de procédure pénale de 1929 consacrait le travail communautaire comme mode d'exécution des peines pécuniaires et des frais de justice. Sur les observations historiques de cette modalité du Travail en faveur de la communauté au Portugal, cf.:

VERA JARDIM (M. A.), *Trabalho a favor da comunidade, a punição em mudança*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 91 et s.

⁶⁶ Beaucoup d'auteurs soit s'étonnent de ce cadre restrictif, soit en font une des raisons essentielles du faible nombre de services communautaires prononcés par les tribunaux portugais depuis l'entrée en vigueur du code pénal. Voir parmi eux:

RODRIGUES (A.), "Les sanctions pénales classiques et alternatives dans la législation portugaise", XXXVII^e Cours International de Criminologie, Lisboa 21-25 avril 1986, *Annales Internationales de Criminologie*, année 1987, vol. 25, n.º 1 et 2, pp. 69-86.

L'Anteprojet de révision du code pénal qui se trouve à l'heure actuelle en phase de discussion, a élevé, de 3 à 6 mois, la limite maximale de la peine de prison encourue. Sur les critiques des dispositions de l'Anteprojet concernant le travail au profit de la communauté, cf.:

VERA JARDIM (M. A.), *ibid.*, p. 255.

⁶⁷ L'anteprojet de révision du code pénal, tout en élargissant le domaine d'application des services communautaires, a doublé leurs durées minimale et maximale (18 et 360 heures).

⁶⁸ **VERA JARDIM (M. A.)**, *ibid.*, p. 234 et s.

B • Le pardon dispense de sanction

Comme le souligne Mr. **Bernard VAREILLE**, la dispense de sanction représente la forme la plus achevée du pardon judiciaire ⁶⁹. Nous étudierons ici les deux formes prises par le pardon dispense de sanction en France et au Portugal: la dispense de peine et l'admonestation.

En France, la dispense de peine est une institution originale de la loi du 11 juillet 1975 qui se différencie des autres substituts, en ce sens qu'elle est tout simplement une renonciation au prononcé de la peine ⁷⁰. Ainsi, les anciens art. 469-1 à 469-3 du C.P.P. accordaient au juge le droit, malgré la reconnaissance de culpabilité et juste après cette reconnaissance, soit de décider qu'il ne sera prononcé aucune peine ⁷¹, soit de réserver à une date ultérieure sa décision sur la peine (ajournement du prononcé de la peine ⁷²).

Cette dispense de peine, uniquement applicable aux majeurs pouvait porter sur toutes les sanctions répressives prononcées par les tribunaux de police et les tribunaux correctionnels.

La loi du 11 juillet 1975 était ainsi assez révolutionnaire ⁷³ puisqu'elle permettait de disjoindre de façon soit définitive soit provisoire les deux éléments traditionnellement indivisibles de la décision pénale, à savoir la déclaration de culpabilité et la condamnation. Elle empruntait incontestablement

⁶⁹ Op. cit., p. 685. Il est vrai que la doctrine réserve parfois le terme de pardon judiciaire à la dispense de peine comme c'est le cas de Mr. **LARGUIER**, in *R.S.C.*, 1978, p. 617.

⁷⁰ La résolution (76) 10 adoptée le 9 mars 1976 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandait aux États membres de l'appliquer. Voir le 3 - a) de la résolution.

⁷¹ La jurisprudence avait considéré que la dispense de peine exige à la fois la reconnaissance de la responsabilité pénale et l'absence de prononcé de toute peine. Cf. l'arrêt de la chambre criminelle du 12 juin 1979, *Bull. Crim.* n° 206 qui, bien que concernant l'ajournement, précise une solution pouvant être transposée à la dispense de peine. Voir également l'arrêt de la chambre criminelle du 27 novembre 1978, obs. de **J. LARGUIER**, *R.S.C.*, 1980, p. 115. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse un arrêt d'une cour d'appel qui avait, avant d'en dispenser le condamné, prononcé une peine d'emprisonnement.

⁷² La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le C.P.P. et relative à la détention provisoire ajoutait un nouvel art. 469-4 et instituait l'ajournement avec mise à l'épreuve. Cette modalité de l'ajournement est aujourd'hui contenue à l'article 132-63 à 132-65 du nouveau code pénal.

⁷³ Bien qu'il existât des précédents législatifs et jurisprudentiels de cette technique de pardon judiciaire qu'est la dispense de peine, cf. pour plus de détail, l'article de Mr. **Bernard VAREILLE**, op. cit., pp. 685-686.

les idées de la défense sociale nouvelle relatives à la “césure” du procès pénal ⁷⁴.

Le nouveau code pénal de 1992 réunit la dispense de peine et l’ajournement dans une même sous-section de la partie consacrée aux modes de personnalisation des peines. Il reprend dans ces articles 132-59 à 132-65 l’ancien dispositif avec juste une innovation: La possibilité de ne pas mentionner la décision au Bulletin n.º 1 du casier judiciaire. Le pardon du juge répressif va alors très loin, puisqu’il peut désormais “transformer la déclaration de culpabilité en “quasi-relaxe” ⁷⁵. De plus, il crée une figure intéressante: l’ajournement avec injonction (article 132-66 à 132-70).

Au Portugal, le nouveau code pénal de 1982 fidèle aux idées importées des pays voisins et à la doctrine de la défense sociale nouvelle a également prévu la dispense de peine et l’ajournement.

Ainsi, l’article 75 du code pénal portugais prévoit la dispense de peine. Cette mesure fit sa première apparition dans la proposition de loi n.º 221/I du 21 février 1979. Elle illustre bien le principe inspirant la réforme pénale portugaise selon lequel la culpabilité n’est pas en soi une condition suffisante d’application de la peine⁷⁶. Pour que cette modalité du pardon judiciaire soit applicable, certaines conditions doivent être réunies:

En premier lieu, la peine de prison encourue doit être de 6 mois au plus avec ou sans amende. Cette exigence légale démontre que cette mesure est réservée aux courtes peines et aux actes de peu de gravité, contrairement au droit français. En second lieu la culpabilité de l’agent doit être minimale et le dommage, avoir été réparé ⁷⁷. Enfin, la dispense de peine ne doit pas être contraire aux exigences de réinsertion du délinquant et de prévention générale.

⁷⁴ Avec, il faut quand même le souligner, une nuance de taille car cette scission n’était pas ici envisagée pour permettre l’examen de personnalité du délinquant. L’ajournement n’a pour but que de laisser les conditions de la dispense de peine se réaliser, si elles ne sont pas réunies au moment où le tribunal se prononce.

⁷⁵ **DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.)** “Présentation des dispositions du nouveau code pénal, op. cit., p. 14, n° 92.

⁷⁶ Cf. **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)** “La réforme pénale portugaise”, op. cit., p. 18.

⁷⁷ Cette exigence légale est particulièrement contrôlée par la Cour de cassation qui estime dans un arrêt du 20 juin 1984 qu’indépendamment des autres considérations, la dispense de peine n’est pas justifiée s’il n’est pas démontré que le dommage a été réparé. Cité in **OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES (M.) et CARRILHO DE SIMAS SANTOS (M. J.)**, *O Código penal de 1982*, vol. 1, Lisboa, Rei dos Livros, 1986, p. 399.

L'intéressé est cependant condamné aux frais et dépens et la condamnation est inscrite au casier judiciaire. Sur ce dernier point, nous avons vu que le nouveau code pénal français est plus souple.

Par ailleurs, dans la partie spéciale du code pénal, on admet dans une large mesure la possibilité d'exemption de peine, ce qui accroît considérablement le domaine du pardon dispense de sanction au Portugal.

Les dispositions de la partie spéciale du code pénal qui prévoient des cas d'exemption de peine, énumèrent de façon exhaustive les comportements de l'agent infracteur ainsi que les circonstances des infractions pouvant y donner lieu ⁷⁸.

Le droit portugais, tout comme en France, prévoit la possibilité d'un ajournement de la sentence pour un délai d'un an (article 75 n.° 2 du code pénal). Il peut avoir lieu à chaque fois que le juge a des raisons de croire que les conditions de la dispense de peine sont en voie de réalisation, alors qu'elles sont non intégralement réalisées au moment du jugement.

Notons ici qu'à la grande différence du droit français, l'ajournement n'est possible au Portugal que lorsque le juge envisage le prononcé futur d'une dispense de peine.

L'admonestation (*admoestação*) est, après la dispense de peine la plus légère de la panoplie des alternatives à l'emprisonnement au Portugal. Son introduction date de la proposition de loi n.° 221/1 du 21 février 1979 ⁷⁹.

Cette peine prévue à l'art. 59 n.° 1 du nouveau code pénal consiste en une censure solennelle faite par le tribunal en audience publique, après la déclaration de culpabilité.

Applicable en principe aux délinquants primaires ou aux individus chez qui il existe un plus vif sentiment de leur propre dignité ⁸⁰, elle ne concerne que des faits de peu de gravité ⁸¹.

⁷⁸ D'une manière plus générale, la jurisprudence considère que l'exemption de peine est applicable dans les cas d'infractions de peu d'importance, lorsque leur caractère injuste est insignifiant, tout comme / ou est insignifiante la culpabilité du prévenu. Voir l'arrêt de la cour d'appel de Coimbra du 18 janvier 1984, *B.M.J.*, n° 333, p. 532.

⁷⁹ L'art. 64 du code pénal antérieur consacrait une mesure similaire: la "répréhension" (*repreensão*) mais qui était limitée au crime de vol privilégié prévu dans l'art. 430 § 1.

⁸⁰ Voir le n° 12 du préambule du code pénal. La jurisprudence en tient compte, cf. un arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 18 mai 1983, *Colectânea de Jurisprudência*, VIII, tomo III, p. 178. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré la condamnation à une simple admonestation inadéquate en raison du caractère réincident de la détention de stupéfiants pour laquelle le prévenu était poursuivi, et ceci même s'il semblait se trouver sur le chemin de la normalisation.

⁸¹ Pourtant, la jurisprudence semble s'entendre sur le fait que la peine d'admonestation n'est pas applicable aux contraventions. Cf. les arrêts de la cour d'appel de Coimbra du 11 juillet 1984, *B.M.J.* n° 339, p. 472 et du 16 janvier 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, X, tomo I, p. 87.

En effet, il faut que la peine concrètement encourue soit de 3 mois d'emprisonnement au plus, avec ou sans amende ou une peine d'amende ou une peine d'amende de même limite (art. 59 n.º 1).

Signalons aussi qu'en tant que peine principale, l'admonestation fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire.

Elle est, au Portugal, assimilable à un véritable pardon judiciaire. Bien que la nature para-pénale de cette sanction ne fasse pas de doute, l'aspect sanctionnateur découle de la déclaration de culpabilité qui porte en elle la marque d'une désapprobation des faits commis, signifiée publiquement par le juge qui, cependant, n'impose pas de peine.

Il convient alors de parler de son équivalent en droit français qui est l'admonestation et la remise à parents en matière d'Enfance délinquante.

L'ordonnance du 2 février 1945 range cette mesure parmi celles de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation. Par ailleurs, la jurisprudence considère l'admonestation comme appartenant formellement à la catégorie des mesures de sûreté⁸². Sa qualification comme mesure de sûreté semble dénier la possibilité qu'a le juge de recourir à un véritable pardon judiciaire qui suppose, comme pour la dispense de peine, l'absence totale de condamnation.

Mais on peut également rapprocher l'admonestation d'un pardon de la part du juge répressif, dans la mesure où il y a une idée de mise en garde comme dans toute déclaration de culpabilité⁸³. C'est donc ce caractère essentiellement déclaratif qui nous permet de dire que l'admonestation, même si elle est qualifiée de mesure de sûreté, ressemble à un pardon du juge.

Le Portugal et la France ont ainsi diversifié les sanctions qui ont pour but, dès l'origine, d'éviter le recours à la peine privative de liberté.

Elles conduisent parfois à un pardon du juge qui est parfait lorsqu'il s'agit de dispenser le délinquant de toute peine, mais dont l'idée demeure sous-jacente quand la dispense en question touche l'exécution de la peine. La porte s'ouvre donc sur une autre catégorie d'alternatives conditionnelles.

⁸² Cf. l'arrêt de principe, Cass. civ. 2º, 7 mars 1958, *J.C.P.*, 1958, II, 10613, note **J. LARGUIER**.

⁸³ En effet, elle suppose la culpabilité du mineur, même s'il a moins de treize ans et qu'il est considéré inapte à la sanction. Voir **VAREILLE (B.)**, op. cit., p. 686.

Section 2:

Rénover les alternatives conditionnelles à l'exécution de la peine

Ces alternatives, parfois fort anciennes, consistent à éviter l'emprisonnement en suspendant son exécution. L'option qui s'ouvre au juge n'est plus alors définitive, mais conditionnelle, la peine devient ainsi évolutive⁸⁴. Le regard de la justice scrute l'individu dans son devenir, et non plus seulement son infraction passée, sa personnalité passée. Et la Balance échange le glaive contre la clepsydre.

C'est à la fin du XIXe siècle que le caractère évolutif de la peine apparaît tout d'abord avec la libération conditionnelle⁸⁵. Le sursis, créé en France par la loi **BÉRANGER** de 1891, est ensuite la grande réforme qui présidait l'explosion du phénomène de l'individualisation des réactions pénales.

L'évolution expansive de l'institution regorge d'aménagements dans les pouvoirs du juge (§ 1) sur lesquels vient s'implanter un greffon d'origine anglo-saxonne: la probation (§ 2) que le Portugal a retenu telle quelle.

§ 1 • *L'expansion du sursis simple*

Les rédacteurs du code de procédure pénale français avaient conçu le sursis de manière assez restrictive quant à son domaine d'application, et de manière assez extensive quant à ses cas de révocation. L'évolution postérieure est allée dans le sens d'une libéralisation du sursis, à laquelle le nouveau code pénal est venu apporter des freins (A). Le Portugal a connu une évolution similaire dans la mesure où le code pénal actuel est moins libéral que le projet initial (B).

A • Une expansion souvent freiné en France

Les lois du 17 juillet 1970 et du 11 juillet 1975 ont rendu plus facile l'application du sursis et en même temps ont réduit son domaine de révocation. Depuis la loi de 1975 le sursis peut être ordonné lorsque le prévenu n'a pas été condamné pendant les cinq dernières années, soit à une peine

⁸⁴ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Le flou du droit*, op. cit., p. 75.

⁸⁵ Loi de 1885 en France et décret du 6 juin 1893 au Portugal.

criminelle, soit à une peine d'emprisonnement supérieure à 2 mois ⁸⁶. Auparavant, la loi était plus restrictive puisqu'aucun délai n'était spécifié. Cette "perte de mémoire" allait dans le sens d'une extension des bénéficiaires du régime de faveur qu'est le sursis déjà inauguré par la loi de 1970.

Si les conditions d'obtention du sursis sont réunies, la juridiction de jugement a possibilité de suspendre pour une durée de cinq ans les peines d'emprisonnement prononcées pour crime ou délit, mais aussi les condamnations pour contravention passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à 10 jours (ancien art. 734-1 al. 2 du C.P.P.).

Depuis la loi de 1970, le juge peut opter un sursis partiel (ancien art. 734-1 al. 3 du C.P.P.).

Au delà du délai de cinq ans, si le condamné fait preuve de bonne conduite, la peine prononcée à son égard est non avenue ⁸⁷.

Par ailleurs, les conditions de révocation du sursis qui étaient rigides, ont perdu leur automaticité depuis la loi du 11 juillet 1975 ⁸⁸. En effet, le tribunal peut par décision spéciale et motivée y faire totalement ou partiellement échec ⁸⁹. Même en cas de silence des juges sur la dispense de révocation, la réforme de 1975 donne la faculté pour le condamné de demander ultérieurement que ce bénéfice lui soit accordé.

Ainsi cette loi avait conféré aux juridictions un pouvoir décisionnel important quant à cette nouvelle mesure de confiance à l'égard du délinquant qu'est la dispense de révocation du sursis ⁹⁰.

⁸⁶ Ancien art. 734-1 al. 1 du C.P.P.

⁸⁷ Le point de départ du délai fait problème en jurisprudence, notamment depuis l'introduction par la loi du 17 juillet 1970 des sursis partiels. La Cour de cassation a récemment répondu à la question de savoir s'il fallait reculer le point de départ durant l'exécution de l'autre partie de la peine ou s'il fallait intégrer la période d'exécution dans le délai. La chambre criminelle dans un arrêt du 9 février 1988 a opté pour la suspension du délai tant que dure l'exécution de la partie ferme de l'emprisonnement prononcé. Voir la note de Mr. **Jean PRADEL**, *Dalloz*, 1988, pp. 335-337. Également:

COUVRAT (P.), "les temps des sursis: apports jurisprudentiels", *R.S.C.*, 1988, pp. 836-839.

⁸⁸ Sur les formes de révocation du sursis, cf. la chronique de Mr. **J. LARGUIER**, *R.S.C.*, 1980, p. 119. Voir également à propos du problème du cumul:

SALVAGE (P.), "Le cumul de sursis", *R.S.C.*, 1978, n° 1, pp. 13-32.

⁸⁹ Cette dernière faculté a été aménagée par la loi du 2 février 1981, voir art. 735 al. 2.

⁹⁰ La chambre criminelle de la Cour de cassation a même admis que cette dispense de révocation confère un caractère non avenue à la condamnation avec sursis, une fois le délai d'épreuve écoulé. Voir Cass. crim. 23 janvier 1986, *J.C.P.*, 1986, II, 20534, note **P. SALVAGE**. L'auteur de la note parle d'un chiffre de moins de 10% de révocations de sursis simple. Comme le souligne Mr. **Bernard VAREILLE**, la Cour de cassation "va ainsi très loin dans sa logique du pardon judiciaire: le juge de la récidive est maître non seulement de l'exécution d'une sanction attachée à la première condamnation, mais encore de la réhabilitation qui est susceptible d'en effacer le souvenir". Op. cit., p. 698.

La loi Sécurité liberté allait malheureusement marquer le point de départ d'une rupture dans cette évolution libérale du sursis en instituant des régimes spéciaux en matière "d'infractions de violence".

D'après l'ancien art. 747-1 du C.P.P., lorsque l'agent était condamné pour l'une de ces infractions, après l'avoir déjà été pour une autre infraction de droit commun, il perdait le bénéfice du sursis simple⁹¹. Ces dispositions devaient être ensuite abrogées par la loi du 10 juin 1983.

Le nouveau code pénal marque, à son tour, un frein dans cette évolution libérale. Les dispositions nouvelles correspondent dans l'ensemble aux anciens articles 734-1 à 737 du C.P.P. Des modifications importantes sont quand même à signaler.

Il est vrai que les conditions d'octroi semblent a priori plus libérales et démontrent une affection spéciale de la part du Législateur vis-à-vis de cette ancienne alternative à l'emprisonnement⁹².

Mais, en contrepartie les conditions quant au passé pénal du délinquant sont beaucoup plus rigoureuses. Ainsi, l'article 132-30 alinéa 1 pose comme règle qu'aucun sursis simple ne peut être octroyé si le coupable a déjà été condamné au cours des cinq années précédant les faits à une peine privative de liberté quelle qu'en soit la durée⁹³.

Par contre, en ce qui concerne les effets du sursis simple, l'article 132-38 reprend l'ancien dispositif de l'article 735 du C.P.P. concernant les possibilités de dispense de révocation du sursis simple, tel qu'il était issu de la loi du 11 juillet 1975 et de celle du 2 février 1981.

⁹¹ Ce sont les mêmes délits qui recevaient les régimes spéciaux de la récidive et des circonstances atténuantes. Il s'agissait des délits de moeurs, des crimes d'homicide volontaire, de castration, de vols, de viols et attentats à la pudeur, de coups et blessures, de détention et séquestrations, de destructions et d'enlèvements. Sur la politique criminelle qui sous-tendait la loi "Sécurité et Liberté", cf.:

EL AOUFIR (C.), *"La politique criminelle française (1975-1981), Discours et pratiques"*, Thèse de Doctorat de 3^e cycle en droit, Université de Bordeaux I, novembre 1983.

⁹² Voir l'article 132-31 qui étend considérablement le domaine d'application du sursis. Plus qu'une alternative à l'emprisonnement, il devient une modalité du pardon judiciaire avec cette idée d'un pardon qui dispense de l'exécution de la peine, entendue ici au sens large. Il est désormais applicable non seulement à l'emprisonnement, mais à l'amende (sauf pour les contraventions des quatre premières classes) et aux peines dites "de substitution" (sauf la confiscation) ainsi qu'à toutes les peines complémentaires (sauf la confiscation, la fermeture d'établissement et l'affichage).

⁹³ De même l'alinéa 2 de ce même article rend impossible le bénéfice d'un sursis pour une peine autre que privative de liberté, si le coupable a été condamné, dans les cinq années qui précèdent les faits, à une peine non privative de liberté.

L'expansion du sursis simple a connu des ruptures plus ou moins importantes. Le nouveau code pénal en a fait assurément une modalité de pardon judiciaire. Cette idée est moins vivace au Portugal.

B • Une expansion soigneusement dosée au Portugal

Le sursis simple (*suspensão da execução da pena*) fut introduit au Portugal, deux ans après la loi **BÉRENGER**, par une loi du 6 juin 1893. L'évolution postérieure est allée dans un sens libéral tout comme en France, étendant ainsi son domaine d'application ⁹⁴.

D'après l'art. 48 n.º 1 du code pénal de 1982, le tribunal peut suspendre l'exécution d'une peine de prison de 3 ans au plus avec ou sans amende ainsi que la peine d'amende imposée au condamné qui n'a pas la possibilité de payer.

Contrairement à l'art. 734-1 du C.P.P. français, il n'est fait aucune référence au passé judiciaire du condamné ⁹⁵.

Une autre différence par rapport au droit français est que la durée de la suspension n'est pas fixe mais varie d'un an à cinq ans. Peine principale, elle a vocation à s'appliquer à la totalité de la peine prononcée.

En ce qui concerne la révocation du sursis, elle n'est pas non plus automatique. L'article 51 n.º 1 du code pénal prévoit cette révocation de

⁹⁴ Le projet de code pénal de 1963, initialement présenté par Mr. **Eduardo CORREIA**, était même extrêmement libéral, puisqu'il permettait aux tribunaux de prononcer le sursis simple sans aucune limitation quant à la durée de la peine d'emprisonnement encourue par le délinquant. Voir l'art. 62 du projet. *Actas das sessões da comissão revisora do código penal*. Parte geral, vol. I, Lisboa, A.A.F.D.L., p. 53. Sur les considérations qui ont amené l'auteur du projet à aller si loin, cf.:

CORREIA (E.), "La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code pénal portugais de 1963", *Estudos in memoriam do Professor Beleza dos Santos*, Coimbra, 1965, pp. 5-90.

⁹⁵ Mais la jurisprudence petit à petit a exclu du bénéfice du sursis certaines infractions: les crimes sexuels sont normalement exclus sauf dans des cas exceptionnels, v. l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1983, *B.M.J.*, n° 331, p. 229. De même les offenses corporelles qualifiées, v. l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1985, *B.M.J.*, n° 345, p. 260. Les infractions relatives à la contrebande ont été également écartées de l'octroi du sursis pour des raisons de prévention spéciale, v. l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 1984, *B.M.J.*, n° 339, p. 267

Au niveau des infractions à la loi sur la chasse, les cours d'appel semblent s'entendre aussi sur leur exclusion: cf. les arrêts de la Cour d'appel de Coimbra du 2 mai 1985 et de la cour d'appel de Porto du 27 mars 1985, respectivement publiés au *B.M.J.*, n° 347, p. 466 et *B.M.J.*, n° 345, p. 450.

plein droit uniquement si le délinquant vient à être condamné d'une peine d'emprisonnement pour crime dolosif commis pendant la période de suspension de la peine.

L'art. 49 du code pénal permet de subordonner l'octroi du sursis à l'accomplissement de certains devoirs destinés à réparer le mal causé par le crime ou à faciliter la réadaptation sociale du délinquant ⁹⁶. On peut voir dans cette modalité du sursis une institution intermédiaire entre le sursis simple et le sursis avec mise à l'épreuve du droit français ⁹⁷.

Mais, dans la pratique, alors que le contrôle de l'exécution de la mesure par les services de réinsertion sociale n'était pas obligatoire, ce type de sursis s'est développé dans le sens d'un sursis probatoire ⁹⁸.

Si la souplesse du régime du sursis simple se manifeste pleinement aujourd'hui, la modalité particulière qu'est le sursis avec mise à l'épreuve a subi à son tour d'intéressantes révolutions.

§ 2 • La probation classique et les révolutions du sursis probatoire

La législation française a été pendant longtemps hostile au régime de probation anglo-américaine ⁹⁹. Suite à de nombreuses oppositions doctrinales ¹⁰⁰, ce n'est qu'en 1958 qu'elle fit son apparition sous le nom de "sursis avec mise à l'épreuve" ¹⁰¹, transposition du système à nos institu-

⁹⁶ Certains devoirs qui peuvent conditionner le sursis sont spécialement mentionnés à l'article 49 du code pénal. Ce sont les suivants:

- Payer dans un certain délai une indemnisation à la victime ou lui en garantir le paiement par le biais d'une caution appropriée.
- Donner à la victime une satisfaction équitable.
- Payer à l'État une certaine somme sans toutefois atteindre la limite maximum établie pour le montant de la peine d'amende.

⁹⁷ **DAGA (L.)**, op. cit., p. 189.

⁹⁸ Voir nos développements du paragraphe suivant.

⁹⁹ Sur l'institution cf.:

AMOR (M. P.), "Le" Probation system "ou système de l'épreuve surveillée", *R.P.D.P.*, 1948, p. 6 et s.

BIGOTE CHORÃO (M.), "Probation", *Alguns aspectos jurídicos, criminológicos e sociais*. Separata do vol. XII do suplemento ao B.F.D.U.C., Coimbra, 1959.

FAGET (J.), *La probation et le contrôle judiciaire: la justice buissonnière*, Thèse d'État, Bordeaux I, 22 juin 1979.

¹⁰⁰ Voir sur ce point, **PONS (L.)** "La probation en France", *Rev. dr. pén.* 1969-1970, pp. 647-664.

¹⁰¹ Ancien art. 738 et s. du C.P.P.

tions pénales traditionnelles (A). Le Portugal a introduit avec le nouveau code pénal de 1982 un régime de probation pure, mais la jurisprudence a consacré le sursis probatoire à l'image du droit français (B).

A • Le sursis probatoire en France

Le système consiste à permettre au délinquant reconnu coupable de crime ou de délit de droit commun, de bénéficier d'un sursis à l'exécution de sa peine à condition de se soumettre à une période d'épreuve ¹⁰² (désormais entre 18 mois et 3 ans) ¹⁰³ assortie de mesures de contrôle et d'aide ¹⁰⁴ et éventuellement d'obligations spéciales favorisant sa réinsertion ¹⁰⁵.

Le Législateur a progressivement étendu le domaine d'application du sursis probatoire et ses effets, renforçant les pouvoirs du juge d'application des peines sur lequel repose la substance du régime.

Le mouvement devait s'amorcer comme pour les sursis simples par la loi du 17 juillet 1970, avec une parenthèse en 1981, pour aboutir à la consécration par la loi du 10 juin 1983, de la modalité particulière qui consiste à demander au "probationnaire" d'accomplir un travail d'intérêt général.

La loi du 11 juillet 1975 est celle qui ouvrit le plus largement aux tribunaux la faculté de prononcer le sursis avec mise à l'épreuve. Depuis

¹⁰² La jurisprudence considérait que le délai d'épreuve courait à partir du jour où la condamnation est devenue définitive. Le nouveau code pénal dans son article 132-41 alinéa 2 prévoit désormais une solution différente, puisque le délai court à partir du moment où elle est exécutoire.

¹⁰³ Autrefois de 3 à 5 ans. Ce délai a été ramené de 18 mois à 3 ans par la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989. Le nouveau code pénal a maintenu ce délai, voir l'article 132-42. La loi de 1989 instaurait, par ailleurs, deux modalités particulières du sursis avec mise à l'épreuve. Ainsi, l'ajournement de la peine avec mise à l'épreuve (cf. l'ancien art. 469-4 du C.P.P.). L'ancien art. 749-8 du C.P.P. donnait également aux juridictions, la possibilité de convertir en sursis avec mise à l'épreuve comprenant l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, une condamnation à une peine de prison ferme inférieure à 6 mois, prononcée hors la présence du prévenu et devenue définitive.

¹⁰⁴ Conformément aux nouvelles formules du code pénal de 1992. Auparavant on parlait de mesures de surveillance et d'assistance.

¹⁰⁵ Voir les anciens articles 738 et s. du C.P.P. pour ce qui est du régime du sursis avec mise à l'épreuve. Pour ce qui concerne les prescriptions spéciales se référer les articles R. 58 du C.P.P. dans sa rédaction du 14 mars 1986 et la chronique de Mr. **Pierre COUVRAT**, "A propos de deux décrets du 14 mars 1986. Les prescriptions du sursis avec mise à l'épreuve et de la libération conditionnelle", *R.S.C.*, 1986 n° 3, pp. 665-669.

cette réforme, il est applicable à toute personne quel que soit son passé pénal.

En ce qui concerne les mesures pendant le délai d'épreuve, la loi du 11 juillet 1970 a doté le juge d'application des peines de pouvoirs importants. Il contrôle non seulement l'exécution des mesures et des obligations relatives au régime de la mise à l'épreuve dont a la charge le comité de probation, mais il peut aussi en cas de besoin les modifier, les aménager ou même les supprimer¹⁰⁶. L'article 132-45 du nouveau code pénal reprend l'ancien article R. 58 du C.P.P. et énumère 14 prescriptions qui ressemblent à celles qui peuvent être imposées au niveau du Contrôle judiciaire et de la libération conditionnelle. Par contre, la liste est limitative et est, dans ses termes, d'interprétation restrictive¹⁰⁷.

Tout comme pour le sursis simple, la loi du 11 juillet 1975 a rompu avec l'automatisme des cas de révocation du sursis probatoire. En cas de nouvelle condamnation la juridiction avait ainsi le choix entre la révocation qui est toujours facultative et judiciaire (ancien art. 744-3 du C.P.P.) qui peut-être totale ou partielle et la prolongation du délai d'épreuve (ancien art. 742-2° du C.P.P.). Cette faculté était également ouverte en cas d'inexécution des obligations prescrites pendant le délai d'épreuve (ancien art. 742 du C.P.P.).

Désormais avec le nouveau code pénal, la distinction entre "l'exécution de la peine" qui sanctionnait la violation des obligations de l'épreuve et "la révocation du sursis" n'existe plus. L'article 132-47 du code pénal continue à distinguer la violation des obligations de la commission de nouvelles infractions, mais ces deux circonstances peuvent entraîner la révocation du sursis selon des mêmes modalités de fond. Ce n'est qu'au niveau procédural que la distinction a encore une portée.

Ainsi, la révocation suppose toujours une décision spéciale et motivée. Ici, le silence des juges aura un effet contraire à celui du sursis simple qui vaut révocation sous réserve pour le condamné de demander ultérieurement la dispense de révocation.

¹⁰⁶ **MARC (G.)**, "Le nouveau pouvoir reconnu au juge d'application des peines d'imposer des obligations supplémentaires aux probationnaires en cours d'épreuve", *R.S.C.*, 1971, p. 1006 et s.

¹⁰⁷ La jurisprudence est ferme sur ce point, la juridiction de jugement ou le juge de l'application des peines ne pouvant ni ajouter d'autres mesures que celles prévues par les textes, ni les étendre au-delà de leur sens littéral. Voir *Crim.*, 2 avril 1963, *Dalloz*, 1963, p. 506, note de Mr. **SCHEWING**. *Crim.*, 10 novembre 1966, *Bull. Crim.*, n° 256.

Si le probationnaire s'est correctement conduit, sa peine est considérée non avenue à l'expiration du délai d'épreuve, et dans certaines conditions, il peut également bénéficier d'une extinction anticipée en cours d'épreuve, prononcée par le tribunal correctionnel (art. 743 du C.P.P.).

La loi du 2 février 1981, avait apporté certaines restrictions quant aux bénéficiaires du régime du sursis avec mise à l'épreuve, à l'image de ce qui était institué pour le sursis simple.

Pour les mêmes "infractions de violence", il suffisait d'avoir été condamné à une peine d'emprisonnement au cours des cinq dernières années, et de voir prononcer à son encontre une peine d'emprisonnement supérieure à un mois, pour être exclu du sursis avec mise à l'épreuve.

La loi du 10 juin 1983, en abrogeant ces dispositions qui restreignaient considérablement le domaine de l'individualisation des sanctions offertes aux tribunaux, a révolutionné quelque peu l'institution puisqu'elle donnait au juge la possibilité d'assortir le sursis d'une mesure de travail d'intérêt général.

L'originalité de ce type de sursis tenait au fait qu'en raison des différents emprunts au régime général du sursis probatoire, la mesure substitutive qu'est le T.I.G. voyait son champ d'application considérablement élargi en fonction des délinquants et en fonction de la peine d'emprisonnement qu'elle a vocation à remplacer.

Cependant, le système était par certains côtés dérogatoire. Dans ce cas, le sursis ne peut être partiel, il est applicable à la totalité de la peine (art. 747-3 du C.P.P.). De plus, le délai d'épreuve était de 18 mois maximum et pouvait être suspendu provisoirement pour motifs d'ordre médical, familial, professionnel ou social (art. 747-1 du C.P.P.).

Le juge de l'application des peines fixe les modalités d'exécution du T.I.G. qui sont révisables à tout moment.

Aussitôt le T.I.G. accompli, la condamnation sera considérée non avenue et disparaît du Bulletin n.º 2. On voit donc ici une différence par rapport à la fois aux règles du sursis avec mise à l'épreuve et à celles du T.I.G. peine principale ¹⁰⁸.

¹⁰⁸ En effet, l'exécution du T.I.G. peine principale est sans incidence sur l'effacement de la condamnation. Normalement cet effacement a lieu après cinq ans, à compter du caractère définitif de la condamnation. Cette différence de régime du T.I.G. selon ses modalités entraîne beaucoup d'inconvénients au niveau de l'enregistrement au casier judiciaire. Voir à ce sujet Mr. **Gérard LORHO**, "Un travail d'utilité collective: la réforme du T.I.G.", op. cit., p. 2.

Il est vrai que l'abaissement du délai d'épreuve par la loi du 6 juillet 1989 a atténué cette différence de régime. Le nouveau code pénal a repris l'ancien dispositif dans ces articles 132-54 à 132-56. Il reprend par ailleurs, les dispositions de l'ancien article 747-8 du C.P.P. qui ont donné tant de difficultés en pratique.

Selon cet article du code de procédure pénale, sur saisine du juge d'application des peines, le tribunal peut sous certaines conditions, ordonner le sursis à l'exécution d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à six mois avec l'obligation pour le condamné d'accomplir un T.I.G.

D'après cette réforme qui date de la loi du 6 juillet 1989, il existait une conversion possible des courtes peines sous forme de travail d'intérêt général ¹⁰⁹.

Les praticiens se sont vite montrés inquiets vis-à-vis de cette mesure dont ils ne mesuraient pas toujours avec certitude les effets juridiques. Deux difficultés allaient voir le jour.

Tout d'abord, la conversion était-elle possible lorsque la peine prononcée était mixte? Le texte parlait d'une condamnation *comportant* un emprisonnement ferme de six mois au plus. Ensuite, quel était le sort de l'éventuel sursis antérieur révoqué?

Le 4 avril 1991, la chambre criminelle de la Cour de cassation statua sur ces deux difficultés ¹¹⁰. Elle exclut en premier lieu les peines mixtes du bénéfice de la conversion. Mais cette décision est, semble-t-il, un peu contraire à l'esprit qui commande les alternatives à l'emprisonnement. Il s'agit d'une mesure qui permet d'éviter les courtes peines de prison. Peu

¹⁰⁹ C'est le terme utilisé par la circulaire 89-8-F-1 du 28 juillet 1989. Cette conversion était préconisée par le rapport de Mr **Gilbert BONNEMAISON** sur la modernisation du service public pénitentiaire de février 1989. Il proposait cependant une conversion plus large puisqu'elle devait s'étendre aux peines d'emprisonnement inférieures ou égales à un an. De même il était suggéré de se passer de la présence du prévenu au moment de la décision de condamnation. Dans ce cas, une peine subsidiaire devait être prévue dans l'éventualité d'un refus d'accomplir le T.I.G. par le condamné. Les propositions de ce rapport n'étaient pas sans susciter les critiques de la part de certains auteurs. Voir: **PERIER-DAVILLE (D.)**, "Le rapport Bonnemaïson sur les prisons", *Gaz. Pal.*, mercredi 5 – jeudi 6 avril 1989, pp. 18-20.

¹¹⁰ Arrêts publiés au *Bull. crim.*, n° 162. Pour un commentaire de ces arrêts ainsi que les difficultés pratiques soulevées, cf. **Gérard LORHO**, "L'art baroque en droit pénal, l'article 747-8 du code de procédure pénale ou la "conversion au rite byzantin", op. cit. Voir également une étude plus pratique du même auteur, "Les voies lumineuses de la conversion" ou la clarification par la chambre criminelle du régime obscur de l'article 747-8 du code de procédure pénale", *Droit pénal*, octobre 1991, chr., pp. 1-3.

importe alors, que la peine soit totalement ou partiellement ferme. La solution a néanmoins l'avantage de simplifier la gestion de cette conversion en sursis.

En second lieu, la Cour de cassation estima que dans la mesure où l'exécution du T.I.G. rendait non avenue la condamnation, cette dernière ne pouvait plus révoquer un sursis antérieur ¹¹¹.

C'est surtout la conversion en T.I.G. qui pose des problèmes au niveau de l'enregistrement au casier judiciaire national ¹¹².

Curieusement, le nouveau code pénal a maintenu cette conversion ¹¹³ et n'a pas – à la grande déception de beaucoup de praticiens et de certains auteurs ¹¹⁴ – consacré une modalité du T.I.G. bien plus simple au niveau pratique l'ajournement avec obligation d'accomplir un T.I.G.

Le sursis T.I.G. n'est pas encore légalisé au Portugal, mais il y a un précédent jurisprudentiel de ce type de sursis, ce qui va également dans le sens de cette préférence que semblent avoir les tribunaux portugais vis-à-vis du sursis probatoire.

B • De la probation pure au Portugal au sursis probatoire

La probation (regime de prova) est réglemantée aux art. 53 à 58 du code pénal de 1982, en tant que peine distincte du sursis ¹¹⁵.

En effet, cette peine suppose l'absence de prononcé de la sanction, l'existence d'un plan de réadaptation sociale et la sujétion du délinquant à la vigilance et au contrôle d'un personnel spécialisé issu de l'Institut de Réinsertion Sociale, les "técnicos de reinserção social".

¹¹¹ Décision par la suite confirmée dans un arrêt du 19 décembre 1991, *Bull. crim.*, n° 491.

¹¹² En effet, le casier judiciaire doit gérer tout un ensemble de messages: enregistrement d'une peine ferme, puis conversion, puis avis de fin de T.I.G. ou jugement d'inexécution auxquels se rajoutent des incidences sur le sort des sursis antérieurs.

¹¹³ Voir l'article 132-57 du nouveau code pénal qui reprend l'ancien article 747-8 du C.P.P.

¹¹⁴ Comme Mr. **JOUYS**. Pour plus de détails sur cette modalité du T.I.G. qui serait alors exclusive, cf. **Gérard LORHO** "Un travail d'utilité collective: la réforme du T.I.G.", op. cit., p. 2.

¹¹⁵ Dans une étude dont l'objectif était de mettre en place les bases d'une réforme au Portugal introduisant la probation, Mr. **Mário BIGOTE CHORÃO** se montrait plus modeste en préconisant un arsenal plus complet de mesures de sursis différenciées. "Il serait bon de ne pas perdre de vue que la *probation* ne se destine pas à substituer le régime du sursis simple, mais plutôt à cohabiter avec lui", op. cit., p. 220 (traduction personnelle).

La probation dure au Portugal de 1 à 5 ans (art. 53 du code pénal) et contrairement au sursis avec mise à l'épreuve français, en tant que peine principale elle ne peut être partiellement prononcée.

Le cadre légal semble a priori identique à celui du sursis au niveau de la pénalité qui sert de point de référence légale. Celle-ci ne doit pas dépasser 3 ans d'emprisonnement avec ou sans amende. De la même façon que pour les sursis, aucune condition quant au passé judiciaire du délinquant n'est requise.

Les devoirs susceptibles d'être imposés sont énumérés à l'art. 54 n.º 2 et sont du même ordre que ceux du sursis probatoire français ¹¹⁶. En outre le tribunal peut décider d'un internement jusqu'à deux mois dans des institutions adéquates et imposer au condamné le devoir de se porter garant de sa bonne conduite ou de se présenter périodiquement devant un tribunal ou d'autres entités non policières (art. 54 n.º 3).

En ce qui concerne les conditions d'application de la probation de l'article 53 du code pénal, les cours d'appel ont adopté des positions divergentes. Elles sont, en effet, divisées quant à la peine de prison de 3 ans qui sert de référence pour l'application du régime ¹¹⁷. Certaines penchent pour la peine concrètement applicable aux faits poursuivis, d'autres pour la peine légalement prévue pour l'infraction ¹¹⁸. D'où la difficulté posée pour une des infractions les plus courantes: celle du vol qualifié de l'arti-

¹¹⁶ En plus des obligations de l'art. 49 n.º 1 (sursis avec mesures d'assistance), le tribunal a la possibilité d'imposer les devoirs suivants:

- a) – ne pas exercer des professions déterminées,
- b) – ne pas fréquenter certains milieux ou endroits,
- c) – ne pas résider dans certains endroits ou régions,
- d) – ne pas accompagner, loger ou recevoir des personnes suspectées de mauvaise conduite,
- e) – ne pas fréquenter certaines associations ou ne pas participer à des réunions déterminées,
- f) – ne pas avoir en sa possession des objets susceptibles de faciliter la pratique d'un autre crime,
- g) – n'importe quel autre comportement qui intéresse le plan de réhabilitation sociale du délinquant ou l'amélioration de son sentiment de responsabilité.

¹¹⁷ Voir l'intéressante étude des services centraux de l'I.R.S. "reacções penais não detentivas", présentée par son Président Mr. **Luís de MIRANDA PEREIRA** aux journées en l'honneur du Professeur **Eduardo CORREIA**, "O sistema sancionatório português e a revisão do Código penal", Coimbra 22-24 avril 1991.

¹¹⁸ Voir notamment l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 23 janvier 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, X, tomo 1, p. 181.

cle 297 du code pénal dont la fourchette légale est large (de 1 à 10 ans de prison).

Ce problème d'interprétation n'existait pas en matière de sursis, puisque l'article 48 n.º 1 du code pénal renvoie à la peine de prison concrètement applicable.

C'est sans doute pour cette raison qu'est né le sursis probatoire, mesure d'origine jurisprudentielle qui s'appuie sur une base légale, à savoir les textes du sursis, tout en demandant l'intervention des agents de réinsertion sociale alors qu'elle n'était pas au départ envisagée.

La pratique portugaise a ainsi cautionné le sursis avec mise à l'épreuve, pratique qui a désormais un fondement jurisprudentiel avec l'intervention de la Cour de cassation ¹¹⁹.

Signalons que la tendance des tribunaux accuse aujourd'hui une nette préférence vis-à-vis du sursis probatoire. La peine de probation pure telle qu'elle était héritée du système anglo-saxon a été boudée par les tribunaux, dans la mesure où elle s'avère marginale par rapport au sursis probatoire ¹²⁰.

Les problèmes rencontrés à propos de l'interprétation des textes concernant le vol qualifié sont, de ce fait, contournées par les juges qui souhaitent éviter l'emprisonnement de certains délinquants à l'égard desquels des mesures d'accompagnement social sont envisageables ¹²¹.

De même, la jurisprudence a introduit le sursis avec l'obligation d'accomplir un T.I.G. C'est ainsi que le 2^e juge criminel du Tribunal de Porto dans un procès n.º 129/84, a suspendu l'exécution de la peine et, sur le fondement de l'article 49 n.º 1 du code pénal, a imposé aux délinquants l'obligation suivante: "Donner à la victime une satisfaction matérielle adéquate

¹¹⁹ En effet, la Cour suprême portugaise a confirmé cette pratique en admettant que l'Institut de Réinsertion Sociale soit également compétent pour suivre son déroulement. Voir l'arrêt du 29 mars 1989, confirmé par un autre arrêt du 12 juillet de la même année, *B.M.J.*, 1989, n.º 389, pp. 501-509.

¹²⁰ Ainsi, en 1991, alors que les cas de probation suivis par les agents de réinsertion sociale étaient de 155 pour tout le pays, 287 sursis probatoire étaient parallèlement pris en charge, ce qui représente presque le double. En ce qui concerne les demandes des tribunaux pour l'année 1991, la proportion est plus significative: 240 sursis probatoires contre 96 probations.

¹²¹ L'étude de l'I.R.S. précitée montre qu'une majorité des sursis probatoires a été prononcée à l'encontre de délinquants poursuivis pour vols qualifiés.

qui peut se traduire en une disponibilité des prévenus pour qu'ils travaillent gratuitement durant 10 jours chacun..."¹²².

La politique pénale qui vise à éviter la peine privative de liberté en France comme au Portugal, a-t-elle atteint ses objectifs?... Le taux d'occupation des prisons en France (125% en 1991) et au Portugal (130% en 1992) semblerait plutôt démontrer le contraire¹²³.

D'un point de vue qualitatif, les alternatives traditionnelles conservent toujours leurs lettres de noblesse, tandis que les plus récentes restent souvent des peines marginales. Ce double constat est valable dans les deux pays.

Ainsi, la préférence est à l'amende et au sursis. En France, l'amende peine principale représentait en 1989, 25,3% des condamnations délictuelles¹²⁴, tandis que l'emprisonnement avec sursis total correspondait à 36,8% de l'ensemble des condamnations prononcées en 1990¹²⁵. Au Portugal, l'amende se substituant à une courte peine de prison, atteignait 20,1% de l'ensemble des condamnations en 1990 et le sursis 18,6%¹²⁶. Par contre, les juridictions pénales françaises et portugaises ont beaucoup plus de réticence à utiliser les mesures nouvelles.

Ainsi, les peines dites de substitution correspondaient à environ 6,6% des condamnations prononcées par l'ensemble des tribunaux français en 1990. En tête, la suspension du permis de conduire qui représentait 2% des condamnations. La peine des jours-amendes est une des mesures les moins fréquemment utilisée, puisqu'elle représentait en 1989, 0,6% des condamnations délictuelles. Quant au travail d'intérêt général, il était prononcé dans un peu moins de 2% des condamnations, alors que le sursis total avec mise à l'épreuve l'était dans 4,6% des cas, toujours en 1989.

¹²² Traduction personnelle. Le jugement est cité in **Maria Amélia VERA JARDIM**, *Trabalho a favor da comunidade, a punição em mudança*, op. cit., p. 235.

¹²³ Le phénomène semble être assez alarmant au Portugal, car au 30 juillet 1993, les prisons portugaises comptaient 10609 détenus, ce qui correspond à une des plus fortes augmentations avec 1000 détenus de plus en six mois. Cf. *Estatísticas prisionais*, 1992, Ministério da Justiça, Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, julho de 1993, p. 3.

¹²⁴ Pourcentage déduit de l'étude menée à partir des condamnations prononcées à l'encontre des majeurs par les tribunaux correctionnels et les cours d'appel, dans la semaine du 6 au 12 mars 1989. Cf. *Infostat Justice*, n° 16, sept. 1990, p. 3.

¹²⁵ Sources: *Les chiffres clés de la justice*, Ministère de la Justice, oct. 1992, la documentation française, p. 17.

¹²⁶ Sources: *Estatísticas da justiça*, 1990, Ministério da Justiça, Gabinete de Estudos e Planeamento.

Au Portugal, l'admonestation était prononcée au niveau des majeurs dans environ 1% des condamnations en 1985, date à laquelle les statistiques judiciaires portugaises la comptabilisaient à part ¹²⁷.

Le travail en faveur de la communauté est au Portugal une mesure rare puisqu'elle représentait 0,1% des condamnations en 1990. Cependant, en tant que substitut de l'amende impayée, il était beaucoup plus souvent envisagé par les juridictions portugaises (1,8% en 1990), si bien que le pourcentage de ces deux modalités du travail au profit de la communauté est sensiblement équivalent à celui de la France. Le sursis avec mise à l'épreuve, mesure d'origine jurisprudentielle, n'était prononcé en 1990 que dans 0,8% des condamnations. Quant au pourcentage qui représente la probation, il est encore plus bas car il plafonnait à 0,5%.

La triste réalité des chiffres nous démontre bien que ces deux pays ont partagé l'espoir de réduire le recours à l'emprisonnement jusqu'au point de communier dans l'illusion et la déception. Un peu comme Sisyphe et son alter ego tendus vers un horizon de liberté qui se dérobe, tant ils restent enchaînés à leurs institutions carcérales.

Rapprocher les politiques pénales française et portugaise conduit donc au mirage. Mais, que peut-on trouver au croisement de leurs politiques criminelles?...

¹²⁷ Cf. VERA JARDIM (M. A.), op. cit., p. 188.

LIVRE SECOND

CROISEMENT DES POLITIQUES CRIMINELLES

“Sois pluriel comme l’univers”

Fernando Pessoa

“Fragments d’un voyage immobile”

Difficile de mettre en évidence une quelconque identité territoriale dans l’appréhension du phénomène criminel, lorsqu’on se contente de rapprocher les politiques pénales de la France et du Portugal. L’impression qui semble se détacher d’une telle démarche, est celle tirée d’un jeu de miroirs, où se reflètent une multitude de visages plus ou moins identiques.

Or, comparer c’est aussi savoir déceler les différences même les plus imperceptibles.

Un élargissement du champ d’étude s’impose donc, pour partir à la découverte du distinct, du séparé, du dissemblable. D’autres visions se profilent qui commandent aussi un autre passage, celui des politiques pénales aux politiques criminelles.

Vision, du déviant et non pas seulement du délinquant, et nos yeux l’ont déjà croisé pendant la période autoritaire de l’*Estado Novo* au Portugal ainsi que sous le régime de Vichy en France.

Mais aussi vision d’autres réponses au phénomène criminel, quand la société civile est sollicitée de manière formelle ou informelle en raison

d'une perte de spécificité des catégories pénales. Et le triptyque Police-Justice pénale-prison se démantèle. L'étude des politiques menées dans les deux pays pour limiter la détention, augurait déjà d'un pareil démantèlement.

Alors, le chercheur retrouve l'espoir de pouvoir sortir de l'ombre l'identité territoriale des deux pays dans leur façon de gérer la criminalité et la déviance.

L'idéologie libérale qui se proposait d'unifier le droit pénal au XIX^e siècle pour mettre fin au désordre de l'ancien régime, retentit comme un hymne à la gloire d'un idéal type, en tant que mythe fondateur de la politique criminelle ¹.

Le modèle État-société libéral ², peut être décrit comme un premier idéal type historiquement construit en France et au Portugal. La structure fondamentale de ce modèle est marquée par une association des réponses étatiques et sociétales au phénomène criminel. Il s'agit d'un modèle "mixte", "dans lequel l'État n'impose pas l'orientation et le contrôle de toutes les réponses au phénomène criminel, mais en abandonne une part à la société civile" ³.

Ainsi, soigneusement distinguée de la déviance en raison de la primauté de la liberté, l'infraction amène logiquement une réponse étatique dominante (I-Ré) puisqu'elle concerne le traditionnel domaine d'intervention que s'est au départ fixé l'État moderne. La déviance, quant à elle, donne lieu, dans ce modèle, à des réponses sociétales privilégiées (D-Rs).

La logique voudrait une stabilité de la structure de la politique criminelle française et portugaise puisque ces deux pays restent - aujourd'hui du moins - attachés, au niveau des institutions politiques, aux valeurs libérales. Or, l'instabilité règne. Elle est sans aucune doute, l'expression d'un caractère intrinsèque commun à tous les organismes vivants.

C'est ici que le recours à la modélisation se met alors au service de l'analyse diachronique. En juxtaposant la structure première de l'idéal type commun avec celle de la politique criminelle française et portugaise actuelle,

¹ Sur cette approche des politiques criminelles en fonction des courants idéologiques sous-jacents, et plus particulièrement le courant libéral, **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 46 et s.

² Pour une description simplifiée des différents modèles de politique criminelle, cf. **Christine LAZERGES**, *La politique criminelle*, op. cit., pp. 25-54.

³ Sur cette idée "d'un État-société" et sur le modèle État-société libéral lui-même, cf. Mme. **Mireille DELMAS-MARTY**, *ibid.*, p. 78.

il est possible de mettre à nu toutes leurs relations et l'impact des modifications quant au système de politique criminelle lui-même.

En d'autres termes, ces propos nous renvoient aux transformations du système de politique criminelle.

Depuis Condillac, on sait qu'un "système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières" ⁴.

En ce qui concerne la systématique de la justice pénale, on peut dire qu'elle "est une totalité complexe, structurée par des règles procédurales, composée d'unités institutionnelles en interaction orientées vers une même fin, et formant un système dépendant du politique et du social" ⁵.

Mais la politique criminelle envisagée en tant que système a un objet plus vaste, presque démesuré: fenêtre qui s'ouvre sur un horizon neuf, distinct.

Une approche "systémique" de cet objet commande l'appréhension du système observé sous une forme bouclée, analysé en tant que circuit continu et fermé. Circuit continu, dans la mesure où l'entrée dans le système du phénomène criminel (infraction et déviance) aboutit à un flux sortant de réponses (réponses à l'infraction et réponses à la déviance) qui provoque de nouvelles entrées. Circuit fermé, puisque le système de politique criminelle fonctionne de manière autonome ⁶.

En fait, en raison des nombreuses perturbations dans le caractère continu et fermé du système ⁷, il conviendrait mieux de parler des circuits multiples ⁸.

⁴ **CONDILLAC**, *Traité des systèmes*, cité par René SEVE, in *Le système juridique*, introduction, *Archives de philosophie du droit*, tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 1-10.

⁵ **PONCELA (P.)**, "Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal", in *Le système juridique*, *Archives de philosophie du droit*, tome 31, Paris, Sirey, pp. 121-131.

⁶ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit., p. 177 et s.

⁷ **Pierrette PONCELA** dans son article "Analyses systémiques et système normatif dans le champ pénal", *ibid.*, propose de considérer le système de justice pénale plutôt comme un système ouvert afin d'échapper au risque de voir aboutir implicitement à une réorganisation administrative les travaux liés à une problématique systémique. Il s'agirait alors de l'appréhender comme un système recevant des entrants de l'environnement ou qui agit sur cet environnement par des extrants.

⁸ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit. p. 181.

C'est à ce stade que l'analyse "systématique" révèle ses faiblesses. En effet, elle rend plus évidentes les incohérences internes du système, elle les met à jour avec d'autant plus d'impuissance qu'elle ne fournit pas d'explication.

Or, l'avantage de l'analyse "système" est de rendre intelligible toute manifestation d'une transformation dans le système de politique criminelle. L'approche est alors forcément d'ordre dynamique et non pas seulement statique.

Déceler les transformations du système signifie, dans un premier temps procéder à son immobilisation, poser l'*hypothèse de structure* pour s'attacher ensuite à le saisir dans *une hypothèse d'évolution* ⁹.

L'étude des transformations du système de politique criminelle montrera que le modèle État-société libéral n'est qu'un point de départ pour analyser la politique criminelle des deux pays. Il est devenu le modèle dominant, pourrait-on dire, d'une politique criminelle qui se conjugue désormais au pluriel, car elle obéit parfois à d'autres modèles qui se fondent sur des mythes différents du mythe libéral.

C'est donc l'histoire d'une double rencontre qu'il convient de mettre en scène: la rencontre des politiques criminelles françaises et portugaises puisqu'elles correspondent à des idéaux types similaires, et la rencontre des modèles dans le système de politique criminelle (Titre premier).

L'histoire d'une idylle un peu tumultueuse comme le sont toutes des idylles qui pâtiennent de leur trop plein de latinité, de leur trop plein de ressemblances. Car, se croiser signifie se rencontrer et s'éloigner dans des directions opposées.

Telles apparaissent les politiques criminelles françaises et portugaises, dans la mesure où, parfois, elles répondent à des mouvements totalement opposés (Titre second).

⁹ La première de ces hypothèses est un des postulats de la sociologie juridique. Puisque la société est un organisme vivant, le droit qui est un de ces éléments est forcément sujet à des transformations, à un développement et à un vieillissement. L'hypothèse évolutionniste est critiquée par ceux qui cherchent dans la nature humaine permanence et immutabilité. Leurs critiques conduisent à poser la deuxième hypothèse: celle de structure. Il s'agit, à l'inverse de la première, d'appréhender les phénomènes, abstraction faite de leurs mouvements. En supposant l'immobilité des systèmes juridiques, le but est de déceler dans leur nature, des caractères essentiels qui vont permettre de les comprendre.

Sur ces deux hypothèses fondamentales de la sociologie juridique, cf.:

CARBONNIER (J.), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e édition, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 9 et s.

TITRE PREMIER

RENCONTRE DES MODÈLES

*“Nous trouverons toujours
Des chemins de rencontre
Nous serons toujours prêts
A vivre les douleurs
Nos vives déceptions
En espérant qu’un jour
Nous nous retrouverons”*

Ulrich Schaffer, 1989

La façon dont le système de politique criminelle se transforme en France et au Portugal est intéressante car elle amène à constater tout d’abord que le modèle État-société libéral n’est plus qu’un modèle dominant et non pas unique.

Des modèles dérivés ont vu le jour dans tel ou tel secteur de la politique criminelle. On peut parler de transformations sectorielles du système de politique criminelle, transformations qui sont de véritables changements de structure interne.

En effet, le phénomène du renvoi ponctuel à d’autres modèles, phénomène sectorisé, est une véritable atteinte à la structure du modèle État-société libéral de politique criminelle puisqu’elle s’incarne dans ces paramètres dominants.

Mais, il ne faut pas pour autant croire que de telles transformations, même si elles sont radicales, postulent automatiquement une reconstruction de tout le système selon un agencement complètement autre. Il faudrait pour cela considérer que le système de politique criminelle présente d'une part une cohérence parfaite et une homogénéité, à la fois dans son ensemble et dans ses sous-ensembles et, d'autre part, il faudrait que les éléments qui le composent soient étroitement interdépendants et hiérarchisés.

Nul n'oserait le prétendre, étant donné la complexité de la matière où les contradictions se heurtent, se bousculent, s'autogènèrent.

“On ne peut croire ... qu'il suffirait d'appuyer sur un ressort pour qu'un mécanisme bouge ou qu'un système se renverse. Il n'y a pas de ressort privilégié et s'il y a des chemins (et non pas un chemin) privilégiés à un moment donné, c'est la réflexion à partir des caractéristiques du système qui permettra de le ou de les découvrir”¹.

Certes, les transformations sectorielles témoignent d'un changement véritable et seront marquées du sceau de la crise du système tout entier puisqu'elles vont se cristalliser dans ses éléments clés.

Mais, quelle est l'importance des conséquences de cette crise, de cette rupture par rapport à l'ordre antérieur? Y aura-t-il *possession*, c'est-à-dire disparition et apparition d'un ordre nouveau, ou bien *sacrifice*, c'est-à-dire adaptation aux diverses perturbations?

Dans nos sociétés contemporaines, ces tensions qui alimentent les mouvements de politique criminelle proviennent en grande partie de l'environnement.

A ce stade de la réflexion sur les transformations du système de politique criminelle, il devient pertinent de transposer ici les théories de Monsieur **Niklas LUHMANN** sur le système juridique². Ainsi, sa caractéristique serait de combiner la clôture d'un point de vue normatif en tant que système auto-créateur et l'ouverture du point de vue cognitif dans sa relation à l'environnement³.

¹ **CROZIER (M.), FRIEDBERG (E.)**, *L'acteur et le système*, Paris, Ed. du Seuil, coll. Points, 1977, p. 329.

² **LUHMANN (N.)**, “L'unité du système juridique”, in *Le système juridique. Archives de philosophie du droit*, tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 163-168.

³ Certains auteurs vont même jusqu'à parler “de système environnement”. En ce qui concerne le système de justice pénale, **Pierrette PONCELA** partage ce point de vue dans son article “Analyses systématiques et système normatif dans le champ pénal”, op. cit., p. 125.

Cette “ouverture cognitive” amène des modifications inévitables, naturelles pourrait-on dire, qui n’affectent pas la structure fondamentale du système. Ces transformations liées à la conjoncture, signifient en fait permanence, renforcement, stabilité structurelle.

La notion de système ne devient ainsi nullement restrictive et force est de constater que les rationalités de la politique criminelle peuvent être multiples sans pour autant la faire basculer dans un assemblage hétérogène.

Car, c’est sur un rapport de force, de modèle dominant et de modèles dérivés que se trouve bâti en fait aujourd’hui le système de politique criminelle. Le modèle dominant ne disparaît pas, il subsiste en tant que référence globale ⁴.

Le sacrifice du modèle libéral s’opère principalement au profit de trois modèles de politique criminelle et correspond aux stratégies d’étatisation ou de sociétalisation des réponses de politique criminelle. Mais les réponses de politique criminelles peuvent également tout à fait disparaître, donnant lieu à une stratégie extrême, la décriminalisation.

L’étatisation des réponses de politique criminelle dans certains secteurs signifie une pression plus forte exercée par les appareils d’État. Cette pression peut aboutir à un contrôle plus serré des phénomènes déviants.

Se développent alors des réseaux de sécurité caractéristiques d’un renvoi au modèle autoritaire, dans lequel la déviance est directement gérée par les organismes d’État ⁵. Les réponses au phénomène criminel qui dominent sont alors étatiques, aussi bien pour la déviance (D-Re+), que pour l’infraction (I-Re+).

Du côté de l’infraction, une étatisation des réponses de politique criminelle se vérifie encore, quant se met en place de façon sectorielle “un réseau pénal d’exception (sanction et sécurité) que caractérisent des dérogations à la fois en matière de droit substantiel et de procédure” ⁶.

⁴ Sur ce point, il convient de s’écarter de la pensée de Madame **Mireille DELMAS-MARTY**, pour qui les transformations qui touchent la structure fondamentale du modèle État-société libéral, le *génotype* entraînent une disparition du modèle de référence. Il est certain que celui-ci disparaît, mais cette disparition ne s’opère que dans tel ou tel secteur, sans remettre en cause le modèle dominant. Du moins, tel est le cas tant qu’il demeure globalement dominant. Voir **DELMAS-MARTY (M.)**, “Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle”, *A.P.C.*, n.º 6, 1983, p. 36 et s.

⁵ Cf. **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., pp. 166-185.

⁶ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Le flou du droit*, op. cit., p. 185.

A l'inverse de la précédente stratégie où s'intensifiait la pression exercée par l'État, le mouvement de sociétalisation privilégie les réponses sociétales. Mais, ce mouvement qui se vérifie dans certains secteurs ne correspond pas forcément à un désinvestissement de l'État.

En effet, souvent, la réponse étatique demeure sous-jacente, l'État reste présent. S'il n'intervient pas directement, le transfert qui s'opère au profit des instances sociétales n'est pas absolu. Cette prise en charge d'ailleurs est souvent décidée ou organisée par lui.

Cette sociétalisation va donc être un renvoi au modèle Société auto-gestionnaire ou au modèle libertaire ⁷. Il se caractérise par une distinction faite entre l'infraction et la déviance qui entraînent toutes deux des réponses dominantes de nature sociétales (I-Rs+) et (D-Rs+).

Au dernier stade, les transformations sectorielles du système de politique criminelle peuvent aboutir à une absence totale de réponse, en d'autres termes, à une décriminalisation.

Le concept de décriminalisation est encore aujourd'hui entouré d'incertitude sémantique. D'un point de vue étymologique, ce processus devrait entraîner un "retrait" du "crime". Il ressort des travaux du Conseil de l'Europe que le contenu du concept de crime est le fruit "d'une décision de qualifier un comportement de criminel" ⁸.

De ce fait, on peut penser que la décriminalisation n'est autre chose que le retrait, celui de la "peine".

On peut alors légitimement se poser la question de savoir quelle est la différence entre la décriminalisation et la dépénalisation, d'autant plus ces concepts sont souvent confondus.

Monsieur **VAN DE KERCHOVE** analyse les rapports entre ces notions et signale huit positions prises à leur propos par différents auteurs et organismes officiels ⁹. Comme lui, on retiendra la dépénalisation comme le

⁷ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 223 et s.

⁸ *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit., p. 19. A la page 18 de ce rapport, il est affirmé que "Tout le domaine de la (dé)criminalisation, et des critères à utiliser pour évaluer et orienter les activités en la matière est à peine déchiffré. La terminologie ambiguë relative aux concepts de crime a probablement contribué au triste état de choses actuel."

⁹ **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le droit sans peines, Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, publications des facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 305-311.

processus générique tendant à réduire l'application des sanctions pénales à l'égard d'un comportement déterminé. Lorsque ce processus aboutit à leur suppression pure et simple, il s'agit alors d'une décriminalisation de ce comportement.

En terme de modèles de politique criminelle, la dépénalisation peut être également perçue comme un processus générique dans lequel s'intègre la décriminalisation. La dépénalisation est alors définie comme "le dessaisissement du système pénal au profit d'une autre variante, civile, administrative ou de médiation" ¹⁰. Ce mouvement commence - si on peut s'exprimer ainsi - dans le modèle État - société libéral et procède d'une transformation atteignant la variante pénale en tant que réponse étatique à l'infraction qui se sacrifie au profit d'autres variantes. C'est donc une des formes possibles d'adaptation à l'environnement du système de politique criminelle.

Mais de la forme d'adaptation qui nous intéresse plus particulièrement est celle qui aboutit à une sectorisation de la politique criminelle. C'est le cas lorsque disparaît toute politique criminelle et que s'opère un renvoi au modèle O, c'est-à-dire lorsqu'il y a décriminalisation ¹¹, en tant qu'étape finale du processus de dépénalisation. Le comportement n'est même plus un comportement déviant. A l'infraction correspond donc une réponse étatique et sociétale nulle (I-Re O) et (I-Rs O).

La décriminalisation, ultime stratégie de la sectorisation de la politique criminelle n'est pas forcément uniforme. Son intensité dépend de la façon dont l'ancien comportement autrefois incriminé est reconnu par le corps social. Cette décriminalisation s'opère d'une façon absolue lorsqu'il y a "reconnaissance d'un droit *légitime* à un mode de vie qui était précédemment contraire à la loi" ¹².

¹⁰ DELMAS-MARTY (M.), "Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle", op. cit., p. 41. Voir de même, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit., p. 169.

¹¹ DELMAS-MARTY (M.), "Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle", *ibid.*, p. 49.

¹² DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, op. cit., p. 160.

Ces trois stratégies se vérifient en France et au Portugal. En ce qui concerne la sociétalisation, elle semble se manifester dans les secteurs des techniques bio-médicales modernes ¹³.

La décriminalisation par contre a essentiellement touché le secteur des mœurs ¹⁴. L'exemple de la loi VEIL sur l'interruption volontaire de grossesse aujourd'hui remboursée par la Sécurité Sociale illustre bien une décriminalisation absolue: il y a reconnaissance en France d'un droit légitime qu'aurait la femme à avorter de façon précoce.

La rencontre des modèles nous amène à privilégier ceux qui ont pour mythe fondateur l'idéologie libérale et autoritaire. Or, on assiste dans les deux pays, au développement du modèle autoritaire (Chapitre premier), développement sur lequel il convient d'insister.

Par ailleurs, les différentes perturbations environnantes du système pénal ont conduit à d'autres transformations. On remarque en France comme au Portugal un déploiement dans le modèle État-société libéral du réseau pénal (Chapitre 2).

¹³ Surtout avec la mise en place d'instances éthiques nationales qui est un phénomène d'ailleurs européen. Voir l'article de Mr. **Christian BYK**, "La bioéthique en Europe: un paysage éclaté?", *J.C.P.*, 1991, I, 3526.

Le Portugal s'est ainsi inspiré du modèle français. Pour une comparaison des pratiques, voir les actes du colloque préparatoire tenu à l'Institut Max Planck, Fribourg en Biscgau, R.F.A. 21-23 septembre 1987. Le rapport national du Portugal était présenté par Mr. **Manuel COSTA ANDRADE**, *R.I.D.P.* 1988, n.° 3-4, p. 1113-1131. Celui de la France était présenté par Mr. **Gérard MEMETEAU**, *R.I.D.P.*, 1988, n.° 3-4, pp. 885-919.

Sur le thème de la procréation artificielle, cf. **Paula MARTINHO DA SILVA**, "Le bonheur de l'homme est l'avenir du droit? - L'expérience portugaise", *Médecine et Société*, n.° 143, Masson, Paris, 1989, pp. 319-324. **Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI**, "Réflexions sur l'apport des nouvelles normes relatives à la procréation artificielle humaine et à l'utilisation des embryons in vitro, aux relations entre l'éthique, le droit et la science", *Médecine et Société*, n.° 143, 1989, pp. 67-89.

¹⁴ Voir à ce propos, l'article de Mme **Danièle Mayer**, "De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France en matière de mœurs", *R.S.C.*, 1989, n.° 3, pp. 442-450. En ce qui concerne le Portugal, voir plus particulièrement aux Journées d'Aix-en-Provence en 1982, et les rapports de Mr. **Eduardo CORREIA**, "La déjudiciarisation, la dépenalisation, la décriminalisation, l'institutionnalisation, etc., dans le nouveau code pénal portugais", et de Mr. **Manuel António LOPES ROCHA**, "Le mouvement de décriminalisation en temps de crise économique".

CHAPITRE 1

LE DEVELOPPEMENT DU MODELE AUTORITAIRE

“Nous assistions actuellement à un phénomène singulier: la politique criminelle est bipolaire et non pas univoque”¹.

L’observation de l’évolution des législations modernes fait apparaître une tendance similaire à gérer le phénomène criminel de manière différentielle².

L’idée d’une sectorisation de la politique criminelle n’est donc pas une innovation de ces dernières années. Tendante à s’écarter de la notion ontologique du crime pour focaliser son attention sur les situations criminelles particulières, le mouvement de Défense sociale partait déjà à la recherche d’une stratégie diversifiée.

Certains auteurs ont cru voir dans ces techniques de sectorisation une réponse pragmatique, procédant de choix liés à la conjoncture et non pas d’une stratégie d’ensemble³.

¹ **NUVOLONE (P.)**, “La législation pénale italienne récente et la politique criminelle bipolaire”, *R.S.C.*, 1982, n.º 4, p. 733.

² Voir notamment la thèse de **Chakib EL AOUFIR**, op. cit., Chapitre II de la première partie consacré à “la législation pénale de bifurcation; la politique criminelle de différenciation”.

³ Cf. les articles de:

CASSANI (U.), “De la dogmatique à la démagogie: une politique criminelle pragmatique”, *Déviance et Société*, 1983, vol. 7, n.º 2, pp. 171-180.

VARINARD (A.), “Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine”, *Déviance et Société*, 1983, vol. 7, n.º 2, pp. 155-169.

Mais une stratégie d'ensemble peut parfaitement supposer une différenciation de réponses à condition, bien sûr, que ces options soient rationnelles.

Cette rationalité est démontrée par Monsieur **Michel VAN De KERCHOVE** dans un ouvrage consacré aux aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-unis ⁴ dans lequel il analyse les transformations dans les deux pays, du XIX^e siècle jusqu'à nos jours. L'auteur envisage d'une part les transformations affectant certaines catégories de *personnes*, et d'autre part, celles qui affectent certaines catégories spécifiques de *comportements*.

Transposée à notre perspective de localisation de secteurs communs de la politique criminelle française et portugaise, cette analyse permet de mettre à nu une première sectorisation qui serait fonction de catégories de personnes, prises collectivement ou individuellement. On pourrait parler de sectorisation *ratione personae* ou encore "subjective" ⁵.

Par opposition, existerait un autre type de sectorisation, "objective" ou encore *ratione materiae*, tenant compte plutôt de l'acte répréhensible ou de certains comportements.

Tel est le déficit de ce qui peut être décrit encore comme la transformation sectorielle de la politique criminelle en France et au Portugal: le modèle État-société libéral, modèle dominant, serait sacrifié dans certains secteurs au profit de modèles dérivés.

Ce renvoi purement ponctuel ⁶ est certainement le résultat de diverses perturbations conjoncturelles qui témoignent de la complexité du système de politique criminelle. Incontestablement, le renvoi au modèle autoritaire se détache (section 1) dans les deux pays en tant que phénomène multisectoriel, de telle façon que se manifeste à la fois une sectorisation *ratione materiae* et *ratione personae* (section 2).

⁴ **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le droit sans peines*, op. cit.

⁵ Cet emprunt est tiré de la terminologie utilisée à propos de la dépenalisation où on parle de dépenalisation subjective par opposition à la dépenalisation objective. Voir sur ce point, **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le droit sans peines*, op. cit., p. 321. De même: **LECLERQ (J.)**, "Variations sur le thème pénalisation-dépenalisation", *R.D.P.C.*, 1978, pp. 812 et 813.

⁶ Voir **LAZERGES (C.)**, "Les conflits de politique criminelle", op. cit., p. 37. Du même auteur, *La politique criminelle*, op. cit., p. 54.

Section 1:

Le renvoi ponctuel au modèle autoritaire

Lorsque **F. GRAMATICA** proposait de substituer au droit pénal un “droit de défense sociale” basé sur la notion d’antisocialité, le spectre d’un modèle de politique criminelle de nature autoritaire semblait ressurgir de la mémoire collective.

Aujourd’hui, la localisation des secteurs dans lesquels on assiste à l’apparition du modèle autoritaire rend beaucoup plus compte, de mouvements d’étatisation des réponses de politique criminelle qui ne sont pas sans rappeler les moments de rupture historique précédemment signalés, mais qui n’iront jamais jusqu’à faire du modèle autoritaire le modèle dominant. De plus, il y a seulement une parenté de structure entre le réseau policier tel qu’il se déployait sous **SALAZAR** ou dans le régime de Vichy et les réseaux aujourd’hui de type médico-social (§ 1). En ce qui concerne les réseaux pénaux d’exception, ils semblent dériver des réseaux de répression pure qui existaient lorsque les régimes basculaient du côté du totalitarisme (§ 2). Tout comme l’État autoritaire serait issu, pour certains, de l’État libéral, le renvoi ponctuel au modèle autoritaire revient donc à adopter ce modèle dérivé du modèle libéral dans certains secteurs.

§ 1 • *Du réseau policier aux réseaux socio-éducatifs*

Le modèle autoritaire se distingue du modèle libéral “dans sa structure fondamentale par l’existence de réseaux de sécurité qui organisent une réponse étatique à la déviance, dès lors que l’écart à la normalité implique - ou semble impliquer - un danger” ⁷.

Cette obsession sécuritaire est historiquement manifeste, pendant la période autoritaire précédemment étudiée, lorsqu’il fallait conjurer la menace que faisaient planer certaines catégories de la population à l’encontre des idéaux prônés par les régimes politiques de l’époque.

Ainsi, la figure du *vadio* sous **SALAZAR** englobait une multitude de comportements marginaux qui allaient du vagabondage jusqu’à l’opposi-

⁷ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 166.

tion politique. De même en France, on s'est préoccupé pendant la période autoritaire de contrôler les minorités raciales et politiques.

L'espace de liberté est ainsi réduit par ces États qui se voulaient forts au profit des exigences de sécurité nationale ou sociale.

Les réseaux de sécurité qui se sont déployés à cette époque étaient essentiellement de type policier. En effet, les mesures de sûreté d'internement applicables aux *vadios* au Portugal étaient d'abord proposées par la police judiciaire aux tribunaux d'exécution des peines qui étaient chargés de les décider. Par la suite, les autorités policières (Police judiciaire et P.I.D.E.) se sont vu confier dans certains cas, l'application provisoire de ces mesures, au fur et à mesure que leur pouvoir s'autonomisait du pouvoir judiciaire.

En France, le contrôle serré des minorités était un contrôle avant tout policier qui finit par transformer l'État lui-même, à la fin du régime de Vichy, en véritable "État milicien".

En ce qui concerne certains états de marginalité, l'acte de Vichy dit "loi du 2 mars 1943" contre les souteneurs dotait les autorités de police (des mœurs) de pouvoirs d'internement à l'encontre de personnes seulement suspectes.

Quant aux stratégies employées, prédomine dans les réseaux policiers, "une logique de contrôle, de mise à l'écart, d'exclusion" ⁸.

Nous avons vu qu'au Portugal, les internements étaient souvent indéterminés et visaient plus l'exclusion des *vadios* que leur normalisation malgré les précautions prises pour instaurer de nouveaux espaces de traitement ⁹. De même en France, l'internement applicable de plein droit aux souteneurs après exécution de leur peine, ou aux personnes suspectes *ante delictum*, étaient relativement indéterminé et s'exécutait dans un camp de concentration.

Stratégie d'exclusion donc, où s'agit essentiellement de surveiller l'autre sur qui pèse une multitude de hantises.

Mais dans le modèle autoritaire, l'infraction et la déviance restent différenciées, l'État préserve un espace minimal de liberté.

Aujourd'hui, le modèle autoritaire apparaît seulement comme un modèle dérivé du modèle dominant qu'est le modèle État société libéral.

⁸ DELMAS-MARTY (M.), *ibid.*, p. 167.

⁹ Comme par exemple la colonie pénale ou la maison correctionnelle de travail où régnaient surtout discipline et intimidation.

Il correspond à une étatisation des réponses de politique criminelle dans certains secteurs, à une pression plus forte exercée par les appareils de l'État en raison de ces zones où la sécurité est à sauvegarder du fait de leur grande sensibilité sociale.

En ce qui concerne les réseaux de sécurité policiers, on peut les retrouver tout comme hier, mais cette fois-ci indépendamment d'un régime politique au pouvoir exécutif fort. C'est ainsi que pour ce qui est du secteur des étrangers la plupart des régimes libéraux déploient encore ce type de réseau ¹⁰.

Mais, plus significatif des transformations du système de politique criminelle sont les réseaux médico-sociaux qui témoignent du développement du modèle autoritaire aussi bien en France qu'au Portugal.

Ces réseaux privilégient en principe "une logique d'inclusion, d'insertion, à base d'assistance et de traitement, malgré toute l'ambiguïté qui peut venir des mesures d'insertion forcée, dissimulant parfois des formes d'exclusion où l'enfermement passe avant l'assistance et le traitement" ¹¹.

La parenté est à signaler entre les deux types de réseaux, au niveau du moins des réponses utilisées vis-à-vis du phénomène de la déviance, même si le contexte global tout comme les autorités de contrôle ont changé.

De nos jours, face aux comportements d'écarts à la normalité les réponses de politique criminelle vont correspondre plutôt à une volonté d'encourager la normalisation du déviant.

Dans les réseaux de sécurité de type médico-social, il convient de nuancer la différenciation entre l'infraction et la déviance, espace de liberté que tend à préserver le modèle autoritaire.

En effet, elle peut être plus ou moins nette selon les secteurs envisagés. C'est ainsi qu'elle apparaît clairement lorsque l'écart à la normalité existe indépendamment de toute infraction comme c'est le cas pour la folie ou l'enfance en danger. La dangerosité sociale qui point à travers ces comportements et qui justifie la mise en place du réseau, n'est pas forcément tournée vers autrui. Le malade mental ou le mineur peut être lui-même en péril.

¹⁰ Voir sur ce point les développements de Mme **Mireille DELMAS-MARTY** in *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., pp. 188-198. A propos de l'influence à la fois du droit communautaire et de la C.E.S.D.H., cf. **MASSIAS (F.)**, "Police des étrangers et droits de l'Homme en Europe", *R.S.C.*, 1988, p. 223.

¹¹ **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, *ibid.*, p. 167.

Mais, lorsque le danger se réalise pour ces deux catégories de personnes, plus délicate devient la distinction. La déviance est ici révélée par l'infraction.

La frontière est encore plus floue quand c'est la déviance en tant que telle qui est érigée en infraction comme pour le secteur des intoxiqués.

On peut légitimement se poser la question du point de bascule entre le modèle autoritaire et le modèle totalitaire, dans la mesure où la spécificité de ce dernier est justement d'assurer une continuité entre les réseaux de sécurité et les réseaux de sanction.

Quand le concept d'infraction et de déviance fusionnent, quand l'écart vis-à-vis de la normativité devient écart vis-à-vis de la normalité se tissent des réseaux tout autres: soit de répression si l'infraction reste privilégiée, soit de pure normalisation si c'est la déviance qui l'est ¹².

L'histoire française et l'histoire portugaise nous donnent un merveilleux exemple de ces points de passage entre le modèle autoritaire et le modèle totalitaire. La justice portugaise du *Plenário* en est une parfaite illustration sous **SALAZAR**. Et sous le régime de Vichy, le fameux Tribunal d'État peut aussi être cité.

Dans ces deux exemples il semblerait que ce soit plutôt un réseau de pure répression qui avait vu le jour.

La caractéristique de ce type de réseau qui tend à se généraliser lorsque la politique criminelle présente des tendances totalitaires est aussi le dédoublement de la répression, quand apparaissent des systèmes pénaux d'exception.

§ 2 • *Du réseau de pure répression aux réseaux pénaux d'exception*

Lorsque le renforcement des pressions exercées par les appareils de l'État apparaît au niveau de la réponse pénale à l'infraction, il peut également signifier un renvoi ponctuel au modèle autoritaire. Même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un dédoublement du système pénal comme c'est le cas dans le modèle totalitaire, on peut parler de réponses purement sectorielles mettant en oeuvre un réseau pénal d'exception.

¹² Cf. **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., pp. 198-222.

Historiquement, nous avons vu que l'autoritarisme de l'État Vichyssois ou celui de **SALAZAR** atteint son paroxysme en matière de répression politique. Surgissait aussi un véritable dédoublement du système pénal en matière de répression politique. Ce dédoublement laissait transparaître également la prééminence du pouvoir exécutif qui est un des traits typiques d'un modèle de politique criminelle de type totalitaire. Ainsi, en France c'est la toute puissance de la Milice, au Portugal celle de la P.I.D.E. Mais, c'est aussi le recours à l'analogie par le Tribunal d'État ou par la justice du *Plenário*¹³.

Dans ces deux cas, les réseaux de répression pure aboutissent à l'élimination physique systématique des délinquants-déviant. Cette élimination physique était réelle en France avec l'utilisation de la peine de mort par les Cours martiales, symbolique au Portugal dans le recours à l'interne-ment perpétuel.

Sans aller, jusqu'à ces limites, le réseau pénal lui-même accusait par moments une bifurcation vers un réseau pénal d'exception. C'est, semble-t-il, le propre d'un modèle autoritaire de politique criminelle.

Ce réseau est manifeste d'abord, en ce qui concerne la procédure lorsqu'en France comme au Portugal se multipliaient les tribunaux d'exception obéissant à des règles dérogatoires, souvent compétents pour connaître d'infractions incriminées de façon "élastique". Les dérogations aux règles pénales de forme s'accompagnaient ainsi le plus souvent de dérogations au droit pénal de fond, au principe de la légalité des délits et des peines.

De plus, dans ce réseau pénal d'exception, il n'était pas rare que les garanties de la défense soient remises en cause. Elles l'ont été, certes, d'une manière beaucoup plus prononcée au Portugal qu'en France. Celui-ci n'hésita pas par exemple à supprimer la sacro-sainte institution libérale qu'est le jury, alors que la France se contentait pendant la période autoritaire de correctionnaliser légalement bon nombre d'infractions.

De nos jours, le renvoi ponctuel au modèle autoritaire va se traduire également par des bifurcations similaires du réseau pénal dans certains secteurs de la délinquance. Le modèle autoritaire qui s'y développe peut alors être démasqué en France et au Portugal.

¹³ En ce qui concerne ce dernier, bien que le raisonnement par analogie n'ait pas été expressément consacré, on peut parler d'analogie en ce qui concerne "l'application de la peine" (la mesure de sûreté d'internement). Voir sur ce point nos développements du chapitre 2 du Titre 1^{er} du Livre 1^{er}.

Il déploie des réseaux de sécurité de type médico-social ou d'exception.

On va retrouver dans cet aspect des réseaux de sécurité que sont les réseaux pénaux d'exception, des constantes: l'élasticité des incriminations, les procédures pénales dérogatoires et les différentes atteintes aux traditionnelles garanties de la défense. Cet affaiblissement des garanties de la défense peut ainsi tendre à l'arbitraire du juge et au renforcement du caractère inquisitoire de la procédure.

Loin de nous les écueils du passé lorsque les politiques criminelles portugaise et française accusaient des tendances totalitaires. Pourtant, telle une araignée à la fois inquiétante et fascinante, le modèle autoritaire tisse actuellement un filet multisectoriel. Son fil est à mesurer avec soin dans les deux pays.

Section 2:

Un phénomène multisectoriel en France et au Portugal

L'étatisation des réponses de politique criminelle qui aboutit à l'introduction ou à la conservation du modèle autoritaire se vérifie manifestement dans quatre secteurs: les secteurs des mineurs (§ 1), des intoxiqués (§ 2), des aliénés (§ 3) et le terrorisme (§ 4).

§ 1 • *Les mineurs*

Bien que la prise en charge des mineurs ne réponde pas dans les deux pays à une structure exactement identique ¹⁴, elle relève néanmoins du modèle autoritaire. Dans les deux pays, la gestion par les instances étatiques de l'enfance "en danger" concerne une situation de déviance sans infrac-

¹⁴ Pour une approche comparative en ce qui concerne les mineurs délinquants, voir le colloque international d'Aix-en-Provence des 25 et 26 janvier 1991 *Droit pénal européen des mineurs*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, et plus particulièrement les pré-rapports français et portugais de: a) **RENUCCI (J. F.)**, "Le droit pénal français des mineurs", pp. 183-189; b) **GERSÃO (E.)**, "Le droit pénal des mineurs au Portugal", pp. 227-238.

tion. Seulement, en France une variante plutôt judiciaire apparaît avec l'assistance éducative (A), dans la mesure où le réseau de sécurité de type médico-social est sous tutelle judiciaire. Par contre au Portugal, ce réseau est parfois autonome des autorités judiciaires. Par conséquent on peut parler d'une variante médico-sociale (purement administrative) qui coexiste avec la variante judiciaire dans la protection tutélaire des mineurs déviants au Portugal (B).

A • L'assistance éducative en France

Le dispositif français de protection de l'enfance est bipolaire ¹⁵. Nous laisserons de côté le rôle joué par les services sociaux départementaux qui exercent une fonction de protection sociale de l'enfance sous l'autorité du président du Conseil général, pour nous en tenir seulement à la protection judiciaire de la jeunesse. En effet, alors que le consentement des familles est un préalable nécessaire à l'intervention des autorités administratives, il n'est pas impératif lorsque la protection judiciaire est mise en oeuvre. C'est pour cette raison que le modèle autoritaire dans le secteur des mineurs ne peut être recherché qu'à travers l'intervention judiciaire.

Les autorités judiciaires qui interviennent auprès des mineurs sont nombreuses, ce qui rend parfois difficile la coordination des interventions ¹⁶. Cependant le personnage central est en France le juge des enfants ¹⁷. Deux textes fondamentaux régulent sa mission: l'ordonnance du 2 février 1945 concernant les mineurs délinquants et l'ordonnance du 23 décembre 1958 modifiée par la loi du 4 juillet 1970 (articles 375 à 375-8 du code civil) relative aux mineurs en danger.

¹⁵ Cf. *Statut et Protection de l'Enfant*, Rapport du Conseil d'État (section du rapport et des études), Paris, La Documentation française, mai 1990, p. 15.

¹⁶ Cinq juridictions sont appelées à intervenir pour la sauvegarde des intérêts de l'enfant, le juge aux affaires matrimoniales, le juge des tutelles, le Tribunal de Grande Instance et le juge des enfants. Ces autorités judiciaires se partagent ainsi le contentieux de la famille et participent au contrôle étatique de l'exercice de l'autorité parentale sur le mineur. Voir BAUDOUIN (J. M.), *Le juge des enfants, punir ou protéger?*, Paris, E.S.F. éditeur, coll. la Vie de l'Enfant, 1990, p. 40.

¹⁷ Bien que le Procureur de la République ait en ce domaine un rôle déterminant puisqu'il déterminera le mode d'intervention de l'autorité judiciaire. Il peut même dans le cadre de l'enfance en danger prendre des mesures d'urgence sous réserve d'en référer au juge des enfants (article 375-5 al. 2 du code civil).

Ce dernier texte qui institue des mesures d'assistance éducative est le plus caractéristique du modèle autoritaire¹⁸. En effet, il s'agit ici d'un véritable contrôle de la part d'une instance étatique sur la façon dont les parents exercent leur autorité parentale. Ce contrôle du juge des enfants répond par conséquent à une situation de déviance de la part du mineur, en de hors de toute commission d'infraction. L'article 375 du code civil permet ainsi son intervention dans le cadre de l'assistance éducative, lorsque "la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises". Ainsi, cette réponse à la déviance est également conçue dans une perspective de prévention des infractions, faisant partie des missions dont le juge des enfants est investi.

D'ailleurs, il est intéressant de souligner qu'en droit international privé, l'assistance éducative n'est pas analysée comme une loi civile, mais comme une loi de police qui est par conséquent d'application territoriale (art. 3 du code civil)¹⁹. Oserait-on espérer meilleure manifestation d'une politique criminelle marquée du sceau de l'autoritarisme?

Les mesures susceptibles d'être prises démontrent le déploiement d'un réseau de sécurité de type médico-social. D'après les articles 375-2 et 375-3 du code civil, elles peuvent consister dans la désignation d'une personne qualifiée ou d'un service en milieu ouvert ayant la charge d'assister la famille et de suivre le développement de l'enfant. Le juge peut également assortir le maintien du mineur dans son milieu d'origine de diverses obligations, comme par exemple celle de fréquenter un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé. Mais l'enfant peut également être retiré de son milieu et placé dans un service ou un établissement sanitaire ou d'éducation ordinaire ou spécialisée. Il peut de même être confié au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Quand l'ordonnance du 23 décembre 1958 a été promulguée, elle a suscité un tollé chez les universitaires, en raison des pouvoirs démesurés

¹⁸ Même si l'adhésion de la famille aux mesures prises par le juge des enfants est expressément souhaitée par le Législateur en raison du principe d'efficacité de l'intervention (art. 375-1 du code civil). Il ne faut pas cependant que la mauvaise volonté des familles paralyse le juge, c'est pourquoi il peut passer outre leur opposition. Sur la nécessité d'une action concertée, voir **RENUCCI (J. F.)**, *Enfance délinquante et enfance en danger*, Paris, éditions du C.N.R.S., 1990, p. 240.

¹⁹ **FOYER (J.)**, "Les mesures d'assistance éducative en droit international privé", **R.C.D.I.P.**, 1965, pp. 39 et 57.

réunis entre les mains du juge des enfants et de la multiplication dans ce texte des règles dérogatoires au droit commun ²⁰. Parmi les caractéristiques du modèle autoritaire précédemment signalées figurent l'élasticité des textes et l'affaiblissement des garanties de la défense tendant ainsi à l'arbitraire du juge et au renforcement du caractère inquisitoire de la procédure ²¹. On les retrouve ici, d'une façon plus ou moins prononcée.

Ainsi, en ce qui concerne la qualité rédactionnelle de l'article 375 du code civil, on peut affirmer l'absence de critères précis conditionnant sa mise en oeuvre. Les notions de "santé, sécurité, moralité, conditions d'éducation" ne sont pas définies et la jurisprudence est venue combler cette imprécision avec une tendance à étendre le domaine d'application de l'assistance éducative. Ce sont sans doute les notions de "moralité" et de "danger" qui rendent le mieux compte du pouvoir d'appréciation souveraine du juge des enfants ²². Quant à l'emploi de l'optatif: "des mesures *peuvent* être prises", il semble assez surprenant. "Faut-il entendre que, le danger avéré, le juge est libre d'intervenir ou de s'abstenir? On ne serait pas loin de l'arbitraire" ²³.

Jusqu'en 1986, les mesures d'assistance éducative, qu'elles soient provisoires ou définitives, étaient indéterminées et modifiables à tout moment par le juge des enfants. La loi du 6 janvier 1986 est venue limiter la durée des mesures à deux ans, mais uniquement si elles sont exercées par un service ou une institution. Cette limite demeure par conséquent extrême-

²⁰ Voir BAUDOIN (J. M.), op. cit., p. 25 et s.

²¹ La justice des mineurs est depuis l'ordonnance de 2 février 1945, construite sur un modèle tutélaire qui rompt avec le modèle légaliste. Il s'agit d'un système qui n'est plus encadré par des règles strictes, mais qui est articulé autour du juge des enfants et d'un dispositif souple où dominant en principe des garanties sociales applicables à l'enfant en difficulté. Or, depuis que l'on tend à reconnaître l'enfant comme un sujet de droit que l'on veut protéger par l'adoption notamment de normes internationales, le modèle légaliste fait irruption et est sous-jacent dans les dernières tentatives de réforme du droit du mineur. Voir SALAS (D.), "Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs", *R.S.C.*, 1993, n.º 2, pp. 238-248.

²² La Cour de cassation a d'ailleurs clairement admis ce pouvoir. Voir: Civ. 1^{re}, 7 nov. 1973, *Bull. Civ. I*, n.º 296.

Par ailleurs, le critère de "danger" reste aux yeux de la jurisprudence le critère essentiel de la saisine du juge des enfants. Ainsi, celui-ci demeure compétent tant que l'enfant n'est pas hors de danger et l'ouverture d'une tutelle d'État ne saurait lui ôter ses prérogatives. Voir Civ. 1^{re}, 3 janvier 1991, *Bull. civ.*, I, n.º 240.

²³ BAUDOIN (J. M.), *ibid.*, p. 39.

ment restreinte, le juge dans tous les autres cas n'étant même pas tenu de fixer un terme aux mesures décidées.

De façon générale, la procédure est fortement marquée par le caractère inquisitoire. Ainsi, un des pouvoirs les plus exorbitants du juge des enfants en matière d'assistance éducative est la possibilité d'une saisine d'office. Fortement discutée lors du vote de la loi de 1970, cette disposition n'a pas disparu. On s'est simplement contenté d'inciter à la prudence avec l'ajout de la mention "à titre exceptionnel". Or, force est de constater que cette disposition demeure une pétition de principe dans les faits. Ainsi, la saisine d'office reste aujourd'hui l'hypothèse la plus fréquente.

Mais, le juge des enfants dispose également de pouvoirs d'investigation considérables. D'après l'article 1183 du nouveau code de procédure civile, le juge des enfants peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner *toute mesure d'information*, faire procéder à *tous les examens* qui lui semblent nécessaires, entendre *toute personne* dont l'audition lui paraît utile.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'enquête sociale, la Cour de cassation a consacré le principe de son autonomie. L'enquêteur est admis à faire état de renseignements recueillis sans que l'identité des personnes soit révélée²⁴. Aucune définition juridique de l'enquête sociale ne permet de limiter son contenu. L'évolution jurisprudentielle va cependant dans le sens de l'exigence d'une motivation des décisions du juge ordonnant une enquête sociale ainsi que toute autre mesure d'information²⁵.

En ce qui concerne le déroulement de la procédure, elle est entourée de secret au nom de l'intérêt de l'enfant et le principe du contradictoire est sacrifié.

Ainsi, les audiences ont lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire généralement dans le bureau du juge des enfants. De même, les déclarations de l'enfant n'ont pas à être consignées dans un procès-verbal. La Cour de cassation estime que la loi est respectée par le juge, lorsqu'il entend le mineur sans rapporter dans sa décision ce qu'il a déclaré²⁶. Il convient

²⁴ Voir l'arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation du 28 mai 1984, *Bull. civ.* n.° 97, Dans le même sens, Civ. I^o, 5 mai 1987, *Dalloz*, 1988, p. 77, note MASSIP.

²⁵ BAUDOUIN (J. M.), *Le juge des enfants*, op. cit., p. 54.

²⁶ Voir: Civ I^o, 11 février 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, 2, p. 609.

de signaler ici que le mineur peut être entendu hors la présence des parents et de leurs avocats ²⁷.

Quant aux droits de la défense, l'avocat devrait être un élément de poids contre les risques de subjectivité de la justice des mineurs. Il est malheureusement rarement présent en matière d'assistance éducative ²⁸. Pourtant, sans l'avocat, ni les parents, ni le mineur ne peuvent avoir accès au dossier. Le texte actuel (art. 1186 du N.C.P.C.) semble prévoir un pouvoir d'appréciation du juge des enfants en matière du droit du mineur à être assisté par un avocat. Dans la mesure où la défense d'un enfant victime de mauvais traitements exige la présence d'un avocat qui lui soit personnel, la loi du 10 juillet 1989 a expressément prévu sa désignation (art. 87-1 du C.P.). Le nouvel article 388-1 du code civil est également un important correctif apporté au caractère inquisitorial de la procédure ²⁹.

On peut se poser la question de savoir si ce caractère inquisitorial de la procédure en matière d'assistance éducative répond aux exigences posées par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ³⁰. Il est vrai que la place faite au non-dit dans le cadre de ces

²⁷ Cf. **RENUCCI (J. F.)**, "L'efficacité de l'audition des mineurs dans la procédure d'assistance éducative", *Dalloz*, 1987, chr., p. 19.

La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a inséré un article 388-1 dans le code civil qui pose comme principe le droit du mineur capable de discernement à être entendu par le juge dans toute procédure le concernant. S'il en a fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée du juge. Il pourra être entendu d'après ce texte avec un avocat ou une personne de son choix, que le juge peut remplacer si le choix ne paraît pas conforme à l'intérêt du mineur.

²⁸ Sur la question, voir l'article de **NEIRINCK (C.)** "Avocat d'enfants ou défenseur d'enfants?", *Les petites affiches*, 143, 29 novembre 1989, p. 17. Aujourd'hui, certaines juridictions se sont dotées d'avocats spécialisés en matière de mineurs. Bordeaux est ainsi une juridiction pilote.

²⁹ Signalons que l'aide juridictionnelle est attribuée de droit au mineur selon les articles 9-1 et 10 nouveaux de la loi n.º 91-647 du 10 juillet 1991.

³⁰ A propos de la force en droit interne de la Convention des droits de l'enfant, il convient de signaler le récent arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Le Jeune* qui a suscité une grande consternation de la part de la doctrine. En effet, la Cour de cassation dans un attendu lapidaire, estime que les dispositions de la convention ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, celle-ci n'étant pas directement applicable en droit interne. Cf. l'arrêt de la première chambre civile du 10 mars 1993, ayant fait l'objet d'une étude critique à "quatre mains" par un spécialiste du droit public et une spécialiste du droit privé: **NEIRINCK (C.)** et **MARTIN (P. M.)**, *J.C.P.* 1993, I, 3677.

procédures dans l'idée de protéger l'enfant semble contraire au principe de transparence et à l'obligation d'information posée à l'article 40 de la Convention ³¹.

Par ailleurs, du côté de l'application concrète de l'ordonnance de 1945, les pratiques aboutissent à l'évitement du procès pénal. "En sorte qu'apparaît, dans la pratique, une toute autre forme de justice qui a laissé de côté ce schéma linéaire de l'ordonnance de 1945 pour créer une nouvelle réponse en grande partie hors du droit, faite de souplesse, de maniabilité, de relais diversifiés, bref, d'opportunité ..." ³².

Le risque majeur de subjectivité du juge, n'est plus à démontrer. Cette subjectivité pourrait être tempérée par l'existence de voies de recours adéquates permettant ainsi aux familles de le contrôler. Si les décisions du juge des enfants sont susceptibles d'appel, cette garantie reste en pratique théorique ³³. En effet, l'appel ne suspend pas la mesure prononcée. De plus, le juge des enfants en vertu du principe de continuité peut prendre de nouvelles décisions pendant l'appel. Il peut même modifier la décision prise par la cour d'appel (art. 375-6 du code civil). Dans les faits, les conseillers à la cour hésitent à changer la décision prise ³⁴.

L'analyse de l'assistance éducative française permet de voir ainsi de quelle façon sa structure légale correspond au modèle autoritaire.

Il est important quand même de souligner que le réseau de sécurité médico-social tend ici à être de plus en plus géré par le secteur associatif, ce qui démontre une intensification, dans la pratique, de la relation aux instances sociétales ³⁵.

Au Portugal, non seulement l'analyse des textes mais surtout leur application rendent compte d'un autoritarisme plus prononcé.

³¹ Il semblerait que cette obligation doit être restreinte aux mineurs faisant l'objet de poursuites pénales. L'absence de défense effective des mineurs reste un obstacle à la réalisation des objectifs posés par la convention, voir **BEAU (C.)**, "La convention internationale des droits de l'enfant et le traitement de la délinquance juvénile en France", *R.I.D.P.*, 3.^o et 4.^o trim., 1991, vol. 62, pp. 903-913.

³² **SALAS (D.)**, op. cit., p. 242.

³³ Le nombre des appels est limité en matière d'assistance éducative. Voir **RENNUCI (J. F.)**, *Enfance délinquante et enfance en danger*, op. cit., p. 264.

³⁴ **BADOUIN (J. M.)**, *Le juge des enfants*, op. cit., p. 59.

³⁵ Ainsi 84% des mesures d'assistance éducative en milieu ouvert et 2/3 des capacités d'hébergement offertes dans le cadre de l'aide sociale à l'enfance relèvent du secteur associatif. Cf. le rapport du Conseil d'État, *Statut et Protection de l'Enfant*, op. cit., p. 22.

B • La protection tutélaire des mineurs déviants au Portugal

Les tribunaux des mineurs ont au Portugal, une longue tradition. Dès la proclamation de la République, les bases de la protection de l'enfance furent posées dans un décret du 11 janvier 1911. Il instituait la possibilité d'une éducation coercitive des mineurs de 16 ans en danger moral dans les établissements de l'État ou privés. La grande loi du 27 mai 1911 posa véritablement les jalons d'une politique criminelle des mineurs. Conformément aux idées de **Franz V. LISZT**³⁶, les mineurs de 16 ans ne pouvaient plus faire l'objet d'une peine³⁷.

Outre le problème des mineurs délinquants, on envisageait une deuxième catégorie de mineurs, les mineurs en danger moral, les inadaptés sociaux qui étaient susceptibles de mesures éducatives et de protection. Par ailleurs étaient créées les *Tutorias de Infância*, tribunaux collectifs appliquant une vaste gamme de mesures éducatives après avoir procédé à des enquêtes. Parmi elles figuraient toujours l'internement dans des établissements officiels de l'État ou privés, le placement en institution d'assistance publique ou en institution du secteur privé, la placement dans une famille adoptive, etc. ...

Pour ce qui est des mineurs imputables de plus de 16 ans, le régime antérieur du code pénal de 1886 restait en vigueur. Celui-ci prévoyait une atténuation spéciale des pénalités en raison de la minorité. La réforme pénitentiaire de 1936 a rendu par la suite applicable aux mineurs de plus de 16 ans et de moins de 18 ans, le régime des mineurs non-imputables.

Le système fut largement remanié par un décret-loi n.º 44 228 du 20 avril 1962.

Après la révolution des oeillets, un décret-loi est venu modifier le régime des mineurs en procédant à une nouvelle répartition des compétences pénales et civiles. Ce texte (*Organização Tutelar de Menores*³⁸) est toujours en vigueur. Il a été renforcé par la loi n.º 38/87 (*Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais*) du 23 décembre 1987. Des modifications au régime

³⁶ Voir **CORREIA (E.)**, "A influência de Franz V. Liszt sobre a reforma penal portuguesa, *Revista de direito penal e Criminologia*, n.º 32, julh.-dez., 1981, pp. 22-45.

³⁷ En ce qui concerne le droit français, l'idée d'un seuil au-dessous duquel aucune peine ne peut être prononcée à l'encontre d'un mineur délinquant a du mal encore aujourd'hui à être votée. Un avant-projet de loi du 27 juin 1990 le fixait à 10 ans. Le Syndicat de la Magistrature proposait 13 ans. Voir *Justice*, n.º 130-131, mars 1991, p. 40.

³⁸ Les initiales O.T.M. seront utilisées pour plus de commodité.

pénal applicable aux mineurs imputables ont été par la suite introduites avec le nouveau code pénal, dans les décrets-loi n.° 401/82 du 23 septembre 1982 et n.° 90/83 du 16 février 1983 ³⁹.

Les textes portugais semblent être empreints de libéralisme ⁴⁰. Pourtant, le modèle autoritaire y est peut-être plus prononcé qu'en France, sans doute en raison des reminiscences de la politique criminelle appliquée de manière générale aux déviants pendant le régime Salazariste qui aboutissait à leur internement.

La protection des mineurs au Portugal est doublement remarquable. Tout d'abord le réseau de sécurité de type médico-social est soit purement administratif, soit sous tutelle judiciaire. Pour les mineurs de plus de 12 ans, l'application de mesures de protection se fait toujours par la voie judiciaire. En ce qui concerne les mineurs de moins de 12 ans, elles peuvent être appliquées par des commissions de protection, de façon autonome.

L'autre particularité est l'amalgame qui est fait entre les mineurs délinquants et les déviants, du moins quand il s'agit de jeunes non-imputables à savoir ceux qui ont moins de 16 ans. l'idée maîtresse est ici l'effacement de la nature des faits commis au profit des seuils d'âge justifiant l'intervention judiciaire.

Ainsi, des mesures de protection, d'assistance ou d'éducation peuvent être prises par les tribunaux pour enfants vis-à-vis des mineurs entre 12 et 16 ans dans les cas suivants: lorsqu'ils montrent des difficultés sérieuses d'adaptation à une vie sociale normale; lorsqu'ils se livrent à la mendicité, au vagabondage, à la prostitution, au libertinage, à l'abus de boissons alcooliques ou à l'usage de drogue; ou lorsqu'ils ont commis un fait qualifié d'infraction par la loi pénale.

³⁹ Sur le droit pénal des mineurs imputables, cf. Le travail collectif "Direito penal dos jovens imputáveis", *Revista do Ministério Público*, ano 4, 1983, vol. 13, p. 87-101. Également sur la matière, voir **Mr. MADEIRA BARBARA**, "O direito penal e os jovens delinquentes - Dec.-lei n.° 401/82, de 23 de setembro", *Revista do Ministério Público*, ano 4, 1983, vol. 13-16, pp. 9-23.

⁴⁰ Pour une description en français des règles portugaises applicables aux mineurs, cf. **LAHALLE (A.)**, *Les règles internationales et les grands systèmes de droit des mineurs en Europe occidentale (approche comparative)*, C.R.I.V. Vauresson, juin 1990, pp. 42-45.

Voir également la contribution portugaise au 7.° Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, 1985; et plus particulièrement le rapport de M^{rs} **FREITAS (H.)**, **SANTOS PAIS (J. M.)**, "Le système pénal et la protection des mineurs, la procédure tutélaire", *Documentação e Direito Comparado*, n.° 19, *B.M.J.* 1984, pp. 125-142.

Par ailleurs, les tribunaux pour enfants vont être compétents pour: tous les mineurs de 18 ans victimes de mauvais traitements ou d'abandon ou dont la santé, la sécurité, l'éducation ou la moralité sont en danger; les mineurs de 14 à 18 ans qui refusent la "discipline" de la famille, du travail ou de l'établissement où ils se trouvent placés; les mineurs de 16 à 18 ans qui se livrent à la mendicité, au vagabondage, à la prostitution, au libertinage, à l'abus de boissons alcooliques ou à l'usage de drogue, quand ces activités ne constituent pas d'infraction pénale et ne sont pas, non plus, reliées à une infraction pénale.

Les tribunaux pour enfants apprécient également les demandes de protection des mineurs de 18 ans contre l'exercice abusif de l'autorité familiale ou des institutions où ils sont placés.

Quant aux mesures susceptibles d'être prononcées, les principales sont: l'admonestation, la remise aux parents avec ou sans imposition de mesures, l'accompagnement éducatif, le placement dans des familles ou dans des institutions d'éducation ou d'assistance et enfin le placement ou l'internement dans des institutions spécifiques du Ministère de la Justice, les dénommés *estabelecimentos tutelares* (établissements tutélares) parmi lesquels figurent des instituts de rééducation.

En ce qui concerne les mineurs déviants ou délinquants de 12 ans, la compétence est dévolue à des commissions de protection qui ont une nature administrative. Elles étaient prévues par le décret-loi n° 314/78 du 27 octobre 1978. Elles ont été créées dans les centres d'observation et d'action sociale ⁴¹ et sont constituées par leur directeur et leur psychologue, un délégué du Ministère Public auprès du tribunal des enfants et par des représentants du Ministère de l'Éducation.

Ces commissions peuvent appliquer les mêmes mesures éducatives précédemment signalées dès lors que titulaires de l'autorité parentale y aient consenti. En cas de désaccord, la compétence revient à l'autorité judiciaire.

Le modèle autoritaire apparaît comme en France à travers l'élasticité des textes et une procédure faisant peu de place aux droits de la défense.

⁴¹ Ce sont des établissements tutélares qui fonctionnent auprès des tribunaux pour enfants, ayant pour fonction de procéder à l'observation du mineur, à la requête du juge des enfants. Sur la question voir la contribution de Mme **Eliana GERSÃO** au 7^e Congrès des Nations Unies, "Le centre d'observation et d'action sociale de Coimbra - Un établissement en évolution", *Documentação e Direito Comparado*, n.º 19, B.M.J., 1984, pp. 213-223.

Ainsi, alors que par certains côtés les textes peuvent paraître plus précis qu'en France, on retrouve par ailleurs la généralité des termes de la loi. Ce sont les notions de mineurs dont la santé, la sécurité, l'éducation ou la moralité sont en danger. Tout comme en France ces notions ne sont pas juridiquement définies. Concrètement, il s'agit de donner une base légale à des interventions qui sont surtout motivées par la situation de pauvreté dans laquelle est élevé le mineur.

En ce qui concerne la procédure suivie, elle est au Portugal encore plus manifestement inquisitoire. En premier lieu, la procédure est excessivement simplifiée⁴². Les tribunaux pour enfants siègent à juge unique sauf lorsqu'ils appliquent des mesures d'internement, le juge des enfants siégeant alors avec deux assesseurs. Comme en France, le juge pour enfant dispose de pouvoirs considérables, il peut déclencher lui-même le procès (art. 47 de l'O.T.M.), il instruit et juge.

Par ailleurs, le caractère secret est beaucoup plus prononcé. L'article 36 de l'O.T.M. énumère limitativement les autorités pouvant se faire établir des copies ou des extraits. De plus, la consultation du dossier ne peut avoir lieu qu'aux fins de l'exercice d'une voie de recours (art. 38 de l'O.T.M.), ce qui veut dire que la présence de l'avocat pendant l'instruction et le jugement est exclue⁴³ (art. 41 de l'O.T.M.). Tout comme en France, l'interrogatoire du mineur a lieu en audience de cabinet et est secret (art. 54 de l'O.T.M.).

Au Portugal comme en France, c'est l'intérêt du mineur poursuivi par l'autorité judiciaire qui légitime les atteintes à ses droits et garanties processuels.

Contrairement au droit français depuis 1986, les mesures appliquées sont d'une durée absolument illimitée dans le temps. Elles cessent normalement à la majorité du mineur ou si le mineur se montre socialement réadapté (art. 29 de l'O.T.M.). Elles sont susceptibles d'être modifiées d'une manière discrétionnaire.

Au niveau de la pratique judiciaire, le système s'avère fortement centralisé (autre caractéristique d'un modèle autoritaire) et producteur d'in-

⁴² Voir l'intéressante contribution de Madame **Eliana GERSÃO** sous le titre "Protecção tutelar de menores em Portugal. Velhas respostas, novas respostas - Para onde vamos?", dans le cadre de la rencontre internationale tenue à Bordeaux sur le thème "Les dynamiques pénales ibériques", 2 et 3 avril 1992.

⁴³ Il existe cependant dans le procès tutélaire, un Curateur des mineurs (Curador de menores) à qui incombe la tâche de défendre leurs droits aussi bien que de veiller sur leurs intérêts (Art. 10 de l'O.T.M.).

ternements éducatifs qui se destinent dans les faits plutôt aux mineurs déviants.

En effet, ce n'est qu'à Porto, Lisbonne, Coimbra et Funchal qu'existent des tribunaux spécialisés (tribunal pour enfant). Sur le reste du territoire ce sont alors les tribunaux communs (da comarca) qui sont chargés de les suppléer. Or, leur intervention est difficile. Ils ne peuvent pas légalement ordonner des mesures de placement dans les établissements tutelaires. Chaque fois que c'est envisageable, ils doivent renvoyer le procès aux tribunaux pour enfants siégeant dans leur zone. De plus, ils ne sont pas dotés d'un service social spécialisé ⁴⁴.

En ce qui concerne les mesures d'internement dans les établissements tutelaires, les tribunaux pour enfants ne peuvent les ordonner qu'après une observation du mineur dans les centres d'observation annexes. En pratique, cette exigence légale amène un déplacement des populations mineures des régions les plus reculées, lesquelles peuvent rester dans ces centres pendant plusieurs mois. Une fois l'internement décidé, c'est la direction générale des services tutelaires située à Lisbonne qui choisit l'institution. Or, en dépit des principes contenus dans la Constitution de 1976 sur la déconcentration des administrations de l'État (art. 267-2), tous les établissements sont d'ampleur nationale.

Mais c'est surtout l'application pratique des textes relatifs à l'O.T.M. qui manifestent un autoritarisme assez paradoxal.

Madame **Eliana GERSÃO** le démontre particulièrement bien ⁴⁵ en analysant les statistiques judiciaires de ces dernières années. Le nombre des procès de mineurs a baissé (2666 en 1976 contre 2474 en 1990). Mais contrairement à ce que l'on peut croire, la baisse atteint les procès où une infraction pénale est à l'origine (92,7% en 1976 contre 57,3% en 1990 du total des procès de mineurs ⁴⁶). L'augmentation des affaires où il est question d'inadaptations sociales ou de mauvais traitements et de négligences

⁴⁴ Ce qui explique en partie les demandes d'intervention de plus en plus adressées à l'Institut de Réinsertion sociale en matière de mineurs, voir la section 2 du Chapitre 1 du Titre 2 de ce même Livre.

⁴⁵ Dans sa contribution à la Rencontre Internationale de Bordeaux sur les dynamiques pénales ibériques déjà signalée. Voir également son article "Portugal entre Armadilhas da "Protecção" e da "Justiça" de menores", *Tribuna da Justiça*, n.º 4-5, junho-setembro, 1990, pp. 89-103.

⁴⁶ En France, il y a en moyenne chaque année 72 000 mineurs délinquants jugés contre 95 000 mineurs en danger, soit respectivement 43% contre 57%. Ces chiffres sont cités par Mme **Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI** dans sa préface à l'ouvrage de **Jean-François RENUCCI**, *Enfance délinquante et enfance en danger*, op. cit., p. 9.

de la part de la famille est considérable. Or, assez curieusement, la mesure d'internement en Institut de rééducation est beaucoup plus souvent appliquée dans les affaires concernant des mineurs simplement déviants⁴⁷. Il s'agit d'établissements totalement fermés où le mineur est généralement placé jusqu'à sa majorité tout simplement parce qu'il ne trouve pas dans sa famille des conditions éducatives et socio-économiques satisfaisantes.

Quand on songe que la majorité de ces établissements, encore aujourd'hui, ne sont en réalité que les grands internats de rééducation qui furent créés pendant la première moitié du siècle, le tableau n'en est que plus effrayant.

Dans les faits, on assiste donc à une étatisation poussée des réponses à la déviance des mineurs qui n'est pas loin d'un modèle totalitaire surtout en raison de cette fusion entre la notion d'infraction-déviance donnant lieu à des réponses identiques de la part des organes étatiques.

Le vrai visage de ce modèle est de produire une "criminalisation" des carences sociales, un contrôle étatique stigmatisant les enfants des classes les plus pauvres.

Une récente réforme des commissions de protection, le décret-loi n.º 189/91 du 17 mai 1991 tend à accroître considérablement le domaine de la variante administrative autonome. L'idée est de les renforcer avec une intervention interdisciplinaire et interinstitutionnelle au niveau local. Leur domaine privilégié d'action est désormais, outre leur compétence antérieure, celle des mineurs de 18 ans victimes de mauvais traitements ou en danger.

Par ailleurs, les nouvelles commissions pourront appliquer les mêmes mesures que les tribunaux pour mineurs sauf les mesures d'internement. Dans ce cas, l'affaire leur est renvoyée.

Pour les autres mesures, on exige toujours le consentement exprès des titulaires de l'autorité parentale. Ces commissions devraient être instaurées au niveau de chaque circonscription judiciaire (comarca)⁴⁸.

⁴⁷ En 1991, l'internement dans les Instituts de rééducation concernait 4,7% des procès pour infraction pénale contre 14,2% des procès motivés par des situations déviantes. En réalité, 70% des justifications d'internement des mineurs consistent dans des difficultés de plusieurs sortes qui, de près ou de loin, n'ont rien à voir avec la commission d'une infraction. Voir GERSÃO (E.), "Portugal entre Armadilhas da "Protecção" e da "Justiça" de menores", op. cit., p. 95.

⁴⁸ Juste une commission fonctionnait en avril 1992, celle de Penafiel. Il faut dire que leur Règlementation était hybride: bien que dépendant du Ministère de la justice et intégrée dans les services tutélaires des mineurs, leur installation incombait aux autorités municipales.

La composition de ces commissions est également plus vaste. En dehors des anciens membres figurent des représentants du Conseil municipal, des directions régionales des services de l'éducation, de la sécurité sociale, de la santé et des loisirs des jeunes, de la police ainsi que ceux des institutions privées de solidarité sociale et des associations de parents d'élèves.

On remarque alors tout comme en France, mais en une moindre mesure, une intensification de la relation aux instances sociétales qui se manifeste dans la composition de ces commissions.

Mais le réseau de sécurité demeure, d'une manière générale, fortement étatisé et la pratique portugaise en matière de justice des mineurs relève, d'une manière manifeste, les abus inhérents aux modèles tutélaires. Certains de ces abus ont été dénoncés par la Cour Européenne des droits de l'Homme ⁴⁹.

L'enfant, cette merveilleuse mer de ce qui était et qui n'est pas encore, est sans aucun doute l'objet privilégié du modèle autoritaire. Étatiser veut dire alors mieux structurer les interdits, les personnaliser à travers un père symbolique. Un père unique aux visages multiples de l'action médico-sociale. Tel est le mystère. Mais ce n'est pas le seul secteur habité par le paradoxe ancestral de l'amour et de la crainte. Celui des intoxiqués est une autre de ses demeures.

§ 2 • Les "intoxiqués"

"Le monde judiciaire est traversé d'un paradoxe: celui d'être à la fois la scène où se joue le rapport du sujet délinquant à la loi, tout en étant le lieu de déclenchement de toute une machinerie médico-sociale visant à sa réinsertion, voire à sa guérison" ⁵⁰.

⁴⁹ Voir la condamnation de la Belgique dans l'arrêt Bouamar du 29 février 1988, pour avoir accumulé à l'encontre d'un mineur 9 placements en maison d'arrêt sans finalités éducatives, sans l'assistance d'un avocat et sans recours juridictionnel.

En France, le 30 juillet 1992, la Cour d'appel de Reims avait appliqué pour la première fois les dispositions de l'art. 6-1 de la C.E.S.D.H., relatives au tribunal indépendant et impartial, en déclarant irrégulière la composition du tribunal pour enfant présidée par le juge des enfants qui avait instruit le dossier du mineur. Cf. *Gaz. Pal.*, 19-20 mars 1993. Mais, la Cour de cassation a censuré cette position dans un arrêt du 7 avril 1993. Voir **SALAS (D.)**, op. cit., p. 248, note 14.

⁵⁰ Propos de **Xavier LECONTE**, cités par **Michel DAMADE** in *Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, Érès, questions actuelles de criminologie, mars 1991, p. 47.

Le secteur des intoxiqués est sans doute le secteur où la dialectique punition et/ou soins est la plus visible.

On laissera ici de côté toute discussion sémantique à propos du concept de toxicomanie, en retenant sous le vocable d'intoxiqués les usagers de produits toxiques. Deux catégories retiendront plus particulièrement l'attention, les alcooliques dangereux qui sont des usagers d'une drogue licite (A) et les usagers de stupéfiants qui sont des drogues illicites ⁵¹ (B).

Les intoxiqués sont des déviants dans la mesure où il s'agit dans les deux cas, de "conduite, situation ou état de non-conformité à la normalité, à la moyenne des comportements ("l'étant") habituellement régie par les lois sanitaires ou sociales mais non pénales"⁵². Seulement, en ce qui concerne l'usage de stupéfiants, il est érigé en France comme au Portugal en tant qu'infraction autonome de celle de trafic. Il s'agit alors d'un cas de déviance constituée en infraction.

A • Le traitement des alcooliques

En France, le traitement des alcooliques dangereux a fait l'objet d'une loi du 15 avril 1954 directement inspirée des théories de la défense sociale nouvelle. En effet, l'idée est de prévoir une intervention étatique de manière précoce dans un but préventif, en dehors de toute commission d'infraction. Par conséquent la logique dominante est médicale (traitement) et de défense sociale (mise à l'écart) ⁵³ et illustre bien la mise en place d'un réseau de sécurité médico-social.

D'après cette loi qui figure aux articles L.355-1 à L.355-13 du code de la Santé, les tribunaux civils ont ainsi la possibilité de placer les alcooliques sous le contrôle de l'autorité sanitaire.

Bel exemple du modèle autoritaire de politique criminelle, le texte contient des mécanismes coercitifs qui permet ainsi de traiter un individu

⁵¹ Pour une étude complète des drogues licites et illicites, voir **CABALLERO (F.)**, *Droit de la drogue*, Paris, Précis Dalloz, 1989.

⁵² Voir l'étude comparative à plusieurs titres de Mme **Mireille DELMAS-MARTY**, "Quelles politiques européennes? Analyse juridique comparée des politiques de la drogue et de l'alcool: les raisons du droit", in *Individus sous influence*, Paris, éd. Esprit, 1991, p. 325.

⁵³ Sur les différentes logiques (pénales, de défense sociale, médicale et économique) qui président les politiques de la drogue et de l'alcool, cf. **DELMAS-MARTY (M.)**, *ibid.* et plus particulièrement le tableau de concordance entre les logiques et les réponses, en note 1, p. 320.

contre sa volonté en le privant parfois complètement de liberté. La justification de ces pouvoirs exorbitants de contrainte est contenue dans l'article L-355-1 qui limite leurs applications aux alcooliques dangereux pour autrui.

L'état dangereux va être détecté par les autorités judiciaires au terme de poursuites ou par les autorités administratives policières ou médicales. La saisine de l'autorité sanitaire est dans ce cas obligatoire. La loi prévoit aussi une possibilité de saisine d'office à la suite du rapport dressé par une assistante sociale qui se serait rendu compte du danger que l'alcoolique fait courir à autrui (art. L.355-2 du code de la Santé).

Quant aux mesures de placement, elles sont décidées par le T.G.I. siégeant en chambre du conseil, suite à la requête préalable d'une commission médicale dont la composition est soigneusement réglementée. Celui-ci peut décider un placement dans un établissement de soins approprié ou orienter l'alcoolique vers un hôpital psychiatrique, s'il présente aussi des troubles mentaux (art. L-355-6 du code de la Santé).

La durée de la mesure de placement est de 6 mois maximum qui peuvent être éventuellement prolongés par de nouvelles périodes d'une durée égale ou inférieure (art. L-355-6 du code de la Santé). Pendant le traitement, le malade dispose de garanties contre un maintien abusif. Il peut demander à tout moment sa comparution devant la commission médicale et obtenir sa libération sous contrôle du juge. Une fois sorti, il restera soumis pendant un an à la surveillance d'un dispensaire d'hygiène sociale ou mentale.

Dans les faits, la législation de 1954 est tombée en désuétude. Tout d'abord en raison de la nette préférence des praticiens pour le traitement volontaire qu'ils essaient à tout prix de susciter. En second lieu, les sections et centres de rééducation spécialisés dans le traitement des alcooliques prévus par l'article L-355-7 du code de la Santé n'ont été créés qu'en nombre restreint ⁵⁴.

Au Portugal, les alcooliques dangereux étaient susceptibles d'encourir la mesure de sûreté de l'internement en maison de travail applicable aux *vadios*. Le projet de code pénal de 1963 retenait une vaste catégorie de *vadios* et assimilés à l'encontre desquels les tribunaux pouvaient pronon-

⁵⁴ Voir CABALLERO (F.), *Droit de la drogue*, op. cit., p. 242.

cer des peines indéterminées. Finalement, seuls les alcooliques aujourd'hui et par extension ceux qui abusent de stupéfiants peuvent se voir appliquer une peine relativement indéterminée, tout comme les délinquants "par habitude"⁵⁵.

Dans la mesure où une intervention étatique avant commission d'une infraction n'existe plus, la logique commandant la politique criminelle portugaise au niveau de l'alcoolisme est différente. Elle met en scène aussi le modèle autoritaire, mais il s'agit d'un cas de déviance révélée par l'infraction. La logique dominante est alors une logique pénale (punition), qui est renforcée par deux autres logiques: une logique de défense sociale et une logique médicale.

Ainsi, le code pénal de 1983 prévoit dans son article 86 le prononcé d'une peine relativement indéterminée, lorsque l'agent est un alcoolique habituel et qu'il a commis une infraction punie d'un emprisonnement ferme. Il n'est pas nécessaire que l'infraction ait été commise en état d'ébriété. Il suffit qu'elle soit en relation avec son alcoolisme ou sa tendance à abuser des boissons alcooliques.

La peine relativement indéterminée dans le cas des alcooliques et assimilés est comprise entre une durée minimale égale à la moitié de la peine concrètement applicable pour l'infraction et une durée maximale correspondant au maximum légal prévu pour l'infraction auquel s'ajoutent 2 ans s'il s'agit de la première condamnation et 4 ans pour les condamnations suivantes.

L'exécution de la peine est orientée dans le but d'un traitement forcé de l'agent afin d'éliminer définitivement sa tendance à abuser de l'alcool.

Ce traitement forcé se fera dans le cadre carcéral, dans lequel il est maintenu tant que dure son état dangereux. Ses modalités sont fixées dans le plan individuel de réadaptation⁵⁶ qui est élaboré par l'administration pénitentiaire en collaboration avec les agents de l'Institut de Réinsertion Sociale (art. 90 du code pénal). Ce sont ces derniers qui sont chargés du

⁵⁵ Sur la peine relativement indéterminée dans le nouveau code de 1983, voir:

a) **MIRANDA RODRIGUES (A.)**, "A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso", in *Jornadas de direito criminal, O novo Código penal português e legislação complementar*, Fase I, Centro de Estudos Judiciários, pp. 285-314.

b) **LOPES ROCHA (M. A.)** "O novo código penal português, Algumas considerações sobre o sistema monista das reacções criminais", op. cit., p. 43 et s.

⁵⁶ Il est vrai que l'article 90 n.º 1 souhaite, chaque fois que c'est possible, le consentement de l'agent.

suivi de l'exécution du plan et qui proposent la libération conditionnelle du détenu au Tribunal d'exécution des peines.

En effet, dans le cas de la peine relativement indéterminée, l'individu doit toujours passer par une phase de libération conditionnelle⁵⁷. Celle-ci peut être concédée à partir de l'accomplissement de sa durée minimale⁵⁸.

C'est pourquoi, deux mois avant l'accomplissement de la durée minimale de la peine relativement indéterminée, l'Institut de Réinsertion Sociale doit envoyer un rapport sur son exécution et un avis quant à la libération conditionnelle ou quant au maintien en détention. Dans ce dernier cas, des rapports devront être adressés tous les ans par l'Institut de Réinsertion Sociale, jusqu'au terme maximal de la peine relativement indéterminée (art. 89 n.º 4 du code penal).

La peine relativement indéterminée applicable aux alcooliques est en droit portugais une illustration des excès de la dialectique punition et / ou soins précédemment signalée. Le réseau de sécurité médico-social du modèle autoritaire connaît ici un déploiement particulièrement inquiétant dans la mesure où l'incertitude liée à la durée effective de la peine se conjugue avec l'allongement des délais légaux. Durcissement de la peine en fin de compte en raison d'un simple état de déviance. On observe alors une intensification de la pression étatique sur l'individu. Certes, elle concerne un individu délinquant puisqu'il est condamné en raison d'abord de l'infraction commise. Mais ici, son mode de déviance qui est l'alcoolisme joue comme une circonstance aggravante aboutissant à une peine confuse où la mesure de sûreté d'internement thérapeutique se combine avec la détention classique.

Surprenant peine relativement indéterminée ... Le système portugais se dit être un système moniste de réactions criminelles. Comment peut-il assimiler les alcooliques, qu'il traite par moment comme des délinquants non-imputables⁵⁹, aux délinquants les plus dangereux (délinquants "par habitude") en ce qui concerne la peine?

⁵⁷ De un à deux ans pouvant être prorogée jusqu'à cinq ans (art. 89 n.º 3 du code pénal).

⁵⁸ Ce qui pose parfois des problèmes quant à la conciliation des règles de droit commun concernant la libération conditionnelle. Voir sur ce point **ALMEIDA COSTA (A. M.)**, "Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português", separata do vol. LXV (1989) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 44 et s.

⁵⁹ Voir l'article 282 n.º 1 du code pénal qui punit seulement d'une peine de prison jusqu'à un an et d'une amende jusqu'à 100 jours, celui qui commet une infraction en état de complète inimputabilité, suite à l'ingestion volontaire ou négligente de boissons alcooliques ou d'autres substances toxiques.

Par ailleurs, la procédure est ici subordonnée au dépôt d'une plainte de la victime (art. 282 n.º 3 du code pénal).

Madame **Maria Rosa CRUCHO DE ALMEIDA**, critique l'application de la peine relativement indéterminée aux alcooliques et assimilés. On crée ainsi "une présomption légale et de droit sur la dangerosité de l'agent" ⁶⁰. Il est vrai que le texte ne fait aucune référence au passé du délinquant, ni à la nature de l'infraction.

Heureusement, la peine relativement indéterminée est de manière générale rarement prononcée. En 1983, seulement 20 détenus accomplissaient ce genre de peine dans les prisons portugaises ⁶¹. Et au 31 décembre 1992, il y avait 104 prisonniers qui purgeaient une peine relativement indéterminée ⁶².

B. Le traitement des usagers de stupéfiants

Infraction autonome de celle du trafic en France comme au Portugal, la réponse qui est donnée à l'usager de stupéfiant relève d'un modèle autoritaire, mais dont les logiques ne sont pas forcément les mêmes.

Ainsi, en France la logique pénale domine puisqu'en principe l'usage de stupéfiant donne lieu à une réponse pénale. Seulement, elle peut être complétée, voire substituée par une réponse médicale (injonction thérapeutique). Ici, dans la mesure où l'injonction thérapeutique se greffe toujours sur une procédure pénale, la loi française de 1970 a organisé une dérivation du réseau pénal vers le réseau médico-social. Ce n'est pas forcément le cas au Portugal où le réseau médico-social peut directement se déployer à partir du diagnostic d'une toxicomanie chez l'individu. Dans ce cas, on peut parler de déviance révélée par l'infraction (usage de stupéfiant ou autres infractions) qui donne lieu à une procédure autonome ⁶³ où règne la

⁶⁰ Voir **CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.)**, "Novas medidas detentivas e semidetentivas no primeiro ano de vigência do Código penal", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.° 348, p. 17 et s. (traduction personnelle).

⁶¹ Madame **Maria Rosa CRUCHO DE ALMEIDA** qui a analysé leur dossier attire l'attention sur le fait qu'une majorité de peines relativement indéterminées avaient été appliquées à des individus coupables d'infractions contre le patrimoine. Les deux cas d'homicide consommé pour l'un et seulement tenté pour l'autre, mettaient en cause des individus aux fortes habitudes alcooliques qui étaient primaires. Il s'agissait dans les deux cas de crimes situationnelles. Cf. l'étude de l'auteur, *ibid.*

⁶² Voir en Annexes, Tableau n.° 6. Le projet de révision de code pénal de février 1991 n'a pas entendu supprimer cette mesure de l'arsenal répressif portugais. Cf. art. 83 et s. du projet.

⁶³ Voir l'article 39 du décret-loi n.° 430/83 du 13 décembre 1983 qui instaure un procès de défense sociale qui a lieu soit devant les tribunaux communs (*da comarca*), soit devant le tribunal d'exécution des peines. L'objet du procès est d'appliquer la mesure de sûreté de traitement de la toxicomanie.

logique médicale, renforcée parfois par une logique de défense sociale (traitement forcé sous forme d'internement).

Contrairement au traitement des alcooliques dangereux, la France ne connaît pas de placement d'office des usagers de stupéfiants⁶⁴. Leur traitement aura lieu dans le cadre de la voie pénale en utilisant les procédures de diversion contenues principalement dans la loi du 31 décembre 1970 et le décret du 19 août 1971.

En effet, l'art. L-628 du code de la santé publique, prévoit le délit d'usage de stupéfiants, sans distinguer entre les différentes catégories. Le modèle autoritaire permettra d'user de moyens coercitifs afin d'aboutir à une cure de désintoxication, étape primordiale dans la stratégie de normalisation du déviant.

Cette cure "obligatoire" est envisageable à tous les stades de la procédure, depuis la saisine du Procureur jusqu'au jugement. Il existe donc plusieurs types d'injonctions thérapeutiques, mais toutes révèlent un dispositif machiavélique où se joue un *Faust* d'un genre nouveau, sur toile de fond judiciaire. Ainsi, les modalités de l'échange sont les suivantes: le traitement est soit proposé contre l'abandon des poursuites, soit contre l'abandon du prononcé de la peine pour usage de stupéfiants.

L'injonction thérapeutique peut être proposée discrétionnairement par le Procureur de la République (L-628-1 combiné avec les articles L-355-15 à L-355-17 du code de la santé). Elle s'adresse non seulement aux simples usagers, mais aussi aux usagers revendeurs.

Le Procureur, lorsqu'il est saisi d'un dossier concernant des usagers de stupéfiants, a en vertu du principe d'opportunité des poursuites⁶⁵, le choix entre un classement sans suite, la mise en garde s'il s'agit de cannabis, le déclenchement des poursuites et enfin l'injonction thérapeutique. Cette dernière est statistiquement proposée une fois sur quatre⁶⁶.

⁶⁴ Il convient de noter qu'un avant-projet gouvernemental avait en 1986 institué cette procédure. Ainsi, il était prévu dans ce projet la possibilité de placer dans un établissement sanitaire agréé par décision du tribunal tout majeur dont l'usage de stupéfiants faisait courir un danger grave pour autrui et pour lui-même. Ce placement avait lieu à la demande du conjoint de l'intoxiqué, de ses ascendants, de son tuteur ou du Procureur de la République. Cf. *Le Monde*, 4 novembre 1986, p. 44.

⁶⁵ Art. 40 du code de procédure pénale.

⁶⁶ Cf. **CABALLERO (F)**, *Droit de la drogue*, op. cit. p. 517. A Bordeaux, le pourcentage semble être plus élevé. Ainsi, au cours de l'année 1987, sur les 66 usagers de stupéfiants, 38 ont fait l'objet d'une injonction thérapeutique. Voir l'article de **Catherine ALEXANDRE** "le rôle du magistrat du parquet: l'injonction thérapeutique in *"Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, éd. Ères, Questions actuelles de Criminologie, mars 1991, p. 15.

A ce stade de la procédure, l'injonction thérapeutique n'est pas susceptible d'exécution par la contrainte. Aucun délai n'est prévu pour se présenter devant l'autorité sanitaire. Mais, ici le Procureur dispose d'un pouvoir incitatif extrêmement fort. C'est l'impunité de l'usager qui est en jeu. Elle est assurée par l'article L-628-1 al. 2 du code de la santé, lorsque l'intoxiqué s'est soumis jusqu'au bout au traitement médical.

Certes, le délit d'usage de stupéfiant peut faire l'objet d'une disjonction des poursuites, permettant ainsi le déclenchement de l'action pénale pour d'autres infractions. Mais, le Procureur peut également décider d'attendre le résultat de l'injonction et décider "de passer l'éponge". A noter que les prescriptions légales sont parfois rigoureuses. Ainsi, l'extinction de l'action publique ne peut avoir lieu qu'une fois, d'après l'article L-628-1 al. 4 du code de la santé. Beaucoup de médecins critiquent cette disposition qui méconnaît à leur sens, le caractère éminemment récidiviste de la toxicomanie.

Plus contraignante est l'injonction thérapeutique du juge d'instruction. L'article L-628-2 du code de la santé lui permet d'astreindre les inculpés poursuivis pour usage de stupéfiants, à suivre une cure de désintoxication dans un établissement ou sous surveillance médicale. Cette voie est ouverte aux intoxiqués "endurcis" et présente un aspect beaucoup plus coercitif. Par exemple, la cure une fois subie, le juge d'instruction peut la prolonger par une période de surveillance médicale et sociale, assortie de mesures de réadaptation. Ils pourront ainsi être suivis par une association de contrôle judiciaire ⁶⁷.

Les garanties offertes aux intoxiqués en contrepartie de leur collaboration sont moindres. S'ils exécutent correctement le traitement proposé, la juridiction saisie ne pourra plus prononcer de peine pour usage de stupéfiants (art. L-628-3 al. 2 du code de la santé). Cependant, cette exécution ne va pas clore l'information. Les délits connexes comme par exemple le trafic seront jugés.

En ce qui concerne la juridiction de jugement, elle peut tout comme le juge d'instruction astreindre les personnes inculpées à subir une cure de désintoxication (art. L-628-3 du code de la santé), confirmer l'ordonnance

⁶⁷ L'A.R.E.S.C.J. de Bordeaux reçoit environ 20% de toxicomanes. Mais en fait leur toxicomanie ne se révèle bien qu'au cours des entretiens. Voir **STEMMER (N.), MALOSSANNE (J. P.)**, "Le rôle de l'association de réadaptation sociale et de contrôle judiciaire", in *Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, éd. Érès, Questions actuelles de Criminologie, mars 1991, p. 36 et s.

du juge d'instruction, la prolonger ou la modifier. Ainsi, elle peut ordonner la cure à titre principal, sans qu'il y ait lieu de prononcer les peines normalement encourues par l'article L-628 du code de la santé.

Quoi qu'il en soit, le nombre de détenus toxicomanes reste important. Ils constitueraient 10 à 40% des détenus des maisons d'arrêt des grandes villes françaises ⁶⁸.

Ce réseau de sécurité médico-social sur lequel peut dériver la réponse pénale donnée à l'usage de stupéfiants est souvent critiqué par la communauté des thérapeutes ⁶⁹. En effet, à une époque où le pouvoir médical était en pleine expansion, un conflit s'est ouvert dans les sphères d'exercice respectives ⁷⁰. Il est vrai que si le toxicomane plus qu'un autre délinquant est à la recherche de moments structurants; son rendez-vous avec la loi symbolique est, dans ce contexte, noyé dans un flot d'ambiguïtés.

L'alternative punition ou soin ne lui permettra jamais de rencontrer l'interdit ⁷¹ signifié dans la célèbre parole psychiatrique: "je t'aime assez pour te dire NON". Il rencontrera un amour mystifié. Un amour-chantage. Et du chantage d'amour à la punition d'amour, il n'y a souvent qu'un pas ...

Le droit portugais connaît des mécanismes beaucoup plus persuasifs contenus dans un texte spécial, le décret-loi n.º 430/83 du 13 décembre 1983. Il illustre bien une volonté de sectoriser les réponses de politique criminelle en matière de stupéfiants. Il est vrai que les pénalités semblent parfois peu sévères. Ainsi, contrairement au droit français, l'usager-trafi-

⁶⁸ **RAGER (P.)**, "Toxicomanie, délinquance et incarcération", in *Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, éd. Érès, Questions actuelles de criminologie, mars 1991, p. 39.

Au plan national, 17,2% des personnes condamnées, purgent leur peine pour des infractions en relation avec la drogue. Voir en Annexes, tableau n.º 9. Ce pourcentage est sensiblement identique à celui du Portugal, où 18,6% des condamnés en prison avaient commis des infractions liées aux stupéfiants. Voir en Annexes, tableau n.º 8.

⁶⁹ Notamment par le **D^R OLIVENSTEIN** qui a créé en 1971, l'hôpital Marmottan, dont l'hostilité vis-à-vis de l'injonction thérapeutique est bien connue. Cf. **OLIVENSTEIN**, *Il n'y a pas de drogués heureux*, Paris, Laffont, 1977.

⁷⁰ **FIRCHOW (T. A.)**, "Les conflits de politique criminelle en matière de lutte contre les toxicomanies", *R.S.C.*, 1987, p. 951-955.

⁷¹ Dire l'interdit sans peine est sans aucun doute une solution délicate à mettre en oeuvre surtout si le juge pénal reste perçu essentiellement à travers une mission répressive et non pas préventive. Certains auteurs proposent de renforcer cette autre mission du juge dans le contexte d'une politique criminelle participative. Voir **LAZERGES (C.)**, "Les fonctions de la peine et toxicomanie", *R.S.C.*, 1988, pp. 857-864.

quant bénéficie d'un régime de faveur puisqu'il est érigé en catégorie autonome ⁷². Par contre, on ne distingue pas entre drogues dures et douces, en ce qui concerne la punition de l'usage et du trafic de stupéfiants ⁷³.

L'exposé des motifs de ce décret-loi révèle tout une philosophie pénale quant au phénomène de la toxicomanie où se manifestent parfaitement à la fois des stratégies d'enfermement et d'intégration du toxicomane. Mais le chantage est ici beaucoup plus serré. L'alternative punition ou soins coexiste avec le placement d'office des toxicomanes suite à l'échec ou au refus du traitement volontaire. Si bien qu'une fois l'état de dépendance diagnostiqué, on aboutit toujours à une réponse de politique criminelle sous forme de soins. Le Portugal fait ainsi partie des pays européens qui mettent en place des systèmes judiciaires de traitement forcé ⁷⁴. Ce n'est guère étonnant car tout le droit pénal portugais est axé sur l'idée de la réinsertion sociale du condamné qui postule son traitement.

Le réseau de sécurité médico-social qui se développe autour du toxicomane est principalement composé de deux organismes étatiques: le Centre d'études et de Prophylaxie de la drogue et l'Institut de Réinsertion Sociale. Le premier est aussi une unité de traitement des toxicomanes qui garantit l'anonymat à ceux qui sollicitent spontanément une cure de désintoxication. Il intervient également dans le cadre des expertises médicales sollicitées par les tribunaux.

Ainsi, l'usage de stupéfiants est spécialement incriminé ⁷⁵ dans l'article 36 du décret-loi n.° 430/83, même celui qui est purement occasion-

⁷² Il encourt seulement jusqu'à un an d'emprisonnement (article 25 du décret-loi du 13 décembre 1983). En France, une circulaire du 17 septembre 1984 avait pour la première fois fait une distinction entre l'usager-simple et l'usager-trafiquant. Malheureusement, ce texte n'a pas eu une longue durée, vu que ses dispositions furent abrogées par une autre circulaire du 12 mai 1987 qui recommandait aux juges saisis d'affaires concernant les usagers-trafiquants de poursuivre en priorité les actes de trafic.

Le nouveau code pénal, tel qu'il résulte de la loi n.° 92-684 du 22 juillet 1992 continue à ne pas faire de distinction, voir la section 4 du Chapitre 2 du titre II du Livre II, *Gaz. Pal.* 28 août-1^{er} septembre 1992, p. 612.

⁷³ L'exposé des motifs écarte cette distinction et la jurisprudence le rappelle, cf. notamment l'arrêt de la cour d'appel de Porto du 12 mars 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, tomo II, p. 246 et s.

⁷⁴ **CERVELLO (C.)**, "Analyse comparée des législations pénales des pays membres du groupe Pompidou en matière de lutte contre l'usage et le trafic de stupéfiants", *R.S.C.*, 1990, pp. 538-547.

Sur la comparaison des politiques criminelles européennes relatives aux drogues, voir également, **BISIOU (Y.)**, "D'un produit à l'autre, à propos de deux siècles de contrôle des drogues en Europe". *R.S.C.*, 1991, pp. 279-295.

⁷⁵ La pénalité maximale encourue est de trois mois d'emprisonnement et 90 jours-amende.

nel, auquel cas le tribunal peut préférer une simple admonestation ou une dispense de peine. Si la toxicomanie est prouvée par l'expertise médicale, le tribunal pourra suspendre la peine lorsque le prévenu est interné dans un établissement adéquat. Si, par hasard, le sursis vient à être révoqué conformément aux dispositions de droit commun (art. 50 du code pénal) en cas d'incident dans le déroulement du traitement volontaire, la peine sera alors exécutée dans une zone appropriée de l'établissement pénitentiaire. Le traitement devient un traitement en milieu carcéral avec l'assistance des agents de l'Institut de réinsertion sociale.

Par ailleurs, l'équivalent de l'injonction thérapeutique existe dans le texte portugais, mais sous une variante beaucoup plus restreinte et coercitive.

En effet, le Ministère public peut, lorsqu'il est saisi d'une procédure d'usage de stupéfiants, décider dans certains cas de ne pas exercer l'action pénale. Il faut la réunion cumulative de trois conditions d'après l'article 38-1 du code pénal, à savoir: a) – Le prévenu doit avoir moins de 21 ans à la date des faits; b) – Il doit s'agir d'une première procédure d'usage de stupéfiants; c) – le prévenu doit s'engager solennellement à ne pas récidiver.

Si un état de toxicomanie n'est pas décelé, l'affaire s'arrêtera là. Mais s'il s'agit d'un toxicomane, il sera passible d'une mesure de sûreté de traitement dans le cadre d'un procès autonome (article 39 du décret-loi n.º 430/83).

Le tribunal ⁷⁶ proposera dans un premier temps un traitement volontaire sous la responsabilité du Centre d'études et de Prophylaxie de la drogue ou de toute autre unité de soins spécialisés. La cure de désintoxication dans ce cas peut avoir lieu en milieu ouvert sous une forme ambulatoire ou être exécutée à domicile.

Lorsque le toxicomane refuse le traitement ou l'interrompt sans justification, le tribunal a la possibilité de le placer d'office dans un établissement spécialisé. Si celui n'existe pas dans le ressort, le tribunal peut décider l'internement dans la zone appropriée de l'établissement péniten-

⁷⁶ Ce sont les tribunaux d'exécution des peines qui sont compétents pour ce genre de procès lorsque l'intéressé réside à Lisbonne, Porto, Coimbra ou Évora (art. 44.º du décret-loi n.º 430/83).

tiaire ⁷⁷. La durée de la mesure est limitée à 6 mois prorogables jusqu'à un an.

C'est en raison de l'existence de cette mesure de traitement obligatoire que le droit portugais, a étroitement entouré de garanties les toxicomanes qui souhaitent un traitement volontaire. L'article 37 du décret-loi n.° 430/83, astreint au secret professionnel les médecins et le personnel des centres spécialisés, dans le cas d'un traitement spontané. Mais, en dehors de cette situation, n'importe quel médecin peut signaler au Centre d'études et de Prophylaxie de la drogue, les cas de toxicomanie qu'il rencontre dans l'exercice de sa profession quand il estime justifiées des mesures de traitement ou d'assistance dans l'intérêt du patient, de sa famille ou de la communauté (article 37-4).

L'optique du droit portugais semble claire. Comme, le phénomène de la toxicomanie est souvent imbriqué avec la délinquance, cette prise en charge autoritaire des intoxiqués révèle la mission de prévention qui incombe naturellement aux organes de l'État, dans une perspective de réinsertion sociale ⁷⁸. Cependant, l'intervention d'instances non-étatiques, n'est pas exclue ⁷⁹.

Terminons sur une note critique quant aux dispositions applicables aux intoxiqués au Portugal.

Il est d'abord assez étonnant de voir la jurisprudence portugaise assimiler la détention de stupéfiants au trafic lorsqu'une consommation du produit n'est pas prouvée ⁸⁰. On sait qu'en France, la position est inversée ⁸¹.

⁷⁷ Ce traitement obligatoire pourrait être également utilisé pour les trafiquants-usagers dont l'affaire est en cours et qui échappent à la détention préventive. En effet, d'après le nouveau code de procédure pénale, l'infraction étant punie au plus d'un an d'emprisonnement, seules des mesures de coercition peuvent être prononcées. C'est du moins l'opinion de Monsieur **Carlos ALMEIDA**, in "Alguns aspectos concretos da aplicação da legislação penal sobre droga", *Tribuna de Justiça*, 3, abril-maio, 1990, p. 88.

⁷⁸ **MIRANDA PEREIRA (L.)**, "Comportamentos desviantes, reinserção social na administração da justiça", Intervention au I Colloque national sur la problématique de la drogue au Portugal, Académie des Sciences de Lisbonne, 4 décembre 1985, 24 p.

⁷⁹ L'État portugais est au centre d'un projet nommé *Projecto Vida*, qui implique une multitude de partenaires sociaux et communautaires. Voir sur ces actions pluridisciplinaires et décentralisées: **GOMES LEANDRO (A.)**, "O tamento comunitário de toxicomania em Portugal", intervention lors de la Rencontre Internationale sur "Les dynamiques pénales ibériques", Bordeaux, 2 et 3 avril 1992.

⁸⁰ Voir l'arrêt de la section criminelle du *Supremo Tribunal de Justiça*, en date du 27 juin 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, tomo III, p. 40-41.

⁸¹ Cf. la circulaire du Garde des Sceaux du 30 mars 1973 qui précise que la détention de stupéfiants pour la consommation personnelle doit être assimilée à l'usage.

Mais surtout il convient de remarquer, comme le signale Monsieur **Carlos ALMEIDA**⁸², une disparité entre les critères utilisés par le décret-loi n.º 430/83 et ceux du code pénal. En ce qui concerne les délits connexes, l'usager-trafiquant est considérablement privilégié puisqu'il n'encourt qu'une peine de prison d'un maximum d'un an. Par contre d'après le code pénal (articles 86 et 88), l'usager qui commet une infraction punie d'un emprisonnement entre dans le champ d'application de la fameuse peine relativement indéterminée où la pénalité est aggravée en fin de compte.

Quand on songe à l'impressionnante augmentation des pénalités contenues dans le nouveau code pénal français en ce qui concerne le trafic de stupéfiants, les dispositions portugaises apparaissent encore plus disproportionnées⁸³, même si par ailleurs on observe des convergences dans la mise en oeuvre d'un réseau pénal d'exception⁸⁴. Une récente décision du Conseil Constitutionnel, vient de limiter ce réseau pénal d'exception en France, où il avait une tendance à se déployer⁸⁵.

⁸² Op. cit., p. 88.

⁸³ D'un point de vue quantitatif, en 1990 sur 3586 prévenus dans des affaires concernant les stupéfiants, 737 étaient des trafiquants-usagers contre 620 trafiquants et 2229 usagers simples. Cf. *Estatísticas da Justiça*, 1990, Ministério da Justiça, Gabinete de Estudos e Planeamento, p. 113.

⁸⁴ Une autre caractéristique du modèle autoritaire, nous l'avons vu, consiste dans l'introduction d'un droit pénal d'exception concernant certaines infractions. C'est le cas en France comme au Portugal au niveau des stupéfiants où l'on voit apparaître des règles de procédure dérogatoires du droit commun: possibilité d'élargir la durée de la garde à vue qui est portée à quatre jours en France (art. 706-29 du code de procédure pénale), facilitation des perquisitions et des fouilles en France et au Portugal (art. 706-28 du code de Procédure pénale français et art. 48 de la loi portugaise de 1983), application du régime des repentis favorisant les recherches et les enquêtes des autorités (art. 222-43 du nouveau code pénal français et art. 31 de la loi portugaise de 1983), allongement du délai de la prescription de l'action publique et de la peine en France (art. 706-31 du code de procédure pénale) et création en France d'une cour d'assises spéciale composée uniquement de magistrats professionnels et ayant une compétence territoriale étendue pour les nouveaux crimes en matière de stupéfiants (art. 706-27 du nouveau code de procédure pénale).

⁸⁵ En effet, en ce qui concerne les droits de la défense, un régime dérogatoire du droit commun avait été mis en place par la loi du 4 janvier 1993. Au terme de cette loi, le droit a être assisté, pendant la garde à vue, du conseil d'un avocat prévu par l'article 63-4 du code de procédure pénale ne pouvait être exercé qu'au terme de 48 heures lorsqu'il y a prolongation. Voir la circulaire du Garde des Sceaux du 27 janvier 1993, *J.O.*, 31 janvier 1993, p. 1689. Dans le cadre des modifications que le législateur voulait apporter à cette loi, il était question de supprimer le bénéfice de l'avocat pendant la garde à vue en matière de stupéfiants et d'infractions terroristes. Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n.º 93-326 du 11 août 1993, censura ces dispositions comme contraires à l'égalité entre justiciables. Voir *J.C.P.*, 1993, III, 66355. Si bien que depuis la loi du 24 août 1993, il y a un retour au droit commun de la garde à vue avec la possibilité pour la personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat à partir de la vingt-et-unième heure (art. 63-4 alinéa 1 du nouveau C.P.P.). Voir la circulaire d'application de la loi du 24 août 1993, *J.C.P.*, 1993, III, 66356.

Derrière cette douceur de la peine, un chantage différent ouvre une autre alternative, celle des soins volontaires ou forcés. De toute façon, le toxicomane sera soigné. Comme si sa dépendance au produit avait aboli en lui toute volonté ⁸⁶.

Au pays de **Vasco da GAMA** et de **CAMÕES**, toxicomanes et aliénés sont main dans la main.

§ 3. *Les aliénés*

Le contrôle social des aliénés, en France comme au Portugal, relève du modèle autoritaire. Alors qu'en France, le placement en hôpital psychiatrique relève toujours de l'autorité administrative même en cas d'infraction, au Portugal il revient au juge pénal à la fois de déclarer la non-imputabilité et de prendre la décision de l'internement des non-imputables. Si on s'en tient à l'autorité qui va avoir compétence pour déclencher la réponse à ces cas de déviance, soit indépendamment de toute infraction, soit lorsqu'elle se révèle par la commission d'une infraction, les réponses portugaises et françaises finissent par être divergentes, même si elles relèvent d'un modèle de base identique.

Ainsi, la France instaure un réseau de sécurité médico-sociale à dominante administrative, que l'aliéné présente simplement un état dangereux ou qu'il ait été délinquant. Il fera l'objet d'un placement d'office de la part du préfet (A). Au Portugal, le réseau de sécurité médico-social apparaît sous une dominante judiciaire dans les deux cas, car la décision d'internement en raison d'une dangerosité criminelle ou simplement sociale sera toujours de la compétence d'un tribunal (B).

A. Le placement d'office du droit français

Les procédures d'hospitalisation forcée ont été régies pendant plus d'un siècle en France par la célèbre loi du 30 juin 1838 qui eut un double mérite. Le mérite, certes, d'une longévité remarquable, mais aussi celui d'organiser dès l'époque des garanties pour les personnes internées. Les

⁸⁶ Bien différente est la conception de la Cour de cassation en France qui rejette l'argument tiré de l'absence de volonté libre de certains toxicomanes. Crim. 12 janvier 1982.

grands principes instaurés dès 1838 n'ont pas été modifiés par la loi n.º 90-527 du 27 juin 1990. Ce texte visait surtout un perfectionnement des dispositions existantes et la règlementation de la situation de l'aliéné dans l'asile, situation autrefois laissée à l'entière liberté des autorités administratives et médicales concernées. Une priorité était ici retenue, celle de "la promotion des droits des malades mentaux"⁸⁷. L'innovation essentielle est la création d'une commission départementale indépendante chargée du contrôle des droits et libertés des malades mentaux internés⁸⁸.

L'article L-326-1 al. 1^{er} nouveau du code de la santé publique pose comme principe que nul ne peut être sans son consentement, ou le cas échéant, celui de son représentant légal, hospitalisé ou maintenu en hospitalisation dans un établissement accueillant des malades mentaux, si ce n'est dans les cas prévus par la loi. L'hospitalisation forcée à la demande d'un tiers a été maintenue ainsi que l'hospitalisation d'office qui nous concerne particulièrement.

En effet, cette procédure est applicable aux personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public et la sûreté des personnes y compris celle de l'intéressé. Le préfet dans les départements et le préfet de police à Paris, sont normalement compétents⁸⁹ pour prononcer par arrêtés, l'hospitalisation d'office de ces personnes dans les établissements habilités et ceci au vu d'un certificat médical circonstancié désormais rendu obligatoire.

L'arrêté doit être motivé et énoncer avec précision les raisons pour lesquelles le malade compromet l'ordre public et la sûreté des personnes (art. L-342 al. 1^{er} in fine du code de la santé publique)⁹⁰.

Une fois l'arrêté pris, dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un certificat doit être établi par un psychiatre de l'établissement et le directeur de celui-ci doit le transmettre au préfet et à la commission

⁸⁷ Voir les déclarations de **M. EVIN**, *J.O. déb. Sénat* 18 avril 1990, p. 349.

⁸⁸ Voir l'art. L. 332-3 du code de la santé publique. Sur la composition et les attributions de la commission, cf. **AUBY (J. M.)**, "La loi n.º 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et leurs conditions d'hospitalisation", *J.C.P.*, 1990, I, 3463.

⁸⁹ Mais ces autorités peuvent déléguer leur signature. Voir Conseil d'État, 26 mars 1990, *Juris-Data*, n.º 041505.

⁹⁰ Sur ce point, une jurisprudence ancienne sanctionne la seule référence au certificat médical, sans autre précision. Voir plus récemment, Conseil d'État, 2 mai 1990, *Juris-Data*, n.º 041619-26 novembre 1990, *Juris-Data*, n.º 047463-19 juillet 1991, *Juris-Data*, n.º 046781.

départementale des hospitalisations psychiatriques (art. L-342 al. 2 du code de la santé publique).

La décision de placement fait l'objet d'un double contentieux. En premier lieu, le contrôle de la légalité relève du juge administratif ainsi que la responsabilité résultant d'une irrégularité ⁹¹. Mais le juge judiciaire est également compétent pour connaître de l'opportunité du placement et réparer les dommages éventuels résultant d'un internement arbitraire ⁹². Dans la pratique, cette distinction serait largement théorique ⁹³.

Une des innovations de la loi du 27 juin 1990 est sans doute la possibilité qu'a le président du T.G.I. de "se saisir d'office à tout moment pour ordonner qu'il soit mis à l'hospitalisation sans consentement" ⁹⁴. Cette disposition serait ainsi utile pour les libertés dans la mesure où elle est un contrepoids au pouvoir de l'administration ⁹⁵.

En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, l'article L. 343 du code de la santé publique permet aux maires en province et aux commissaires de police à Paris, de prendre toutes mesures provisoires nécessaires à l'encontre des personnes qui manifestent des troubles mentaux ⁹⁶. Dans cette hypothèse une des plus fréquents est l'hospitalisation d'office dans un établissement habilité. Le préfet doit être informé dans les 24 heures et statuer sans délai. Passé le délai de 48 heures et en absence de décision préfectorale, les mesures provisoires seront caduques.

⁹¹ Sur ce contentieux, cf. **DEPAIX (M.)**, "Le placement d'office des aliénés et les questions qu'il pose au juge administratif", *A.J.D.A.*, 1989, p. 169.

⁹² Voir une intéressante affaire où un placement volontaire avait été transformé en placement d'office sans fondement. Il s'agissait d'un malade hospitalisé mais pouvant circuler et ayant des permissions de sorties régulières. Celui-ci s'était une fois rendu à Paris sans autorisation, était rentré parfois tardivement à l'hôpital. Il avait été arrêté par la police de Vichy et avait tenu des propos désobligeants pour l'amiral **DARLAN**. Ces faits ont été jugés comme ne manifestant nullement que l'intéressé ait pu constituer une menace sérieuse pour l'ordre public et la sécurité d'autrui. T.G.I. Seine 23 oct. 1963, *Gaz. Pal.*, 1964, 380, note **PRÉVAULT**.

⁹³ Voir la note de M^r. **PREVAULT** sous T.G.I. Bar-Le-Duc, 21 juin et 13 oct. 1982, *Dalloz*, 1983, 94.

⁹⁴ Art. L-351 du code de la santé publique.

⁹⁵ Voir: **NICOLAU (G.)**, "L'héritière", *Dalloz*, 1991, chr., p. 35.

⁹⁶ La jurisprudence du Conseil d'État favorise le contrôle social des malades mentaux par les autorités policières en rendant possible la tenue de fichiers regroupant toutes les informations utiles concernant les individus dont l'état menace de troubler l'ordre public. Cons. d'État, Ass., 13 février 1976, *J.C.P.*, 1976, éd. G., II, 18383.

Par ailleurs, la non utilisation des informations contenues dans ces fichiers par les services chargés de l'exercice de la police des aliénés peut engager la responsabilité de l'État pour faute lourde. Voir Cons. d'État 26 janvier 1979, *Lebon*, p. 29.

Signalons que le préfet peut également utiliser la procédure provisoire de l'article L. 347 du code de la santé publique pour convertir une hospitalisation, sur demande d'un tiers, en hospitalisation d'office, pour faire échec à la sortie de l'interné lorsque son état mental pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes.

Lorsque l'aliéné a commis une infraction et que l'ancien article 64⁹⁷ est applicable, la réponse est comme il était signalé plus haut de nature administrative. Les autorités judiciaires, suite à une décision de non-lieu⁹⁸, de relaxe ou d'acquiescement sont tenues d'aviser immédiatement le préfet et la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques (art. L. 348 du code de la santé publique). C'est le préfet qui prendra la décision du placement d'office en se fondant sur un certificat médical qui porte sur l'état mental du moment de l'intéressé.

En ce qui concerne la durée de l'hospitalisation, il n'est pas nécessaire de la préciser dans la décision de placement même dans le cas d'un aliéné délinquant. En effet, la durée est fonction de l'évolution de l'état mental de l'intéressé⁹⁹. Elle est par conséquent forcément indéterminée et caractérise bien de ce fait un modèle autoritaire de politique criminelle.

Mais le code de la santé publique protège ici l'atteinte à la liberté individuelle qu'est le placement d'office en imposant une surveillance et un contrôle stricts afin d'éviter les internements abusifs. Le malade doit être examiné dans les quinze jours de son admission et par la suite au moins tous les mois par un psychiatre de l'établissement. Des certificats médicaux circonstanciés sont à chaque fois rédigés et envoyés au préfet et à la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques.

Le préfet peut prononcer le maintien de l'hospitalisation d'office dans les trois jours qui précèdent le premier mois d'internement, pour une

⁹⁷ Qui est devenu l'article 122-1 premier alinéa. Cette disposition consacre l'interprétation jurisprudentielle qui avait été donnée au terme démence.

⁹⁸ Madame **Pierrette PONCELA** estime que sur ce point, le droit français ne serait pas conforme à l'article 6 de la C.E.S.D.H., car il ne reconnaît pas à l'aliéné un droit d'être jugé. D'après l'auteur, seules les juridictions de jugement pourraient décider de l'irresponsabilité pénale en cas de démence, "Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité", *R.S.C.*, 1986, n.º 3, p. 66.

Un amendement parlementaire lors du vote du nouveau code pénale avait proposé la suppression des ordonnances de non-lieu fondées sur l'état d'aliénation mentale. Il a été évacué dans l'indifférence générale comme le signale Monsieur **Marcel LEMONDE** dans son article "L'article 64 est-il incurable?", *R.S.C.*, 1992, pp. 521-524.

⁹⁹ Tribunal administratif de Paris, 14 oct. 1976, *Dalloz*, 1977, 286, note **MOULIN**.

durée de trois mois renouvelable par périodes de six mois maximum. Chaque prolongation doit être prise après un avis motivé d'un psychiatre (art. L. 345, al. 1^{er} du code de la santé publique). S'il n'y a pas de décision préfectorale, à l'issue de chacun de ces délais, la mainlevée de l'hospitalisation est acquise (art. L. 345 al. 2).

C'est également le préfet qui est seul ¹⁰⁰ compétent pour décider de la fin du placement. Il peut le faire à tout moment, soit à son initiative, soit sur proposition de la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques. Si l'avis médical est toujours exigé par les textes, il ne lie pas le préfet ¹⁰¹, sauf si l'internement a eu lieu après un non-lieu, une relaxe ou un acquittement. Dans ce cas, l'article L. 348-1 du code de la santé publique instaure une procédure beaucoup plus complexe afin d'être assuré de la cessation de l'état dangereux de l'aliéné.

Le problème d'une judiciarisation de l'hospitalisation d'office s'était à nouveau posé au moment du vote de la loi de 1990, mais le droit français est resté fidèle à l'esprit de la grande loi de 1938. Certains projets de réforme de cette loi comme le projet **GAMBETTA** ou le projet **CAILLAVET** préconisaient déjà cette solution. Elle avait le mérite de correspondre à une tradition juridique bien connue en France qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle. L'article 66 de la Constitution de 1958 y fait expressément référence. De plus, la recommandation R. 83-2 du 22 février 1983 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe semble donner la préférence sans toutefois l'imposer, à la décision judiciaire préalable de placement. Malheureusement les deux amendements ¹⁰² fixant les modalités d'intervention de l'autorité judiciaire ont été rejetés devant le Sénat et l'Assemblée Nationale. Les principales raisons étaient ici la difficulté d'organiser cette procédure judiciaire préalable à l'internement.

La possibilité de conférer la décision de placement d'office aux juridictions judiciaires déjà saisies par hypothèse lorsqu'il s'agit d'un aliéné délinquant, semblait poser moins de problèmes. Des amendements en ce sens avaient été votés en première lecture par le Sénat et l'Assemblée Nationale au moment de la discussion du projet de réforme du code pénal.

¹⁰⁰ Ce principe a été rappelé dans un arrêt du Tribunal administratif de Nantes du 11 avril 1991, *Juris-Data*, n.° 047006.

¹⁰¹ C'est du moins la position de la jurisprudence administrative, voir l'arrêt du conseil d'État du 31 décembre 1976, *Lebon*, p. 584.

¹⁰² Ils ont été présentés au Sénat par M^r **Dreyfus SCHMIDT**, Séance du 18 avril *J.O. Déb. Sénat* p. 370.

Ils ont finalement été abandonnés, “le législateur ayant considéré qu’il ne fallait pas confondre la mission du juge et celle du médecin” ¹⁰³.

Le Portugal connaît ce système judiciarisé. Mais, il est vrai que c’est en raison d’une autre approche du droit du fou.

B. Le traitement des aliénés au Portugal

La folie est au Portugal considérée de manière assez différente du droit français, même si on remarque un modèle global de nature autoritaire. Le réseau médico-social y est davantage judiciarisé, du moins de nos jours. Ce ne fut pas toujours le cas. Sous **SALAZAR**, le contrôle étatique des déviants placés entre les mains de la P.I.D.E. englobait aussi celui des fous dans le cadre d’une politique générale “de grand ménage social” ¹⁰⁴. L’article 51 du décret-loi n.º 35 007 du 13 octobre 1945 permettait aux autorités policières (ici les directeurs ou les sous-directeurs de la Police judiciaire) d’interner dans des asiles les suspects de maladie mentale tant qu’on ne s’était pas prononcé sur leur dangerosité ou sur leur liberté surveillée.

Mais vers la fin du régime de l’*Estado Novo*, on s’est préoccupé des droits du fou dans la loi n.º 2118 du 3 avril 1963 qui est toujours en vigueur, ce qui démontre bien le caractère quelque peu “avant-gardiste” de cette législation. Il est bon de rappeler qu’en France le statut du fou à l’intérieur de l’asile n’a été réglementé qu’en 1990.

La loi de 1963 fixe ainsi parmi les attributions de l’État portugais la promotion de la santé mentale de la personne humaine.

L’hospitalisation forcée du malade mental n’était pas, à l’origine, décidée par un tribunal. Mais, le tribunal *da comarca* connaissait du contentieux à propos des internements et traitements abusifs (base XXXVIII de la loi). N’importe quelle personne physique ou morale étant informée de ces abus pouvait le saisir, y compris l’interné lui-même auquel la loi reconnaissait le droit d’être représenté par un avocat qui veillait à la légalité du régime qui lui était appliqué.

Par ailleurs, la loi fixait les droits du fou interné et le principe général selon lequel sa liberté ne peut être restreinte que dans la mesure où le

¹⁰³ **DESPORTES (F.), LE GUNEHÉC (F.)**, “Présentation des dispositions du nouveau code pénal”, op. cit.

¹⁰⁴ Voir les développements contenus au Chapitre 2 du Titre 1 du Livre 1.

traitement, le bon fonctionnement des services ou l'ordre et la sécurité publique le justifient (base XXXVII de la loi).

Le Ministère public était, d'après la loi de 1963, spécialement chargé de veiller à la liberté individuelle des personnes atteintes de maladies mentales. Il avait alors une place essentielle dans le système d'origine, puisqu'il avait également l'initiative des internements notamment en cas de raisons graves d'ordre, tranquillité, sécurité ou moralité publiques (base XXIII, 3-d de la loi). En cas d'urgence cette initiative incombait aux autorités administratives et policières.

Le pouvoir d'autoriser l'internement était cependant de la compétence de l'autorité administrative. En effet, la loi créait des centres de santé mentale dans les zones du territoire national dirigées par des psychiatres chargés de mettre en oeuvre au niveau local la politique de l'État en matière de santé mentale. Les demandes d'hospitalisation forcée étaient adressées au centre de santé mental du domicile de l'interné, centre qui autorisait l'internement dans les divers établissements de l'État, autorisation qui devait être par la suite confirmée judiciairement par le tribunal *da comarca*.

S'il s'agissait d'un établissement privé, le centre donnait son avis et en cas d'avis favorable, il transmettait au tribunal qui était alors chargé de l'autoriser.

Cette loi donna lieu après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976 à des difficultés d'interprétation en raison de son incompatibilité avec l'article 27 n.º 2. En effet, la Constitution portugaise pose comme principe que nul ne peut être privé de liberté, en dehors des condamnations pénales, que pour l'application judiciaire d'une mesure de sûreté.

Dans la mesure où les normes constitutionnelles relatives aux droits, libertés et garanties sont directement applicables et lient les autorités publiques et privées, (art. 18 n.º 1 de la Constitution), le Secrétariat d'État de la santé a réglé le problème par voie de circulaire ¹⁰⁵.

Désormais, la demande d'internement est adressée au tribunal *da comarca*, seul compétent pour décider d'une hospitalisation forcée. La jurisprudence a confirmé la légalité des internements sur la base de la loi de 1963 à titre de mesure de sûreté en cas de simple état dangereux sans qu'une dangerosité criminelle se soit avérée ¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Circulaire n.º 2144 du 19 juillet 1977, Procuradoria da República do Porto, publiée in *O Código penal de 1982*, de Manuel DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES et Manuel José CARRILHO DE SIMAS SANTOS, vol. 1, Lisboa, Rei dos Livros, Lisboa, 1986, pp. 467-469.

¹⁰⁶ Voir l'arrêt de la cour d'appel de Porto du 28 février 1984, *B.M.J.*, n.º 334, p. 533.

La loi de 1963 prévoyait que l'internement forcé des aliénés fût justifié par des attestations obligatoirement délivrées par deux médecins indépendants, si possible des psychiatres. Ces attestations qui sont valables pendant 20 jours certifient la maladie ou l'anomalie mentale observée ainsi que la nécessité de l'hospitalisation en raison du caractère dangereux ou anti-social de la personne concernée (base XXV de la loi).

Ces attestations servent de base à la décision du tribunal. Notons qu'en ce qui concerne la fin de l'internement, le directeur de l'établissement d'accueil dispose ici d'un pouvoir d'initiative personnelle, mais cette décision est immédiatement transmise au tribunal qui a ordonné la mesure. La raison de ce pouvoir d'initiative s'explique du fait de la responsabilité pénale qu'il encourt en cas d'internement abusif ou illégal (base XXXV de la loi). Tout refus de concéder la sortie de l'interné peut faire l'objet d'un recours judiciaire ou d'une réclamation hiérarchique. En cas de confirmation du refus et si le directeur de l'établissement persiste dans son rejet, il n'y a pas de possibilité de recourir à nouveau pendant un délai de trois mois (base XXXIII de la loi).

Notons pour terminer que le directeur de l'établissement peut de même refuser la sortie de l'interné qui lui est judiciairement ou hiérarchiquement demandée, en cas de danger pour le malade ou pour raisons d'ordre, de tranquillité de sécurité ou de moralité publiques. Il dispose ici d'un pouvoir de rétention du malade pendant huit jours non prorogables (base XXXIV).

Le système portugais de traitement des aliénés se caractérise donc par une plus forte judiciarisation, tout en relevant d'un modèle autoritaire de politique criminelle. A l'indétermination de la mesure de sûreté qu'est l'internement correspond la reconnaissance progressive de certains droits du fou face au pouvoir des autorités médicales tempéré par un contrôle judiciaire qui se resserre davantage. La prise en charge par le droit pénal du phénomène de la folie est au Portugal également originale et mérite qu'on s'y attarde.

Avec le nouveau code pénal de 1982, on a, semble-t-il, renoncé à l'irresponsabilité pénale du fou pour appréhender différemment le phénomène de la folie. La folie n'est plus uniquement rattachée à la théorie de la responsabilité mais "référée à la théorie des sanctions"¹⁰⁷. Ce n'est pas

¹⁰⁷ Voir **PONCELA (P.)** "Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité", op. cit., p. 66.

étonnant car le droit pénal portugais est marqué par le principe de la culpabilité, entendue comme une condition nécessaire de l'application de la peine et comme limite de la punition ¹⁰⁸. Aussi, les non-imputables que sont les mineurs de moins de 16 ans et les aliénés sont exclus du droit pénal et en raison d'un système moniste de réactions criminelles, on ne leur appliquera que des mesures de sûreté ¹⁰⁹.

Le fou est exclu de la culpabilité nécessaire à la mise en oeuvre du droit pénal, non plus à cause de son irresponsabilité, à l'absence de volonté libre, mais en raison de son ignorance des valeurs éthico-sociales. Il est alors le prototype de celui qui est incapable de connaître la loi et de se déterminer par rapport à elle.

C'est assurément à un modèle cognitif-attributif ¹¹⁰ auquel renvoie le droit portugais lorsqu'il expose dans l'article 20 du code pénal la non-imputabilité en raison d'une anomalie psychique. Au terme de cet article, est non-imputable celui qui en raison d'une anomalie psychique, est incapable au moment de la pratique des faits d'évaluer son illicéité ou de se déterminer en accord avec cette évaluation.

Peut de même être déclaré non-imputable celui qui, en raison d'une anomalie psychique grave, non accidentelle et dont les effets ne sont pas dominants, a au moment des faits, une capacité à évaluer leur illicéité ou à se déterminer par rapport à cette évaluation, considérablement diminuée.

Mais c'est sans doute la disposition du n.º 3 de l'article 20 du code pénal portugais qui nous montre le rattachement de la folie à la théorie des sanctions. Ainsi l'incapacité constatée de l'agent à être influencé par les peines peut être un indice de non-imputabilité. Cette position traduit bien l'influence qu'exerce encore la tradition correctionnaliste sur le droit pénal portugais.

La question de l'imputabilité des faits au moment du procès pénal nécessite le recours obligatoire à l'expertise psychiatrique conformément aux dispositions du nouveau code de procédure pénale ¹¹¹.

¹⁰⁸ Voir: **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)** et **ALMEIDA COSTA (A. M.)**, "La réforme pénale portugaise", op. cit., p. 17.

¹⁰⁹ Voir **LOPES ROCHA (M. A.)**, "Le nouveau code pénal portugais, quelques considérations sur le système moniste de réaction anticriminelle", op. cit.

¹¹⁰ **PONCELA (P.)**, *ibid.*, p. 64.

¹¹¹ C'est du moins la position de la Cour de cassation (Supremo Tribunal de Justiça) qui censure les juridictions qui se sont prononcées sur les faits sans avoir réalisé d'expertise psychiatrique alors que l'objet du procès implique de connaître la question relative à l'imputabilité du prévenu. Voir l'arrêt du 9 mai 1990, *Tribuna da Justiça*, n.º 6, out.-dez. 1990, pp. 334-335.

La déclaration de non-imputabilité va exclure la culpabilité de l'agent et par conséquent la possibilité de lui appliquer une peine. Cependant, l'application de la mesure de sûreté privative de liberté au délinquant aliéné n'est pas automatique. L'article 91 du code pénal pose comme condition légale à l'application des mesures de sûreté, le fait que l'anomalie psychique et la nature et la gravité de l'acte laisse légitimement craindre qu'il puisse commettre d'autres faits typiquement graves.

D'après la jurisprudence, c'est au Tribunal qui s'est prononcé sur l'imputabilité qu'il revient d'ordonner la mesure d'internement ¹¹². Par contre, l'actuel code pénal a révoqué implicitement les cas d'application provisoire de mesures de sûreté d'internement aux prévenus suspectés d'être des non-imputables dangereux ¹¹³.

En ce qui concerne la durée de la mesure, elle n'est pas complètement indéterminée, du moins en ce qui concerne sa durée minimale et maximale ¹¹⁴ dans certains cas. Ainsi, dans le cas où le fait commis par le non-imputable est un homicide ou des offenses corporelles graves ou tout autre acte de violence d'une peine supérieure à trois ans, l'internement ne pourra pas durer moins de trois ans, s'il existe des raisons de craindre qu'il puisse commettre d'autres faits de la même nature et gravité (art. 91 n.º 2 du code pénal).

De même, le premier internement ne pourra pas dépasser quatre ans de plus que la limite maximale de la peine qui correspondait au crime commis, sauf si le danger de nouveaux crimes contre les personnes est trop important et déconseille sa libération (art. 92 n.º 2 du code pénal).

Dans les autres cas, l'internement prendra fin sur décision du tribunal d'exécution des peines, lorsqu'aura cessé l'état dangereux. L'article 93 n.º 2 prévoit par ailleurs une révision obligatoire de la situation de l'interné

¹¹² La question s'était posée de savoir s'il ne s'agissait pas d'une compétence du Tribunal d'exécution des peines. La cour d'appel de Lisbonne a estimé dans un arrêt du 6 avril 1984 que le tribunal d'exécution des peines est simplement compétent pour apprécier la situation des internés. In *Colectânea de Jurisprudência*, VIII, 2, p. 164.

Dans le code de procédure pénale, le Tribunal d'exécution des peines est compétent pour apprécier la révision de la situation de l'interné (art. 502). Il apprécie ainsi la cessation ou le maintien de l'état dangereux de l'aliéné.

¹¹³ Arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 16 novembre 1983, *Colectânea de Jurisprudência*, VIII, 5, p. 148.

¹¹⁴ D'ailleurs le code de procédure pénale dans son article 500 précise sans toutefois l'imposer que la durée maximale et minimale de l'internement est déterminée dans la sentence.

trois ans après le début de la mesure et deux ans après la décision qui l'a maintenu ¹¹⁵.

Le traitement des aliénés mentaux correspond ainsi au Portugal à un modèle autoritaire où le réseau médico-social est fortement judiciarisé. Le juge a une fonction décisionnelle importante, qu'il s'agisse ou non d'aliénés délinquants. Les autorités médicales ont plutôt dans ce contexte une fonction d'information et de mise en oeuvre du traitement. Il convient à ce stade de mentionner que le suivi des non-imputables internés est assuré par les agents de l'Institut de Réinsertion Sociale qui sont chargés de rapports adressés régulièrement au Tribunal d'exécution des peines.

A travers l'existence d'un modèle autoritaire de traitement, le fou reste appréhendé encore de nos jours comme un sujet dont les pensées sauvages interpellent l'État. Comme une source de désordre que l'on étouffe dans son spectacle individuel. Le drame terroriste se joue, lui, sur une toute autre scène, celle de la fureur collective.

§ 4. *Le terrorisme*

Différent des secteurs précédemment analysés où il était essentiellement question de déviance, ce secteur concerne la mise en oeuvre de la réponse pénale à l'infraction. La particularité est que l'on voit ici le réseau pénal ordinaire bifurquer vers un "double sectoriel" structuré de manière dérogatoire. Ce système pénal d'exception, nous l'avons déjà évoqué à propos des intoxiqués puisqu'il s'est également mis en place dans les cas des drogués.

Historiquement, on le rencontrait surtout en matière de délinquance politique. Bien évidemment les deux pays ne répondent pas d'une façon rigoureusement identique à "cette plaie de notre fin de siècle" pour reprendre les propos de Monsieur **Jean Pierre MARGUÉNAUD** ¹¹⁶. Pourtant, un réseau pénal d'exception est manifeste aussi bien en France (A) qu'au Portugal (B).

¹¹⁵ Ces dispositions s'expliquent du fait de l'exigence constitutionnelle qui affirme qu'il ne peut y avoir de peine ou de mesure de sûreté privative ou restrictive de liberté de caractère perpétuel ou à durée illimitée ou indéfinie (art. 30 n.° 1).

Mais dans les faits, l'internement d'un individu inimputable dangereux peut s'avérer perpétuel dans la mesure où se maintient son état dangereux.

¹¹⁶ **MARGUÉNAUD (J. P.)**, "La qualification pénale des actes de terrorisme", *R.S.C.*, 1990, p. 1.

A. Le réseau pénal d'exception en France

L'originalité du droit français était qu'avant le nouveau code pénal, il n'y avait pas d'incrimination spécifique de terrorisme. Certes, le concept d'infraction terroriste était connu droit pénal, mais la loi du 9 septembre 1986 n'y attachait que des conséquences d'ordre procédural. Fantastique technique juridique dans laquelle le concept n'a d'intérêt qu'au regard de la procédure et de la sanction! D'un point de vue de politique criminelle c'est déclarer ouvertement l'existence d'un réseau pénal d'exception en ce qui concerne les actes de terrorisme.

Le titre II du livre IV du nouveau code pénal a consacré finalement l'autonomie des infractions terroristes pour en accroître la répression.

Pour démontrer l'existence de ce réseau pénal d'exception, il convient de regrouper les dérogations aux règles normales du droit pénal de fond et de forme pour vérifier la parenté avec les tendances globales, historiquement signalées, de la politique criminelle pendant la période autoritaire.

A l'époque, le droit pénal d'exception était caractérisé par une multiplication des tribunaux d'exception, l'élasticité des incriminations et le renforcement du caractère inquisitoire de la procédure manifesté par une atténuation du rôle du jury et l'atteinte aux garanties de la défense.

Reprenons ses idées. Aux yeux de certains, la loi du 9 septembre 1986, n'a pas véritablement introduit une juridiction d'exception pour juger des actes terroristes. Pourtant, il est par ailleurs clairement affirmé que les auteurs du texte se sont manifestement inspirés des dispositions relatives à la compétence de la Cour de sûreté de l'État, juridiction d'exception supprimée en 1981¹¹⁷. Signalons pour mémoire que le texte adopté par le Parlement de 7 août 1986 rendait applicable aux atteintes à la sûreté de l'État, le régime juridique spécialement prévu pour les actes terroristes.

Mais, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 septembre 1986 déclare cette extension inconstitutionnelle car "les règles particulières qui trouvent leur justification dans les caractéristiques spécifiques du terrorisme ne sauraient, sans qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité devant la justice, être étendues à des infractions qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques"¹¹⁸.

¹¹⁷ Voir au *Jurisclasseur de procédure pénale*, le commentaire par Monsieur **Jean-Marie GONNARD** des articles 706-16 à 706-25 du code de procédure pénale, n.º 4. Également **MARGUÉNAUD (J. P.)**, *ibid.*, pp. 5 à 6.

¹¹⁸ Décision n.º 86-213 du 3 septembre 1986, *J.O.*, 5 septembre 1986, p. 10786.

Pour d'autres, "la Cour d'assises" qui n'a de Cour d'assises que le nom est bien une juridiction d'exception ¹¹⁹.

En effet, le régime juridique concernant aussi bien la composition de la Cour d'assises devant connaître les crimes terroristes conformément à l'article 689-6 du C.P.P. que la compétence concurrente des instances judiciaires parisiennes (Procureur de la République, Juge d'instruction et juridictions de jugement) aboutissant à une centralisation à Paris des affaires de terrorisme, entraîne en pratique une spécialisation de la justice et l'application de règles dérogatoires du droit commun. Il existe ainsi un nombre restreint de magistrats spécialisés (environ une dizaine) qui répondent globalement aux activités terroristes perpétrées sur le territoire français.

Quant à la qualification de ce qu'est le terrorisme, dès la publication de la loi de 1986, beaucoup furent ceux qui dénoncèrent son manque de précision ¹²⁰. C'est que le régime juridique exceptionnel que met en oeuvre le texte refuse de créer une nouvelle infraction et se contente de poser pour principe qu'il nécessitera à la fois un élément objectif (une infraction spécialement visée dans la liste proposée) et un élément subjectif (un mobile d'intimidation et de terreur).

Si bien qu'on pouvait définir le concept juridique de terrorisme tel qu'il était prévu par la loi du 9 septembre 1986, comme "une infraction de droit commun figurant dans une liste légale et commise dans certaines circonstances, plus particulièrement dans le but de semer terreur ou intimidation" ¹²¹.

La "nostalgie" de la Cour de sûreté de l'État explique la liste improvisée et l'imprécision calculée du critère subjectif ¹²². Cette imprécision constitue une incrimination élastique caractéristique du modèle autoritaire.

L'imprécision résulte en premier lieu de l'élément emprunté, à savoir l'expression "en relation avec une entreprise individuelle ou collective" ¹²³.

¹¹⁹ Dans ce sens voir **PRADEL (J.)**, "Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple d'éclatement du droit pénal", *Dalloz*, 1987, chr., p. 47, note 84.

¹²⁰ Ainsi, Monsieur **Reynald OTTENHOF** qui dénonce la définition tautologique du terrorisme qui est faite par l'article 706-16 du code de procédure pénale in "Lignes directrices pour une approche criminologique du terrorisme", *R.S.C.*, 1988, p. 372.

¹²¹ **PRADEL (J.)**, *ibid.*, p. 42.

¹²² **MARGUÉNAUD (J. P.)**, "La qualification pénale des actes de terrorisme", *op. cit.*, pp. 7 à 13.

¹²³ Puisqu'elle figurait déjà dans l'ancien 698 alinéa 2-c relatif à la compétence de la Cour de sûreté de l'État.

Il est vrai que cette notion aurait dû être précisée pour éviter les débordements de qualifications. Débordements signalés au moment du vote du texte, puisque certains parlementaires estimaient que l'article 706-16 du code de procédure pénale permettait la poursuite des participants à des manifestations professionnelles ayant mal tourné dans la violence. Pour que la notion d'entreprise puisse fonctionner en tant que rempart contre toute qualification extensive, il aurait fallu expressément mentionner ses caractères. Comme le dit Monsieur **MARGUÉNAUD**¹²⁴, il est regrettable que le caractère "élaboré" et "préalable" de l'entreprise "ne figure pas dans les textes".

En second lieu, le mobile spécifique auquel renvoyait l'article 706-16 du code de procédure pénale est particulièrement vague. Surtout en ce qui concerne les deux concepts nouvellement introduits par la loi du 6 septembre 1986, l'intimidation et la terreur. D'un côté, la définition du terrorisme est tautologique, de l'autre elle est inutilisable car l'intimidation "dépend davantage de la victime que de l'auteur"¹²⁵.

Pour reprendre les propos de Monsieur **MARGUÉNAUD**, la notion participe en réalité "d'un souci de recherche de l'élasticité propre à permettre l'adaptation la plus rapide aux développements d'un phénomène encore mal connu"¹²⁶.

Le nouveau code pénal a repris la même formule en consacrant dans l'article 421-1 la qualification autonome d'acte de terrorisme. Il a créé une nouvelle incrimination, celle de terrorisme écologique dans l'article 424-2.

En ce qui concerne le renforcement du caractère inquisitoire de la procédure, sont particulièrement significatives les règles applicables en matière de terrorisme aussi bien par la loi du 6 septembre 1986 que par la loi du 4 janvier 1993.

La grande nouveauté était la professionnalisation de la juridiction criminelle de jugement qui dérogeait au grand principe du jury populaire en matière de crime. C'est sur le modèle de la loi du 21 juillet 1982 que le Législateur de 1986 a prévu la composition de cette cour d'assises spéciale (article 706-24 du code de procédure pénale qui renvoie à l'article 698-6). Les accusés majeurs de crimes de terrorisme sont jugés par une

¹²⁴ Voir son article, op. cit., p. 10.

¹²⁵ **OTTENHOF (R.)**, "Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme", *R.S.C.*, 1987, p. 607 et s..

¹²⁶ **MARGUÉNAUD (J. P.)**, op. cit., p. 10.

Cour composée d'un Président et de six assesseurs tous désignés par le premier Président de la cour d'appel et non par l'assemblée générale de la cour d'appel. La justification du recours à un jury de magistrats professionnels était de prévenir l'effet des éventuelles pressions exercées par les accusés sur les jurés.

L'hypothèse n'était pas d'école et la loi du 30 décembre 1986 est intervenue précisément dans ces circonstances ¹²⁷ afin que la Cour d'assises spéciale soit compétente même pour les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 6 septembre 1986.

La décision prise n'aura pas à être motivée. D'autres atteintes aux droits de la défense sont également dénombrées. Ainsi, les infractions de terrorisme dérogent aux règles traditionnelles applicables en matière de perquisitions et de garde à vue. Tout d'abord, au cours d'une enquête préliminaire, l'assentiment de la personne en cas de perquisition, de visite domiciliaire ou de saisie opérée n'est pas exigé (article 706-24 du code de procédure pénale). La dérogation est importante. Pour preuve, l'autorisation spéciale qui est prévue pour que l'officier de police judiciaire puisse agir de la sorte. A la suite d'une requête adressée par le Procureur de la République, il devra obtenir l'autorisation du Président du tribunal ou du juge par lui délégué.

Ensuite, le délai de garde à vue est prolongé de 48 heures supplémentaires (article 706-23 al. 1^{er} du code de procédure pénale). De plus, la loi du 4 janvier 1993 était venue différer le droit qu'avait normalement toute personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat (article 63-4 nouveau du code de procédure pénale). Ce bénéfice n'était alors possible dans le cas d'infractions terroristes comme d'ailleurs en matière de trafic de stupéfiants que si la prolongation de la garde à vue avait lieu ¹²⁸.

Lors du vote de la loi du 24 août 1993 qui se proposait de modifier la loi du 4 janvier 1993, il fut même question de supprimer tout droit à l'assistance d'un défenseur pendant la garde à vue des personnes suspectées d'infractions terroristes. Mais le Conseil Constitutionnel estima que

¹²⁷ Dans le contexte du procès des membres d'Action directe. Une cour d'assises devait se réunir, le 3 décembre 1986, avec un jury populaire. Suite aux menaces proférées à l'audience par les accusés, plusieurs jurés se sont désistés et l'affaire fut renvoyée. Elle fut ensuite jugée conformément aux dispositions de la loi du 6 septembre 1986.

¹²⁸ Circulaire du Garde des Sceaux du 27 janvier 1993, *J.O.*, 31 janvier 1993, p. 1689.

de telles dispositions étaient contraires au principe de l'égalité entre justiciables ¹²⁹.

C'est donc un réseau pénal d'exception qui se déploie en matière de terrorisme. Réseau qui tend à devenir un réseau de répression caractéristique des stratégies d'exclusion propres au modèle totalitaire.

En effet, le nouveau code pénal a considérablement accentué la répression des infractions terroristes qui ont désormais une qualification autonome. Son article 421-3 pose les règles de cette sévérité pénale qui peut aller jusqu'au double de la peine normalement applicable s'il s'agissait d'une infraction de droit commun.

Mais le point de bascule entre le modèle autoritaire et le modèle totalitaire se trouve certainement dans la réponse à l'infraction terroriste qui serait commise par un étranger. L'article 422-4 du nouveau code pénal prévoit la possibilité d'appliquer à l'étranger la peine complémentaire d'interdiction du territoire national soit définitive, soit pour 10 ans au plus. Ceci quelle que soit l'infraction terroriste commise. Plus alarmante et significative est la dérogation prévue à la fin du texte. En effet, les exceptions contenues à l'article 131-30 du nouveau code pénal pour protéger notamment le droit à l'intimité de la vie privée et familiale de l'étranger, ne sont pas applicables en matière de terrorisme.

Une stratégie d'exclusion semble alors transparaître du texte, dans une optique purement sécuritaire. C'est le terroriste étranger qui est en filigrane visé, dans une incrimination du terrorisme aux contours particulièrement vagues. Accentuation de la pression de l'État à l'égard d'une situation jugée plus dangereuse au regard du simple facteur de nationalité, quelle que soit la situation concrète d'assimilation de l'étranger à la communauté nationale.

Si bien qu'en ce qui concerne le terroriste étranger, le concept d'infraction et de déviance ont tendance à fusionner en un concept unique d'infraction-déviance qui appelle une réponse étatique unifiée palliant la fermeture regrettée des règles actuellement applicables en matière

¹²⁹ Voir sa décision n.º 93-326 du 11 août 1993, op. cit. Désormais, le bénéficiaire de l'avocat pendant la garde à vue obéit aux règles du droit commun. C'est-à-dire que la personne gardée à vue ne peut s'entretenir avec lui qu'à partir de la vingt-et-unième heure, alors que cette possibilité était prévue par la loi du 4 janvier 1993 dès le début de la garde à vue. Seuls les mineurs de plus de seize ans y sont admis depuis la loi du 24 août 1993.

d'expulsion ¹³⁰. Il est intéressant de souligner ici que ses dispositions ne sont pas sans rappeler la procédure d'urgence absolue dans laquelle le gouvernement peut quand même expulser des étrangers qui ont de fortes attaches personnelles et familiales en France.

Le terrorisme ferait-il partie des situations pour lesquelles objectivement une mesure d'exclusion définitive du territoire français s'avère être "d'une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique"?

Quoi qu'il en soit, un réseau de répression pure où se manifeste une stratégie d'exclusion physique de catégories de personnes jugées indésirables, peut s'activer dans les faits à partir de l'arsenal législatif français applicable au terrorisme. Face aux défis de cette violence individuelle ou collective qui se déchaîne précisément dans les États libéraux, leur tentation d'utiliser en riposte des armes autoritaires se comprend. D'autant mieux que c'est désormais un idéal politique supérieur qui est défendu à travers ce réseau de sécurité: la liberté de l'individu de mener une existence harmonieuse et tranquille au sein de l'État. Le Portugal a également été tenté de mettre en oeuvre une fâcheuse législation anti-terroriste.

B. Le réseau pénal d'exception au Portugal

Le développement du modèle autoritaire a été freiné au Portugal dans le secteur des infractions terroristes. Sans doute en raison de la hantise, toujours présente dans la mémoire collective, des excès manifestés pendant la période de l'*Estado Novo* en matière de crime contre la sûreté de l'État corporatiste.

C'est pour cette raison que le réseau de sécurité qui s'est inévitablement mis en place se veut modéré.

¹³⁰ En effet, s'est dessinée petit à petit une jurisprudence protectrice du Conseil d'État qui peut être ainsi schématisée:

– Tout d'abord, dans le cadre de la procédure ordinaire, les infractions commises par un étranger ne peuvent à elles seules justifier légalement la mesure d'expulsion. Cons. d'État, ass., 21 janvier 1977, *Dalloz*, 1977, p. 527 et s. A fortiori dans le cadre d'une procédure d'urgence absolue, où d'après l'article 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel qu'il résulte de la loi du 2 août 1989, l'expulsion doit constituer une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique.

– Même si l'étranger n'entre pas dans la catégorie des étrangers non expulsables de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le Conseil d'État veille à ce que la mesure d'expulsion ne soit pas une ingérence dans la vie familiale de l'intéressé disproportionnée par rapport aux objectifs d'ordre public poursuivis. Il n'hésite pas à déclarer la mesure d'expulsion prise contraire à l'article 8 de la C.E.S.D.H.. Cons. d'État, 19 avril 1991, 1^{ère} espèce, *Dalloz*, 1991, p. 399 et s.

Tout d'abord, il n'y a pas une législation anti-terroriste autonome. Les dispositions légales qui caractérisent le modèle autoritaire précédemment signalées se trouvent dispersées dans le code pénal et dans le code de procédure pénale. Pourtant, à l'époque de la confection de ce dernier, se déroulait un procès qui fut décrit comme "le procès du siècle", d'une organisation terroriste connue sous le nom des F.U.P. / F.P. 25 sur lequel nous reviendrons plus en détail.

Le fait que le réseau pénal d'exception ait vu son déploiement amoindri dans un secteur aussi sensible, est sans doute le signe du bon fonctionnement des nouvelles institutions démocratiques portugaises.

Il était par exemple impensable de créer une juridiction d'exception ou une police spécialisée, mais il fallait doter les appareils de l'État de moyens adéquats pour lutter contre une criminalité non pas hypothétique, mais bien réelle.

C'est donc un savant dosage, pourrait-on dire, qui préside ce secteur au Portugal, dont il convient de décrire les principales caractéristiques.

Quant aux incriminations de ce que sont le terrorisme et les organisations terroristes, elles semblent, à première vue, moins imprécises qu'en France.

Le législateur portugais a opté pour un système de qualification duale où apparaissent également des critères objectifs et subjectifs.

Ainsi, l'article 289 du nouveau code pénal qui est consacré au terrorisme renvoie aux dispositions incriminant les organisations terroristes (article 288) ¹³¹.

Le critère objectif fixe une liste des crimes pouvant constituer des infractions terroristes ¹³². Il n'existe pas, comme en France, de qualification générique unique.

¹³¹ La source de ces deux articles est législative, car le projet de code pénal de 1966 n'avait pas envisagé ce type de criminalité. Cf. la loi n.º 24/81 du 20 août 1981 qui altéra l'article 263 de l'ancien code pénal.

¹³² Il s'agit d'après l'article 288 n.º 2 alinéas a (à d) des infractions suivantes:

- Contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté des personnes.
- Contre la sûreté des transports et des communications en général, incluant les communications télégraphiques, téléphoniques, radiophoniques ou télévisuelles.
- De production dolosive d'un péril commun, à travers l'incendie, la libération de substances radioactives ou de gaz toxiques ou asphyxiantes, l'inondation ou les avalanches, la démolition de constructions, la contamination d'aliments et eaux destinées à la consommation humaine ou la diffusion d'épizooties.
- De sabotage.

Constituent aussi des infractions pouvant être qualifiées d'infractions terroristes, les crimes qui impliquent, conformément à l'alinéa e) de l'article 288 n.º 2, l'emploi de bombes, grenades, armes à feu, substances ou engins explosifs, de tous moyens incendiaires et de colis ou lettres piégées.

Quant au critère subjectif, il est moins imprécis qu'en France. La référence au mobile poursuivi est en effet beaucoup plus détaillée techniquement. Différents mobiles apparaissent dont seulement le dernier est conçu en termes vagues¹³³. Ainsi, commet une infraction terroriste celui qui perpète un des crimes contenus dans la précédente liste et qui agit dans l'intention "d'intimider certaines personnes, groupements de personnes ou la population en général".

Mais, le régime dérogatoire du côté de l'incrimination se vérifie surtout dans l'assimilation qui est faite par l'article 289 n.º 2 entre l'auteur et le complice d'une part, la consommation et la simple tentative d'autre part.

En principe, la complicité et la tentative répondent à un régime d'atténuation spéciale de la peine lorsqu'ils sont punissables¹³⁴. En matière de terrorisme, les principes sont inversés dans la mesure où la pénalité qui est déjà en elle-même aggravée¹³⁵, est identique pour l'auteur et pour le complice, qu'il s'agit d'un acte consommé ou d'un acte seulement tenté.

Ce durcissement de la politique criminelle concernant le terrorisme dans le nouveau code pénal avait été signalé par Mme **Teresa PIZARRO BELEZA**¹³⁶ qui l'évoquait en tant que contre partie de la "stratégie étatique du recours aux mesures en milieu ouvert".

Dans l'incrimination des organisations terroristes, on retrouve peut-être d'une façon plus évidente un flou légal. En effet, l'article 288 n.º 1 et 3 du code pénal prévoit que sera puni d'une peine de prison comprise entre 5 à 15 ans, quiconque aura promu ou fondé un groupement, une organisation ou association terroriste, de même que celui qui y aurait adhéré¹³⁷.

¹³³ Les autres mobiles sont les suivants: Tout d'abord, l'intention de nuire à l'intégrité et à l'indépendance nationales, de détruire, d'altérer ou de renverser le fonctionnement des institutions de l'État prévues dans la Constitution. Ensuite, l'intention de forcer l'autorité publique à pratiquer tel acte, de s'abstenir de le pratiquer ou de tolérer sa pratique.

¹³⁴ Cf. les articles 23 n.º 2 et 27 n.º 2 du code pénal.

¹³⁵ D'un tiers de ce qui est normalement applicable pour les infractions visées, si la peine de prison prévue est supérieure ou égale à 2 ans dans son seuil minimum et à 10 ans dans son plafond. Sinon la peine encourue est un emprisonnement compris entre 2 ans et 10 ans.

¹³⁶ Voir l'article de l'auteur intitulé: "A" reinserção social dos delinquentes "recuperação da utopia ou utopia da recuperação?", in *Cidadão delinquente: Reinserção social?*, Instituto de Reinserção Social, Lisboa, 1983, p. 168.

¹³⁷ La Cour de cassation (Supremo Tribunal de Justiça) a quelque peu élucidé ce flou légal en définissant "l'adhérent" de la façon suivante: "... Sans aucun doute, est adhérent celui qui fait partie et, dans un sens plus large, celui qui se lie, s'unit ou s'identifie d'une manière active à un groupe ou une association terroriste". Arrêt du 9 février 1989, *B.M.J.*, n.º 384, 1989, p. 386 (traduction personnelle).

Par ailleurs le n.º 5 du même article incrimine les dirigeants du groupement qui encourent 10 à 15 ans de prison et le n.º 4 précise des circonstances aggravantes ¹³⁸.

L'incrimination élastique est surtout visible à travers cette idée de promouvoir le groupement dont on ne sait pas trop en quoi cela consiste.

Une dérogation importante est l'incrimination spéciale ici des actes préparatoires ¹³⁹ qui d'ailleurs ne sont pas explicités (article 288 n.º 6). En droit portugais les actes préparatoires, normalement, ne sont pas punissables ¹⁴⁰.

A travers cette incrimination des actes préparatoires, la frontière entre les simples états d'écart vis-à-vis de la normalité sociale et la commission de l'infraction, devient floue. On peut légitimement craindre l'utilisation d'un concept unique d'infraction-déviance en ce qui concerne les organisations terroristes au Portugal et un glissement possible vers un modèle totalitaire déployant un réseau de pure répression.

De plus, il existe un régime de faveur à l'égard des repentis "actifs" ¹⁴¹ qui peuvent voir leur peine très atténuée ou même en être exemptés, ce qui est "un prix à la délation" ¹⁴².

Ces craintes et critiques ne sont pas de pures hypothèses d'école. En effet, c'est à partir surtout des dépositions d'un repentis qu'a débuté au courant de l'été 1984, le procès de l'affaire "F.U.P./F.P. 25" qui a conduit à la détention de dizaines de citoyens portugais parmi lesquels M' **Otelo SARAIVA DE CARVALHO**, le stratège du "mouvement des capitaines" qui organisa la révolution des oeilletts. Ce procès fleuve fut l'occasion de

¹³⁸ Lorsque le groupement ou les personnes qui ont promu, fondé un groupement ou y ont adhéré possèdent les moyens criminels dont il fait référence à l'alinéa e) du n.º 2, la peine minimale et maximale sera aggravée d'un tiers.

¹³⁹ Qui font encourir à leurs auteurs une peine de prison de 2 à 8 ans. Il est intéressant de signaler que le nouveau code pénal contrairement à l'ancien ne définit pas d'une façon générique ce que sont les actes préparatoires. Par contre il définit à travers le régime de la tentative ce que sont les actes d'exécution (article 22 n.º 2). Si bien que c'est par exclusion qu'il faut considérer que les actes préparatoires sont les actes externes qui dépassent le simple projet criminel mais qui ne sont pas pour autant des actes d'exécution.

¹⁴⁰ Voir le principe posé à l'article 21 du code pénal. Sur les options qui ont été prises par le nouveau code pénal portugais quant à l'élément matériel de l'infraction, voir **ALVES CARDOSO (J.)**, "As formas de aparição do crime no novo Código penal", *Revista do Ministério Público*, 1982, ano 3, vol. 12, pp. 23-44.

¹⁴¹ Voir l'article de M' **José António BARREIROS**, "Le problème des repentis. Crime et châtements, statut des repentis", *R.S.C.*, 1986, pp. 753-755.

¹⁴² **PIZARRO BELEZA (T.)**, "O mito da recuperação do delinquente no discurso punitivo do código penal de 1982", *Revista do Ministério Público*, ano 4, vol. 16, 1983, p. 15.

divers incidents de procédure et donna lieu finalement à un arrêt du Tribunal constitutionnel en date du 15 février 1989 qui déclara l'inconstitutionnalité de l'article 665 de l'ancien code de procédure pénale de 1929 ¹⁴³.

Poursuivi du chef d'organisation terroriste (article 288 du nouveau code pénal), M^r **SARAIVA DE CARVALHO** avait assumé la fondation du "Projecto Global", la direction des F.U.P. et la création de la E.C.A. (structure civile armée) ainsi que la participation à diverses réunions et structures dans lesquels les participants étaient cagoulés.

Il assumait ses faits dans sa défense écrite, mais il les explicitait au regard de la conjoncture de l'époque qui l'avait conduit à promouvoir, fonder et diriger ses groupements.

En effet, M^r **SARAIVA DE CARVALHO** était très attaché aux idéaux révolutionnaires qui proposaient une transformation socialiste de la société portugaise et on sentait à l'époque poindre le péril d'un éventuel coup d'Etat inconstitutionnel de la part de l'extrême droite organisée.

Par contre, il n'assumait pas et critiquait la violence armée ainsi que les actes commis par les F.P.25. D'après lui, cette organisation "était étrangère à son expérience et à ses conceptions de l'intervention sociale" ¹⁴⁴.

Seulement les repentis de l'organisation démentaient ses dires en soutenant que M^r **SARAIVA DE CARVALHO** et les autres accusés préconisaient le recours à la violence armée. L'identité entre la E.C.A. et les F.P. 25 avait été considérée comme prouvée. Et c'est ainsi qu' "Otelo finit par être condamné du chef d'organisation terroriste.

La 1^{ère} section du Tribunal constitutionnel dans sa décision n.° 219/89 avait considéré inconstitutionnel l'ancien article 665 du code de procédure pénal tel qu'il était interprété par un arrêt de règlement du *Supremo Tribunal de Justiça* ¹⁴⁵, dans la mesure où il ne respectait pas le principe du double degré de juridiction ¹⁴⁶ qui découle de l'article 32 n.° 1 de la Constitution.

¹⁴³ Le recours devant le Tribunal constitutionnel est détaillé dans un précieux ouvrage de M^r **Romeu FRANCÊS**, *O caso OTELO. Um recurso perante o Tribunal constitucional*, Lisboa, Edições Salamandra, 1989.

¹⁴⁴ Propos cités par **Romeu FRANCÊS**, op. cit., p. 11 (traduction personnelle).

¹⁴⁵ Arrêt du 29 juin 1934.

¹⁴⁶ Signalons, pour plus de détails, que c'est un tribunal collectif composé de juges qui a siégé dans cette affaire. Au départ, il était question de réunir un tribunal avec un jury, mais dans la mesure où le seul accusé qui avait demandé conformément à la procédure pénale portugaise alors en vigueur le bénéfice du jury, s'était enfui de prison, ce fut une juridiction composée de magistrats qui siégea.

En effet, avant la réforme opérée par le nouveau code de procédure pénale de 1987, le recours en appel était extrêmement limité en ce qui concerne l'appréciation des faits ce qui avait suscité bon nombre de critiques de la part de la doctrine ¹⁴⁷.

En raison de cette inconstitutionnalité, le Supremo Tribunal de Justiça (Cour de cassation) a dû annuler l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne en date du 25 novembre 1987 et a mis en liberté les accusés dont la détention provisoire avait excédé le délai légal.

C'est ainsi que les portes des prisons portugaises se sont ouvertes pour une trentaine de citoyens dont M^r **SARAIVA DE CARVALHO**. "Dans une société amplement pacifiée et dans un contexte différent de celui du 25 avril 1974, Otelo avait de nouveau symbolisé la liberté ..." ¹⁴⁸.

Le procès "Otelo" est sans doute l'illustration de la tentation qu'a le réseau de sécurité mis en place autour des infractions terroristes de basculer dans un réseau de pure répression caractérisant le modèle totalitaire. M^r **SARAIVA DE CARVALHO** était resté fidèle aux idéaux un peu trop "gauchisants" de la "révolution des oeillets". Il s'était en quelque sorte écarté de la normalité sociale (politique), la tendance générale étant devenue plus modérée et ayant abouti à faire du Portugal la démocratie parlementaire que nous connaissons.

Les autres caractéristiques de ce réseau pénal d'exception concernent la procédure pénale. Le caractère inquisitoire est renforcé dans le secteur des infractions terroristes, avec d'une part, un accroissement des pouvoirs conférés aux autorités policières et d'autre part, une volonté d'amoindrir les garanties données à la défense.

Ainsi, les fouilles et perquisitions obéissent à un régime dérogatoire.

Les fouilles et perquisitions non domiciliaires peuvent s'effectuer sans l'autorisation de l'autorité judiciaire compétente (ici le Ministère Public). L'article 174 n.º 5 du nouveau code de procédure pénale dispose qu'elles doivent dans ce cas être communiquées au juge d'instruction en vue de leur validation.

D'après M^r **José Miguel SARDINHA**, cette disposition a priori curieuse dans la mesure où c'est le Ministère Public qui dispose ici d'un pouvoir

¹⁴⁷ Cf. l'article de M^r **Eduardo MAIA COSTA**, "O regime dos recursos no projecto de Código de processo penal", *Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.º 2, 1987, pp. 154-160.

¹⁴⁸ Commentaire de l'arrêt du Supremo Tribunal de Justiça en date du 17 mai 1989, de M^r **Romeu FRANCÊS**, *ibid.*, p. 212 (traduction personnelle).

d'autorisation et de contrôle, s'explique par la possibilité éventuelle d'erreurs commises de la part des autorités policières, quant à l'étendue et à la nature de la perquisition ¹⁴⁹.

La même règle est adoptée pour les perquisitions domiciliaires qui normalement doivent être ordonnées ou autorisées par le Juge d'instruction. En cas de terrorisme, elles peuvent être effectuées par les autorités policières ou ordonnées par le Ministère Public (article 177 n.º 2 du C.P.P.). Dans ce cas, elles seront également communiquées au juge d'instruction pour leur validation ¹⁵⁰.

Il y a donc en matière de fouilles et perquisitions, qu'elles soient domiciliaires ou non, un renforcement des pouvoirs de la police.

Le terrorisme fait aussi partie de la criminalité particulièrement grave pour laquelle le nouveau code de procédure pénale admet les écoutes téléphoniques. Mais ici le Législateur a été vigilant et contrairement aux perquisitions, n'a prévu qu'une seule autorité compétente pour les autoriser: le juge d'instruction (article 269 n.º 1, alinéa c).

Par contre, dans le projet de loi de Sécurité interne, le gouvernement avait introduit dans l'article 18 n.º 1, la possibilité en cas d'urgence et sur ordre du Ministre de l'administration interne de placer les individus sous écoute, dans le cadre de la prévention ou de la répression du terrorisme.

Le n.º 3 de cet article prévoyait par ailleurs que dans le cadre d'un procès pénal, les mesures spéciales prévues au n.º 1 seraient simultanément soumises avec leur motivation, à l'autorité judiciaire compétente (juge d'instruction).

¹⁴⁹ Qui peut être en réalité une perquisition domiciliaire et dans ce cas l'intervention du juge d'instruction viendrait la purger de son inconstitutionnalité, car d'après la Constitution portugaise, seul le juge d'instruction est compétent pour restreindre les droits fondamentaux de l'individu (article 32 n.º 4 et 34 n.º 2). Voir les développements de M^r **Miguel José SARDINHA**, in *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*, Coimbra Editora, 1989, p. 97.

¹⁵⁰ Au moment de la promulgation du nouveau code de procédure pénale, le Président de la République M^r **Mário SOARES** a saisi le Tribunal constitutionnel, afin qu'il se prononce, dans le cadre de son contrôle préventif, sur la constitutionnalité de certains articles. Parmi eux figuraient les articles concernant les perquisitions et le régime dérogatoire applicable en matière de terrorisme dans lequel le juge d'instruction n'intervenait pas. Le Tribunal constitutionnel dans son arrêt 7/87 du 9 janvier 1987 a jugé inconstitutionnel le texte initial de l'article 177 n.º 2 dans la mesure où il violait l'article 34 n.º 2 de la Constitution. En effet, cet article pose le principe de l'inviolabilité du domicile et dispose que l'entrée dans le domicile des citoyens contre leur volonté, ne peut être ordonnée que par l'autorité judiciaire compétente qui est à ses yeux, le juge d'instruction. Voir l'arrêt publié in *Código de processo penal*, sob a orientação de M^{rs} **SIMAS SANTOS** et **LEAL-HENRIQUES**, Lisboa, Rei dos Livros, 1987, p. 497 et s.

Cette disposition traduisait encore la tendance qu'a le réseau de sécurité mis en place dans les cas de terrorisme à bifurquer vers un réseau de pure répression caractérisant le modèle totalitaire en raison d'un état d'urgence. Dans la perspective de ce projet de loi, se dessinait un concept unique d'infraction-déviance amenant un contrôle accru de la part des autorités exécutives.

Mais le texte actuel de la loi n.º 20/87 du 12 juin 1987 n'a pas repris ces dispositions. Et on peut s'interroger sur la prudence du Législateur en matière d'écoutes téléphoniques. Les progrès technologiques aidant, il apparaît légitime de vouloir encadrer rigidelement ce domaine où la tentation est grande pour un bon nombre de vouloir utiliser les écoutes téléphoniques à des fins différentes de celles de la justice pénale. D'ailleurs, toute écoute pratiquée sans autorisation du juge d'instruction fait encourir à son auteur, d'après l'article 182 n.º 1 et 2 du code pénal, une peine de prison allant jusqu'à 6 mois et une amende allant jusqu'à 50 jours ¹⁵¹.

Toujours dans le sens des règles dérogatoires qui illustrent un accroissement des pouvoirs des autorités policières, les dispositions des décrets-lois n.º 458/82 du 24 novembre 1982 et n.º 387-H/87 du 30 décembre 1987 qui défèrent compétence à la Police Judiciaire sur l'ensemble du territoire pour l'investigation des infractions terroristes.

En ce qui concerne les droits de la défense, la législation portugaise a été tentée de la même façon de reprendre des dispositions qui caractérisaient la structure inquisitoire très forte l'ancien code de procédure pénale de 1929 et de les appliquer au cas du terrorisme.

En effet, le régime de l'incommunicabilité du détenu avant son premier interrogatoire judiciaire qui pouvait être décidé par le juge, avait été étendu à l'avocat.

La doctrine critiquait sévèrement ce régime, surtout après la Constitution de 1976 ¹⁵².

Au moment du vote du nouveau code de procédure pénale, un article 143 n.º 4 prévoyait la possibilité pour le Ministère Public, en matière

¹⁵¹ En ce sens **SARDINHA (J. M.)**, op. cit., p. 106.

¹⁵² Voir l'article 32 n.º 3 de la Constitution qui garantit au prévenu ses droits de la défense pendant le procès pénal et plus particulièrement le droit d'être assisté d'un avocat pendant tous les actes du procès.

Sur l'incommunicabilité du détenu, voir l'article de M^r **Orlando GUEDES DA COSTA**, "A incomunicabilidade do detido e o advogado", in *Para uma nova Justiça penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 75-92.

d'infractions terroristes, de décider que le détenu ne communique avec aucune personne avant son premier interrogatoire judiciaire. Cette incommunicabilité avait été étendue à l'avocat, respectant ainsi l'ancienne tradition juridique.

Le Tribunal constitutionnel s'est heureusement prononcé sur l'inconstitutionnalité d'une telle disposition ¹⁵³.

En ce qui concerne le bénéfice de l'institution du jury, les infractions terroristes en sont expressément exclues, d'après une nouvelle disposition de la Constitution ¹⁵⁴.

Nombreux sont les secteurs où le modèle autoritaire se développe, comme nombreuses sont les tentations de conjuguer sécurité et répression. L'exemple portugais en matière d'infractions terroristes est un merveilleux exemple des contraintes organisationnelles incontournables qui font que ce modèle de politique criminelle ne peut pas se hisser au rang de modèle dominant comme l'est le modèle État-société libéral aujourd'hui.

La politique criminelle est alors différence et complexité. Oublié le fantasme d'une unité ombilicale, lorsque les modèles dérivés se séparent, et prospèrent dans tel ou tel secteur. L'air du temps ne serait-il pas aussi à de nouvelles alliances?

¹⁵³ Voir l'arrêt n.° 7/87, op. cit.; d'où l'actuelle disposition de l'article 143 n.° 4 qui exclut expressément du régime de l'incommunicabilité le défenseur.

¹⁵⁴ Article 210 n.° 1, tel qu'il est issu de la seconde révision constitutionnelle de 1989. Voir: **DE SOUTO DE MOURA (J.)**, "Le procès pénal au Portugal", op. cit., p. 100.

CHAPITRE 2

LE DÉPLOIEMENT DU RÉSEAU PÉNAL DANS LE MODÈLE LIBÉRAL

Si le modèle autoritaire est parfois porteur d'une idéologie d'inclusion même si elle œuvre dans le sens de l'élargissement des réseaux de sécurité, on retrouve dans le réseau pénal des deux pays, une logique qui peut s'en rapprocher: celle de la réinsertion sociale du délinquant.

Et mieux que toute autre, la réponse pénale à l'infraction met en scène les transformations du système de politique criminelle dans le sens d'une modernité qui est de plus en plus sophistiquée, de plus en plus complexe.

En effet, dans la mesure où le modèle État-société libéral associe à la fois les instances étatiques et les instances sociétales dans l'organisation des réponses au phénomène criminel, son réseau pénal est aisément mutagène en raison du jeu de relations qui s'instaure en son sein.

L'idéologie d'insertion apparaît, nous l'avons vu, dans la politique pénale de lutte contre l'emprisonnement, mais elle tend aussi à devenir une des fonctions de la peine en général.

Cette idéologie a forcément demantelé et troublé la traditionnelle trilogie Police-Justice-Prison dans sa mission naturellement répressive, de telle façon que le droit pénal lui-même tend à faire prévaloir sa fonction symbolique sur sa fonction instrumentale ¹. "Il s'agit moins de proclamer

¹ **BARRATA (A.)**, "Les fonctions instrumentales et symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique", op. cit.

pédagogiquement la limite à ne pas franchir que de renforcer la validité des normes, de rétablir la confiance institutionnelle, de rechercher dans la théâtralité l'adhésion qu'une justice déritualisée ne saurait atteindre”².

C'est pourquoi se sont mis en place ces dernières années, en France comme au Portugal, des interfaces institutionnelles dont le champ d'action déborde largement l'intérieur du simple appareil répressif, se déployant parfois jusqu'aux confins des relations sociales.

Le réseau pénal s'est ainsi élargi au fur et à mesure que des points de relais entre l'État et la société civile voyaient le jour, créant de nouveaux espaces, de nouvelles rencontres.

Fortement sollicitées dans la mise en œuvre des politiques de réinsertion sociale, les instances judiciaires se sont vu reconnaître de nouveaux pouvoirs (section 1). Paradoxalement, alors que la conception du droit pénal n'est plus orientée selon certains sur le citoyen mais sur "l'ennemi"³, ces politiques renforcent la place donnée au délinquant et intensifient les relations aux instances sociétales prises dans leur ensemble (section 2).

Section 1:

La relation aux instances judiciaires se renforce

Dans cette construction d'un espace socio-judiciaire différent, les magistrats français et portugais jonglent souvent avec des paroles puissantes qui signifient toute la mesure de leur pouvoir dans le réseau pénal: individualisation de la peine ou plutôt personnalisation de la sanction. Et le juge semble alors se libérer du joug du principe légaliste qui pourtant avait été posé pour en finir avec l'arbitraire judiciaire et le principe de la personnalité des peines de l'ancien régime⁴.

² FAGET (J.), *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Érès, coll. trajets, 1992, p. 8.

³ Cette idée est affirmée entre autres par Mr. JAKOBS qui met en évidence, dans une de ses contributions, le déplacement d'une conception *libérale* du droit pénal "orienté sur le citoyen" vers une conception *autoritaire* d'un droit pénal "orienté sur l'ennemi". Cité par BARRATA (A.), *op. cit.*, p. 11.

⁴ Mais celui-ci n'est pas forcément irrémédiablement atteint car on peut remarquer que le législateur moderne œuvre aussi parfois dans le sens du rappel des contraintes légales. Cf. nos développements du Chapitre 2 du Titre 2 de ce Livre.

Comme l'écrivait Mme **Mireille DELMAS-MARTY**, – “à la stratégie traditionnelle d'exclusion des délinquants, impliquant un strict respect des principes de la légalité et de l'autorité de la chose jugée, tend à se substituer une stratégie d'intégration ou de réintégration du délinquant impliquant un renforcement des pouvoirs du juge par rapport à la loi et la possibilité de modifier la peine en cours d'exécution en fonction de l'évolution de la personnalité du condamné”⁵.

Cette personnalisation de la sanction apparaît donc à la fois dans la détermination de sa nature (§ 1) comme de son montant, voire de sa durée (§ 2).

§ 1 • *La personnalisation de la sanction quant à sa nature*

Si on laisse de côté les mesures prises au stade présentenciel pour éviter l'incarcération, les sanctions alternatives auparavant abordées dans le cadre du rapprochement des politiques pénales françaises et portugaises, constituent de bons exemples d'un accroissement du pouvoir judiciaire au sein du réseau pénal.

Mieux que toute autre la politique des alternatives démontre la volonté d'individualiser la sanction en fonction de la personnalité du délinquant, de personnaliser la peine dans la détermination de sa nature.

Cette idée d'individualiser la peine n'est pourtant pas récente⁶. Cependant, elle a conquis du terrain surtout après la seconde guerre mondiale avec l'émergence de la doctrine de la Défense sociale nouvelle.

Le nouveau code pénal portugais s'est principalement inspiré de cette doctrine pénale en fixant comme objectifs des peines la resocialisation du délinquant, la prévention générale et spéciale des infractions, mais également la rétribution de la culpabilité du délinquant.

Or, dans ce dernier objectif on découvre tout le particularisme du droit pénal portugais qui a ajouté au principe traditionnel de la légalité, le principe de la culpabilité qui est loin d'être compris dans le sens voulu par **KANT** au XIX^e siècle⁷.

⁵ **DELMAS-MARTY (M.)** “La durée de la sentence, structure et stratégie du système pénal français”, *R.D.P.C.* 1984, p. 227 et s.

⁶ Elle remonte à **Raymond SALEILLES** qui publiait en 1898, un ouvrage sur l'individualisation judiciaire de la peine.

⁷ Cf. **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)** “La réforme pénale portugaise”, op. cit., p. 17.

Nulla poena sine lege, disent donc les juristes portugais, et *nulla poena sine culpa*.

En effet, une des conceptions de base du nouveau code pénal au Portugal est que la peine a pour support une culpabilité concrète. Dès son article 13, il explique que seuls sont punissables les faits commis avec dol ou dans les cas spécialement prévus par la loi, avec négligence.

C'est également la théorie de la culpabilité qui explique la position prise par le droit portugais en matière d'erreur et d'illicéité⁸.

Le préambule nous éclaire sur cette conception en postulant qu'il n'y a pas de peine sans culpabilité de l'agent. Cependant, cette idée n'est pas uniquement posée en tant que limite de la validité de la peine car on affirme aussi que c'est la culpabilité qui va moduler la peine.

D'ailleurs, le projet initial de 1963 qui fut approuvé par la Commission de réforme se référait à la culpabilité du fait de l'acte et du fait de la personnalité⁹. Dans cette perspective, l'acte demeure le point de départ de la punition, mais il s'agit de celui qui est commis par un individu doté d'une certaine personnalité qui s'exprime à travers l'acte lui-même¹⁰.

⁸ L'article 17 du code pénal de 1982 dans son n.º 1 dispose: "agit sans culpabilité celui qui a commis l'acte sans avoir conscience de son illicéité, si l'erreur ne lui est pas censurable" (traduction personnelle).

Le nouveau code pénal français de 1992 a, dans son article 122-3, consacré une cause d'irresponsabilité nouvelle, l'erreur de droit, mais encore faut-il que celle-ci présente un caractère "invincible".

⁹ C'était là la marque incontestable de son auteur le Professeur **Eduardo CORREIA** qui avait développé, à côté des doctrines allemandes qui se référaient à la notion de culpabilité, une théorie qui lui était personnelle, la culpabilité dans la formation de la personnalité. Une telle culpabilité correspond "à une omission – et à une omission permanente de la vie du délinquant – dans l'accomplissement du *devoir* d'orienter la formation ou la préparation de sa personnalité de façon à la rendre apte à respecter les valeurs juridico-criminelles".

L'auteur du projet de 1963, tout en acceptant que ce serait aller trop loin que de prétendre que le droit pénal "interdit une certaine façon d'être de l'individu comme tel", sa conclusion était que le plus qu' "on pouvait faire est d'exiger de sa part qu'il ne cesse jamais d'éduquer le délinquant de façon à respecter la réalisation des valeurs juridiques protégées et ceci quelle que soit sa structure personnelle et individuelle". Cf. **Eduardo CORREIA**, cité par Mr. **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS**, in *Liberdade, culpa, direito penal*, op. cit., p. 108 (traduction personnelle).

¹⁰ **OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES (M.)**, **CARRILHO DE SIMAS SANTOS (M. J.)**, *O código penal de 1982*, vol. 1, Lisboa, Rei dos Livros, 1986, p. 375.

L'actuel code pénal n'a pas expressément repris cette conception, mais la doctrine a tendance à dire qu'elle n'a pas été pour autant condamnée ¹¹.

Ainsi, l'autorité judiciaire a, au Portugal, la délicate tâche de déterminer la sanction, en tenant compte d'après l'article 72, de l'illicéité de l'acte, de la culpabilité dans laquelle entrent également des considérations touchant la personnalité de l'agent, et de l'influence que peut avoir la peine sur celui-ci.

Cette référence légale à la personnalité du délinquant dans la détermination de la peine, n'est pas sans rappeler la nouvelle disposition de l'article 132-24 du code pénal français de 1992. D'après ce texte, dans les limites fixées par la loi, les juridictions déterminent la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

Est désormais consacré le principe de l'individualisation judiciaire de la peine qui n'était mentionné nulle part, mais qui avait été pourtant affirmé au fil des réformes ¹².

Par ailleurs, le nouveau code pénal français a, tout comme le code portugais, fait la part belle aux alternatives à l'emprisonnement et libéré le juge quant à leur opportunité.

Ainsi, les anciennes peines dites de "substitution" sont désormais des peines principales au même titre que l'emprisonnement correctionnel. L'article 131-3 fixe une liste plus longue des peines correctionnelles en ouvrant l'éventail du juge qui a désormais un vaste choix.

De plus, aux peines restrictives et privatives de droits peut également être substituer l'amende contraventionnelle de la 5^o classe.

En ce qui concerne le régime des peines, le nouveau code pénal consacre une section aux modes de personnalisation des peines qui par moment rend compte de cette plus grande liberté du juge quant à la sanction applicable.

L'application d'un Travail d'intérêt général, n'est plus assujetti à des conditions spécifiques quant au passé du délinquant.

¹¹ Cf. Mr. **ROBALO CORDEIRO** qui se base sur les articles 83 et 84 du code pénal relatifs aux sentences relativement indéterminées applicables aux délinquants d'habitude. Par ailleurs, le code comporte des passages où il est clairement fait référence à cette idée de culpabilité dans la formation de la personnalité. Ainsi, les articles 17 n.º 2, 72 n.º 2 - f) et 78 n.º 1.

¹² L'idéologie de l'individualisation s'est surtout manifestée à partir des années 1970. Voir les modifications apportées par les lois du 17 juillet 1970, du 11 juillet 1975, du 10 juin 1983, du 10 juillet 1987 et du 6 juillet 1989.

En ce qui concerne le sursis, la tendance est à l'ouverture de son bénéfice. D'après l'article 132-31 du code pénal de 1992, le sursis est a priori applicable non seulement à l'emprisonnement, mais également à l'amende (sauf pour les contraventions des quatre premières classes), aux peines dites de "substitution" (sauf pour la confiscation) et à toutes les peines complémentaires (excepté la confiscation, la fermeture d'établissement et l'affichage).

D'autre part, des innovations sont à signaler en matière de dispense et d'ajournement du prononcé de la peine qui illustrent, là encore, une recrudescence des idées liées à l'individualisation judiciaire. C'est ainsi que le juge peut ajourner avec injonction (article 132-66 à 70) ou décider de dispenser de peine sans inscrire la décision au bulletin n.º 1 du casier judiciaire (article 132-59 alinéa 2).

Signalons pour finir que, d'après l'article 132-17 nouveau, est posé en droit français un principe selon lequel aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée. Normalement seraient donc supprimées les peines accessoires attachées de plein droit à une condamnation pénale, du moins au niveau du nouveau code pénal lui-même¹³.

Par contre, pour ce qui est de la déchéance des droits civiques, civils et de famille, l'article 132-21 dispose que cette peine ne peut jamais résulter de plein droit d'une condamnation pénale et ce nonobstant toute disposition contraire.

A travers ces dispositions nouvelles concernant les peines accessoires, on remarque une fois de plus un renforcement de la relation aux instances judiciaires, puisque ce seront elles qui devront les prononcer expressément.

On retrouve la même règle, qui en droit portugais, à valeur absolue, puisque le code pénal dans son article 65 ne fait que reprendre une disposition constitutionnelle selon laquelle nulle peine ne saurait entraîner

¹³ C'est ce que concluent Mrs. **DESPORTES** et **LE GUNEHEC**, dans la mesure où il ne prévoit aucune peine automatique mais que par ailleurs subsiste la faculté de demander le relèvement pour les personnes frappées d'une interdiction, déchéance ou incapacité résultant de plein droit d'une condamnation pénale (article 132-21). Des peines automatiques résultant des textes extérieurs au code pénal continueraient à exister, pour lesquels le Parlement n'a pas entendu généraliser le principe posé à l'article 132-21 du nouveau code pénal. Voir la présentation du nouveau code pénal faite par les auteurs au numéro spécial du *J.C.P.*, op. cit., p. 12.

comme effet nécessaire la perte de droits civils, professionnels ou politiques ¹⁴.

En poursuivant cette politique d'individualisation de la sanction qui se manifeste par le recours aux alternatives, les nouveaux codes pénaux ont intensifié le pouvoir décisionnel des instances judiciaires, mais ont aussi certainement créé de nouveaux enjeux dans le réseau pénal. Cette intensification est peut-être plus significative dans la personnalisation du montant de la peine car, sur ce point, la réforme a pris en France une position bien particulière.

§ 2 • *La personnalisation de la sanction quant à son montant*

En ce qui concerne le quantum de la peine, le nouveau code pénal français de 1992 a clairement entendu affirmer la liberté du juge dans la détermination de la sanction en supprimant l'indication du minimum des peines.

Cette suppression a une portée symbolique car, en pratique, le juge pouvait toujours par le jeu des circonstances atténuantes descendre au-dessous des minimums fixés par la loi. Comme il va de soi, ce mécanisme n'est plus conservé dans le nouveau code pénal.

Les peines qui sont désormais prévues dans les textes légaux sont des maximums susceptibles d'être prononcés par le juge. Les juridictions sont ainsi libres de descendre autant qu'elles le souhaitent en dessous du maximum légal sans avoir à motiver leur choix par l'octroi de circonstances atténuantes.

Du moins, ce principe s'applique pour l'emprisonnement et l'amende mais, en matière criminelle, le seuil inférieur qui était prévu dans l'actuel article 463 a été conservé ¹⁵.

Au Portugal, le quantum de la peine est fonction de la culpabilité du délinquant et à ce titre apparaissent dans le code pénal des préceptes de sentencings.

¹⁴ Voir l'article 30 n.º 4 de la Constitution introduit lors de la première révision constitutionnelle qui consacre la conception unitaire de la peine en droit pénal portugais. Quant aux anciennes dispositions pénales qui prévoyaient des incapacités électorales automatiques, la jurisprudence les a déclarées inconstitutionnelles. Voir notamment l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 23 janvier 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, X, tome I, p. 178.

¹⁵ Voir l'article 132-18 nouveau du code pénal.

C'est donc le principe de la proportionnalité de la peine par rapport à la culpabilité du délinquant ¹⁶ qui est consacré dans l'article 72 du code pénal.

D'après cet article, dans la détermination de la peine, le tribunal doit retenir toutes les circonstances qui ne faisant pas partie de l'incrimination, militent en la faveur du délinquant ou en sa défaveur ¹⁷.

Contrairement à son homologue français, le nouveau code pénal portugais n'a pas complètement supprimé l'indication de la peine minimale applicable. Dans la partie spéciale du code, on trouve le traditionnel recours à une fourchette comprenant le minimum et le maximum ou un renvoi seulement à la peine maximale encourue.

Il va sans dire que plus la fourchette est large, plus grande sera la liberté du juge dans la modulation de la peine. Or il est vrai que parfois cette fourchette est extraordinairement large, comme le souligne Mme **Teresa PIZARRO BELEZA** ¹⁸. Signalons pour mémoire, l'incrimination du vol aggravé qui est puni d'une peine de prison de 1 à 10 ans.

D'une façon générale les fourchettes semblent être beaucoup plus larges que celles qui étaient prévues dans l'ancien code pénal de 1886 ¹⁹, ce qui atteste bien un renforcement de la relation aux instances judiciaires.

Pour déterminer la peine concrètement applicable, la jurisprudence s'est éloignée de l'ancienne pratique qui fixait la peine le plus près pos-

¹⁶ Cf. **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)**, "La réforme pénale portugaise", op. cit., p. 17.

¹⁷ Notamment:

- a) – Le degré d'illicéité de l'acte, son mode d'exécution, sa gravité ainsi que ses conséquences, tout comme le degré de violation des devoirs imposés à l'agent.
- b) – L'intensité du dol ou de la négligence.
- c) – Les sentiments manifestés dans la préparation du crime et les fins ou motifs qui l'ont déterminé.
- d) – Les conditions personnelles de l'agent ainsi que sa situation socio-économique.
- e) – La conduite antérieure et postérieure aux faits, spécialement quand celle-ci est destinée à réparer les conséquences du crime.
- f) – La gravité de la faute dans la préparation à maintenir un comportement licite, manifestée à travers l'acte, lorsque cette faute doit être censurée au moyen de l'application de la peine (traduction personnelle).

¹⁸ Qui estime que cette tendance semble être contraire aux exigences constitutionnelles relatives à la précision des lois pénales et à leur conséquente prévisibilité. Cf. **PIZARRO BELEZA (T.)**, "O mito da recuperação do delinquente no discurso punitivo do código penal de 1982", op. cit., p. 16.

¹⁹ La jurisprudence a elle-même reconnu cet aspect du nouveau code pénal. Cf. les arrêts de la cour d'appel de Porto du 16 février 1983, du 7 mars 1984, *Colectânea de Jurisprudência*, IX, tome II, p. 247, et du 11 avril 1984.

sible de son minimum en raison essentiellement de la sévérité des pénalités prévues qui étaient complètement désactualisées.

En effet, cette tendance n'a plus lieu d'être depuis la réforme de 1982 et il fallait trouver un autre critère.

Dans un premier temps, le *Supremo Tribunal de Justiça* (Cour de cassation), avait opté pour celui de la pénalité moyenne encourue, en tant que point de départ pour fixer le quantum de la peine concrètement applicable à l'infraction ²⁰.

Les juridictions du fond ont résisté à cette position en affirmant que le critère proposé n'est pas conforme à l'idée de l'individualisation judiciaire de la peine qui suppose que cette dernière soit proportionnelle à la culpabilité du délinquant ²¹ et militèrent – si on peut dire – en faveur d'une plus grande liberté des juges.

Mais suite à un revirement de jurisprudence, le *Supremo Tribunal de Justiça* a finalement estimé qu'il fallait, pour déterminer la peine concrètement applicable, se fonder sur l'intensité de la culpabilité ainsi que sur la plus ou moins grande gravité du caractère illicite de l'acte commis. Par conséquent il n'est pas correct de partir de la moyenne des limites légales pour aggraver ou atténuer en fonction du poids des circonstances ²².

Par la suite, la Cour de cassation portugaise se devait de compléter les critères décrits plus haut en se référant à celui de la prévention des infractions ²³ qui allait être davantage précisé par la suite ²⁴.

En effet, ne retenir que la culpabilité et l'illicéité de l'acte commis pour moduler la peine reviendrait à retenir une conception trop rétributive, même si, on l'a vu, des considérations quant à la personnalité du délinquant sont prises en compte pour évaluer la culpabilité.

D'une façon résumée, c'est la finalité de la prévention spéciale ou encore l'idéologie de l'insertion qui, combinée avec le critère de la cul-

²⁰ Voir notamment l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 19 décembre 1984, *B.M.J.*, n.º 342, p. 233.

²¹ Ont ainsi résisté, les cours d'appel de Coimbra et d'Évora. Voir notamment et respectivement les arrêts du 26 juin 1986, *Colectânea de Jurisprudência*, X, tome III, p. 125 et du 19 mars 1985, *B.M.J.*, n.º 347, p. 476.

²² Voir l'arrêt du 22 février 1989, *B.M.J.*, n.º 384, p. 552 et s.

²³ Cf. l'arrêt du 21 juillet 1989, *B.M.J.*, n.º 388, p. 245 et s.

²⁴ Surtout dans son arrêt du 21 mars 1990, commenté in *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, ano I, n.º 2, abril-junho 1991, pp. 243-258.

pabilité, va contribuer à fixer en dernier lieu la peine ²⁵. Il s'agit bien d'une personnalisation de la sanction quant à son montant.

C'est donc la personnalité du délinquant qui va éventuellement permettre aux juridictions de descendre au-delà des limites imposées, en raison de sa culpabilité, pour la défense des biens juridiques protégés par le droit pénal.

En ce qui concerne les circonstances atténuantes, elles vont avoir pour but d'atténuer spécialement la peine d'après l'article 73 ²⁶ du code pénal portugais en modifiant les limites maximales et minimales selon un système assez compliqué ²⁷, qui se rapproche parfois de l'ancien article 467 du code pénal français.

Le Portugal a semble-t-il ici voulu éviter la possibilité d'une atténuation libre de la peine comme c'était le cas auparavant sous l'empire du code pénal de 1886 et sur ce point prend une position inverse, à savoir entend plutôt renforcer la légalité ²⁸.

L'autre différence par rapport aux nouvelles dispositions françaises est que d'après l'article 72 n.º 3, la détermination de la peine concrètement applicable doit toujours en droit portugais être motivée.

Ainsi, l'intensification de la relation aux instances judiciaires qui s'exprime à travers cette personnalisation des peines, semble être plus manifeste en France qu'au Portugal. Mais, ceci peut aussi révéler l'existence

²⁵ Voir le commentaire de Mme **Anabela MIRANDA RODRIGUES**, à la suite de l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 21 mars 1990, op. cit.

²⁶ Sont considérées comme telles, les circonstances antérieures ou postérieures au crime qui lui sont contemporaines qui diminuent d'une manière accentuée l'illicéité de l'acte ou la culpabilité de l'agent.

D'après le n.º 2 de l'article 73 seront ainsi entre autres considérées les circonstances suivantes:

a) – Le fait que l'agent ait agi sous l'influence d'une menace grave ou d'une personne de qu'il dépend ou à qui il doit obéissance.

b) – Le fait que la conduite de l'agent ait été déterminée par l'honneur, par une forte sollicitation ou tentation provoquée par la victime ou par une provocation injuste, ou encore par une offense non méritée.

c) – Le fait qu'il y ait eu, de la part de l'agent, des agissements démontrant son sincère repentir, notamment la réparation, autant qu'il lui était possible, des dommages causés.

d) – Le fait qu'il se soit écoulé beaucoup de temps depuis la commission de l'infraction, alors que l'agent a maintenu une bonne conduite (traduction personnelle).

²⁷ Voir nos développements du Chapitre 2 du Titre 2 de ce Livre.

²⁸ Voir nos développements du Chapitre 2 du Titre 2 de ce Livre qui montrent une tendance davantage légaliste de la politique criminelle portugaise en étudiant plus précisément les alternatives à l'emprisonnement.

de domaines autrefois hostiles à la judiciarisation qui sont de plus en plus investis.

Ainsi, l'application des peines en France ²⁹. Et nous terminerons sur cet aspect particulier de la personnalisation de la sanction au niveau de son montant qui concerne plus précisément le quantum de la peine effectivement exécuté ou encore sa durée.

La loi du 4 janvier 1993 a œuvré là encore dans le sens du renforcement du pouvoir des instances judiciaires (juge d'application des peines) au détriment de celui du Ministre de la Justice). Le J.A.P. a désormais compétence pour statuer sur les demandes de libérations conditionnelles des condamnés à une peine allant non plus jusqu'à trois ans, mais jusqu'à cinq ans ³⁰.

Certes la réforme n'est pas allée aussi loin qu'il était souhaité ³¹. Et pourtant une complète judiciarisation de la procédure semble, a priori, être plus satisfaisante pour ceux qui considèrent la libération conditionnelle comme étant une atteinte à l'autorité de la chose jugée.

Au Portugal, ce domaine est complètement juridictionnalisé depuis longtemps ³². Mais, si l'exécution des peines est fortement judiciarisée, il est vrai que le nouveau code pénal de 1982, en introduisant la sentence relativement indéterminée, a encore entendu renforcer le pouvoir du juge dans le réseau pénal avec ce type d'individualisation de la sanction ³³.

²⁹ Sur la progressive mais inachevée "judiciarisation" de l'exécution des peines, cf. Mme **Mireille DELMAS-MARTY**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 101 et s.

³⁰ Voir le numéro spécial de la Gazette du Palais présentant la réforme du code de procédure pénale.

³¹ Notamment par Mr. **BONNEMAISON** dans son rapport sur la modernisation du service public pénitentiaire qui proposait de supprimer la libération conditionnelle octroyée par le Garde des Sceaux. Cf. p. 34 du rapport.

En effet, c'est principalement en raison de ce genre de procédure lourde et longue que les prisons se sont enflammées à plusieurs reprises, en été.

³² C'est d'ailleurs le Portugal qui a introduit pour la première fois en Europe cette idée d'un Tribunal pénitentiaire.

La loi n.º 2000 du 16 mai 1944 et le décret n.º 34.553 du 30 avril 1954 créèrent les Tribunaux d'exécution des peines, compétents pour concéder, proroger ou révoquer la libération conditionnelle. Aujourd'hui, la procédure devant les T.E.P. est règlementée par les décrets-lois n.º 783/76 du 29 octobre 1976, n.º 222/77 du 30 mai 1977, n.º 204/78 du 24 juillet 1978 et n.º 402/82 du 23 septembre 1982.

Pour une comparaison de la libération conditionnelle en France et au Portugal, cf. les rapports de Mr. **Jacques BORRICAND** et de Mr. **António Manuel de ALMEIDA COSTA** dans le cadre des IV^{es} Journées latines de Droit pénal et de défense sociale, sur le thème: La liberté conditionnelle: quel futur? Coimbra (Portugal) 16-19 mars 1989.

³³ Voir nos développements du Chapitre 2 du Titre 2 du Livre 1.

Dans le cas de la peine relativement indéterminée, un plan de réadaptation sociale doit être établi (art. 90 du C.P.) qui impose l'intervention des instances mandatées. C'est l'Institut de réinsertion sociale qui a la tâche d'établir ce plan.

L'intervention des instances mandatées est ainsi rendue nécessaire en raison de ce renforcement du pouvoir du juge qui prend la forme d'une personnalisation de la peine.

Il va sans dire que l'individualisation judiciaire de la peine amène l'utilisation d'instruments de sentencing nouveau ou le développement de ceux qui existaient auparavant: recours au dossier de personnalité, recours aux enquêtes rapides récemment développées en France dans le cadre des Permanences d'Orientation Pénale, mise en œuvre des instruments présentenciels que sont au Portugal l'enquête sociale ou l'expertise de personnalité.

Apparaissent alors des instances d'alliance, parfois étatiques, parfois non-étatiques, lorsque se renforce le pouvoir des instances judiciaires et s'intensifie la relation aux instances sociétales.

Section 2:

Les relations aux instances sociétales s'intensifient

La personnalisation de la sanction amène avec elle l'idée d'une plus grande subjectivité de la peine et par conséquent celle d'une plus forte "connexion" sur le délinquant. Alors qu'il était un simple "objet" (objet du procès, objet de la peine), il tend à devenir aujourd'hui un véritable acteur du processus pénal (§ 1) aussi bien en France qu'au Portugal.

Longtemps laissée pour compte au fur et à mesure que la reconnaissance des vertus de l'inquisitoire construisaient un système procédural continental distinct, la victime est également dans les deux pays la grande bénéficiaire de l'évolution juridique et est désormais un sujet de droits à part entière (§ 2).

Mais l'alliance nouvelle se veut en plus être une réconciliation, celle de tous, et entraîne la reconnaissance du groupe social comme partenaire (§ 3).

§ 1 • *La reconnaissance du délinquant comme acteur du processus pénal*

Cette tendance n'est pas étrangère aux travaux criminologiques qui tendent à parler du délinquant comme véritable acteur social, concept qui permet à l'approche dualiste de la criminologie de confluer dans une appréhension globale du phénomène criminel ³⁴.

Comme l'écrivait Mr. **Robert CARIO**, en rappelant l'heureuse formule de **J. FRANÇOIS**, l'acte délinquant "comme tout acte humain, produit socialement quelque chose" ³⁵.

La délinquance vue sous angle du "délinquant / acteur social" amène inéluctablement une gestion dans laquelle il convient d'incorporer le délinquant dans le processus pénal.

Cette incorporation est en symbiose avec le développement de l'individualisation judiciaire de la sanction dont l'idée peut être élargie aux réponses pénales conçues d'une manière globale (présententielles, sentencielles et post-sentencielles).

Beaucoup plus intégré dans le processus pénal le délinquant amène l'apprentissage d'une nouvelle communication dans laquelle sa participation est plus ou moins active.

Elle est plutôt passive lorsque, tout d'abord la connexion avec le délinquant se fait au niveau spatio-temporal et provoque un questionnement sur son histoire et son devenir (A). Se développe alors toute une panoplie d'enquêtes de personnalité mais aussi d'enquêtes sociales en France et au Portugal pour lesquelles les instances mandatées sont sollicitées.

En second lieu, la connexion peut déboucher sur un véritable échange, sur une justice davantage consensuelle qui souhaite une participation active du délinquant (B) s'exprimant à travers le déroulement du procès pénal mais aussi dans la peine.

A • Un acteur plutôt passif

Apparues pour la première fois en France à la fin du XIX^e siècle dans la justice des mineurs, les enquêtes de personnalité ont été étendues aux

³⁴ Notamment les travaux de Mr. **C. DEBUYST**, voir les Mélanges organisés en son honneur qui reprennent les travaux d'un Colloque international sur ce thème: *Mélanges Debuyt*, "Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale", Bruxelles, éd. P. Mardaga, 1990.

³⁵ **CARIO (R.)**, "Le délinquant, acteur social. Concept opérationnel en criminologie?" "R.S.C. 1991, p. 829.

majeurs par l'ordonnance du 4 juin 1960 (article 81 al. 6 du C.P.P.). D'après ce texte, le juge d'instruction ³⁶ peut faire procéder par les officiers de police judiciaire ou par des personnes habilitées par le Ministère de la justice, à des enquêtes sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale.

Dans un premier temps, ces enquêtes étaient surtout faites par des policiers en activité ou à la retraite, puis en 1983, les réformes procédurales allaient permettre aux personnes morales d'être désignées et donner la possibilité de les confier également aux contrôleurs judiciaires.

Mais ces investigations relatives à la personnalité qui sont ici longues et approfondies étaient malheureusement considérées comme facultatives, même si le code de procédure pénale les rendait obligatoires en matière criminelle. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation semblait constante depuis un arrêt de la chambre criminelle du 29 avril 1960 ³⁷ et ne sanctionnait pas par la nullité l'inobservation du caractère obligatoire du dossier de personnalité ³⁸.

Bien que critiquable, ce point de vue était compréhensible, dans la mesure où les enquêtes de personnalité ne visaient pas à rassembler des éléments sur la culpabilité de l'agent et que par conséquent, il ne pouvait y avoir dans cette inobservation des prescriptions légales, une atteinte aux droits de la défense.

La commission Justice pénale et droits de l'Homme avait préconisé de la rendre effectivement obligatoire en matière criminelle et en matière correctionnelle lorsque la peine encourue était au moins égale à 7 ans ³⁹.

La loi du 4 janvier 1993 qui pourtant a apporté des modifications considérables au régime des nullités, n'a pas fait de l'article 81 al. 6 une nullité textuelle.

Au Portugal, l'enquête de personnalité a une autre signification car ce qui la distingue foncièrement de l'enquête sociale, c'est qu'elle permet

³⁶ Le Procureur de la République peut aussi en avoir l'initiative. Cf. article 41 al. 5 du C.P.P. introduit par la loi du 2 février 1981.

³⁷ Crim. 29 avril 1960, *Bull. crim.* n.° 223.

³⁸ Cette position a été une fois de plus confirmée dans un arrêt du 7 novembre 1989.

³⁹ Voir en annexe la fiche n.° 16 sur les investigations relatives à la personnalité, p. 94 et s. du rapport définitif.

au juge de se prononcer entre autres sur l'intensité de la culpabilité du délinquant et lui permet donc de moduler la peine ⁴⁰.

On la nomme expertise de personnalité et elle fait partie dans le code de procédure pénale de la preuve par expertise à propos de laquelle le juge n'est pas lié d'après l'article 162 du C.P.P., mais doit motiver sa décision, s'il ne suit pas l'opinion des experts.

En raison des différents moments procéduraux où elle peut être sollicitée, peuvent avoir l'initiative de cette expertise, le Ministère public, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement ⁴¹.

Jusqu'au code de procédure, les enquêtes quelles soient de personnalité ou sociale étaient faites de manière officieuse par l'Institut de Réinsertion Sociale et un des objectifs du code était précisément de les définir les unes par rapport aux autres et de les réglementer.

Si l'expertise de personnalité est facultative en France comme au Portugal, ce n'est pas le cas des autres enquêtes sociales car les réformes de ces dernières années ont entendu leur donner une importance dans le

⁴⁰ Tableau comparatif entre l'expertise de personnalité et l'enquête sociale, telles quelles sont définies aux articles 160 et à l'article 1^{er} n.º 1 - g) et d'après un des documents de l'Institut de Réinsertion Sociale destinés aux travailleurs sociaux, I.R.S. avril 1988, 49 p.

	ENQUETE SOCIALE	EXPERTISE DE PERSONNALITÉ
OBJECTIF	Aider le tribunal ou le J.I. * dans la connaissance de la personnalité du prévenu ou de la victime	Aider le M.P.*, le J.I.* ou le tribunal dans sa décision (mainlevée de la D.P.* culpabilité de l'agent et détermination de la peine)
CONTENU	Éléments sur la personnalité, l'insertion familiale et socio-prof.	Éléments sur la personnalité et les caractéristiques psychiques non pathologiques
SUJET	Prévenu et/ou victime	Prévenu
ÉLABORATION	Services de l'I.R.S.	I.R.S., Instituts de Cie* autres spécialisés en Cie, Sociologie ou Psy*

M.P.*: Ministère Public, J.I.*: Juge d'instruction, D.P.*: Détention provisoire, Cie*: Criminologie, Psy*: Psychologique ou psychiatrique.

⁴¹ D'après les services de réinsertion sociale, les travailleurs sociaux peuvent également en avoir l'initiative et la solliciter au tribunal dès qu'ils ont été en relation de "clientèle" avec le délinquant (enquête sociale sur le prévenu ou suivi dans le cadre d'une mesure privative ou non privative de liberté).

cadre de certains moments procéduraux ou pour certaines catégories de personnes, importance qui parfois, d'ailleurs, n'est que symbolique.

En France, se sont développées un peu en marge des textes, dans un premier temps, les enquêtes sociales rapides au début des années quatre vingts.

Puis, la circulaire du 28 janvier 1985 leur a donné une base textuelle. Leur but était essentiellement de diminuer le recours à la détention provisoire et leur caractère facultatif les faisait dépendre du bon vouloir des parquets qui avaient évidemment peur d'un trop grand empiètement des travailleurs sociaux sur leur champ d'action et que ne soit quelque peu malmené le principe d'opportunité des poursuites.

Conscient de certaines pesanteurs institutionnelles, le Législateur, à l'image de ce qui était déjà prévu au niveau des mineurs avec les services éducatifs près des tribunaux pour enfants a profité d'une nouvelle réforme sur la détention provisoire (la loi du 6 juillet 1989) pour développer les enquêtes sociales rapides dans le cadre de la création des Permanences d'Orientation Pénale ⁴².

Pour le moment, d'après ce texte la saisine de la P.O.P. et l'enquête sociale qui s'ensuit, n'est obligatoire que pour les jeunes qui, âgés de moins de vingt et ans ⁴³ au moment des faits qui encourent une peine d'emprisonnement de moins de cinq ans.

Cette saisine a lieu avant toute réquisition du placement en détention provisoire par le Procureur de la République, y compris dans le cadre de la procédure de la comparution immédiate ou quand le juge d'instruction envisage une incarcération.

Au Portugal, l'enquête sociale rapide est en cours d'être instaurée comme on l'a déjà signalé avec la mise en place d'expériences pilotes. Ces enquêtes sont, bien évidemment, beaucoup moins approfondies que les enquêtes sociales réglementées dans le nouveau code de procédure pénale.

Elles sont par ailleurs obligatoires d'après l'article 370 n.° 2 du C.P.P. lorsqu'il s'agit d'un jeune de moins de 21 ans susceptible de se voir pronon-

⁴² Voir à ce sujet nos développements du chapitre 1 du titre 2 du Livre 1^{er}.

⁴³ La Commission Justice pénale et droits de l'Homme avait préconisé de rendre les enquêtes rapides obligatoires chaque fois qu'il était question de placer un individu en détention provisoire. Cette proposition formulée en septembre 1988 dans le rapport sur la détention provisoire, fut renouvelée dans le rapport définitif de la commission, cf. p. 94.

cer une peine non privative de liberté de plus de trois ans ou lorsqu'il risque de se voir appliquer une mesure alternative à l'emprisonnement qui nécessite un suivi de la part des travailleurs sociaux.

L'idée est donc ici la même qu'en France, il s'agit de manifester d'une manière symbolique toute l'importance de l'enquête sociale dans le cadre de la personnalisation judiciaire de la sanction et de la susciter pour le moment à l'égard d'une certaine catégorie de délinquants.

En dehors de cette hypothèse, l'enquête sociale peut être sollicitée aux services de l'I.R.S.⁴⁴, soit par le juge d'instruction ou la juridiction de jugement (art. 213, 308 n.º 4 et 370 n.º 1 du C.P.P.), soit par le Ministère public, ou encore par l'I.R.S. lui-même⁴⁵ (art. 370 n.º 3 du C.P.P.).

Mais si le développement des enquêtes de personnalité et sociales ne montrent qu'une participation indirecte de la part du délinquant dans l'administration de la justice pénale, on observe d'un autre côté une tendance à l'appréhender comme un acteur un peu plus actif.

En effet, la pratique qui semble s'instaurer en ce qui concerne des P.O.P. en France est, semble-t-il, de nature consensuelle puisque la déontologie, petit à petit suivie par les travailleurs sociaux, les amène à informer le prévenu de sa possibilité de refuser la mesure et à essayer de provoquer son consentement⁴⁶.

La même déontologie est suivie au Portugal par l'Institut de Réinsertion Sociale, mais il est vrai que l'idéal qui y est véhiculé au niveau de la relation de clientèle est bien révélateur d'une participation beaucoup plus active du délinquant dans la stratégie d'insertion. Les services centraux ont préconisé une relation personnelle et continue avec le délinquant de la part de leurs travailleurs sociaux.

Signalons également que la loi du 4 janvier 1993 est venue modifier les conditions dans lesquelles il est désormais permis aux parties et par conséquent à la personne mise en examen, de demander pendant l'instruction des enquêtes de personnalité au des enquêtes sociales⁴⁷. Cette demande doit être formulée par requête écrite et motivée. Le juge

⁴⁴ Ils sont exclusivement compétents pour élaborer les enquêtes sociales, alors que ce n'est pas le cas pour l'expertise de personnalité.

⁴⁵ Dans le cadre de prévenus placés en détention provisoire qui sont suivis par les services de réinsertion sociale.

⁴⁶ FAGET (J.), *Justice pénale et travail social, Le rhizome pénal*, op. cit., p. 75.

⁴⁷ Nouvel article 81 du C.P.P. tel qu'il résulte de l'article 24 de la loi du 4 janvier 1993 et dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 1993.

d'instruction est tenu, faute d'y procéder, de répondre par une ordonnance motivée susceptible d'appel dans un délai d'un mois. A défaut, le requérant peut directement saisir le président de la Chambre d'accusation.

L'enquête sociale ou de personnalité tend alors à déboucher sur une autre vision du délinquant: celle d'un véritable acteur du processus pénal.

B • Un acteur vraiment actif

Le délinquant apparaît comme un acteur vraiment actif quand la justice pénale elle-même se consensualise. Elle se consensualise au niveau de la procédure où il est de plus en plus fait appel au consentement du délinquant⁴⁸.

Ainsi en France, ce consentement était exigé pour différents actes accomplis pendant l'enquête préliminaire des services de police, dans le cadre de procédures simplifiées en matière contraventionnelle mettant en œuvre la technique de l'amende forfaitaire, dans le cadre de la procédure de comparution immédiate et dans le recours à la correctionnalisation judiciaire⁴⁹.

Notons au passage sur ce dernier point, que le nouveau code pénal de 1992 a élevé le taux de l'emprisonnement correctionnel à dix ans (article 131-4 du C.P.). Ce relèvement devrait a priori contribuer à diminuer la fréquence de cette pratique qui est contestée par beaucoup d'auteurs.

La procédure pénale portugaise est certainement beaucoup plus consensuelle qu'en France car le consentement du délinquant est considéré d'une manière plutôt globale et non pas uniquement ponctuelle.

Ainsi, le consensualisme est particulièrement dans la preuve et dans déroulement de la procédure.

La libre confession du délinquant prévue à l'article 344 du nouveau code de procédure pénale, a pour but de simplifier la procédure et crée une véritable césure.

Cet article est inspiré de la procédure anglo-saxonne du *guilty plea* ou *plea-bargaining* et ouvre ainsi un véritable espace de négociation qui s'op-

⁴⁸ Pour une étude de droit comparé sur ce thème, cf. **EKEU (J. P.)**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, éd. Cujas, 1992, vol. XII.

⁴⁹ Voir l'article de Mr. **Philippe SALVAGE**, "Le consentement en droit pénal", *R.S.C.* 1991, n.° 4, pp. 699-716.

pose au traditionnel espace de conflit dans lequel était rendue la justice pénale, du moins quand il s'agissait de majeurs.

Cette libre confession, intégrale et sans réserve, doit intervenir au début de l'audience de jugement ⁵⁰ et est réservée aux affaires simples touchant la petite délinquance ⁵¹.

Sa fonction est de considérer la production de la preuve des faits comme établie et, par conséquent, simplifie et accélère la procédure puisqu'à partir de là, la juridiction se prononce éventuellement sur son absolution ou détermine la peine applicable (article 344 n.º 2 – a et b du C.P.P.) en recourant éventuellement à l'enquête sociale qui peut être demandée à tout moment de l'audience de jugement (article 370 n.º 1 du C.P.P.).

L'avantage immédiat pour le délinquant est qu'il voit ainsi les frais de justice réduits de moitié.

En France la Commission Justice pénale et droits de l'Homme avait proposé de simplifier la procédure lorsque le délinquant plaidait coupable ⁵², à l'image du droit portugais et des autres exemples de droit comparé. Mais elle n'a pas été suivie pour le moment sur ce point.

Le consentement du délinquant peut avoir aussi des répercussions à la fois sur la procédure et la mesure prise à son encontre. C'est le cas en France depuis que la loi du 6 juillet 1989 qui a introduit l'ajournement avec mise à l'épreuve qui suppose la présence de l'intéressé et son adhésion à la mesure. De même pour l'ajournement avec injonction qui est une des innovations du nouveau code pénal de 1992.

Mais c'est surtout du côté de la peine que le consensualisme illustre un changement d'horizon et démontre combien la relation vis-à-vis du délinquant s'intensifie.

Autrefois, il était inconcevable que la volonté de l'intéressé puisse avoir un effet quelconque sur la sanction qui lui était infligée. En effet,

⁵⁰ Du moins c'est la position de Mr. **Manuel LOPES MAIA GONÇALVES** dans son commentaire de l'article 344 du code de procédure pénale (note 5) et qui nous apparaît cohérente. Cf. *Código de processo penal anotado*, op. cit., p. 411.

⁵¹ Cette procédure est réservée d'après l'article 344 n.º 3 du C.P.P. aux délinquants poursuivis pour une infraction passible de trois ans d'emprisonnement au plus. Par ailleurs, cette procédure n'est applicable que s'il n'y a qu'un auteur de l'infraction ou en cas de co-auteurs si tous ont librement confessé les faits de manière cohérente.

⁵² Voir fiche n.º 2 en annexe, p. 51 et s. du rapport définitif.

étant infligée par la puissance publique dans l'intérêt de tous, celle-ci allait forcément à l'encontre de la volonté du délinquant. Or, aujourd'hui il intervient d'une certaine façon dans le choix de la peine.

Ainsi, le travail d'intérêt général suppose en France comme au Portugal, pour qu'il soit prononcé par le tribunal, l'accord du condamné pour éviter, il est vrai, de tomber sous le coup de l'interdiction du travail forcé posée par différentes normes internationales⁵³.

Le consentement du délinquant est requis de la même manière parfois au stade de l'exécution de la peine, soit d'une façon tacite, soit d'une façon expresse.

Il est tacitement requis pour le succès de certaines mesures alternatives comme par exemple le sursis simple ou le sursis probatoire.

En France, la libération conditionnelle du délinquant est depuis longtemps subordonnée à l'assentiment du condamné⁵⁴.

Au Portugal, le régime de la libération conditionnelle lui-même ne prévoit pas expressément comme en France cette adhésion du condamné aux mesures.

Par contre, dans le cadre de la peine relativement indéterminée et dans le cadre de la probation, un plan individuel de réadaptation sociale doit être obligatoirement élaboré, pour lequel les services de réinsertion sociale sont sollicités.

D'après les articles 54 et 90 du code pénal, le délinquant doit être informé du contenu de ce plan et chaque fois qu'il est possible, il convient d'obtenir son accord.

Dans la mesure où également dans le cadre de la libération conditionnelle, le nouveau code de procédure pénale prévoit la possibilité d'un plan individuel de réadaptation (article 480 n.º 1 du C.P.P.), on peut penser que les dispositions générales des textes du code pénal soient applicables et postuler l'accord du condamné.

⁵³ Dont l'article 4 § 2 de la C.E.S.D.H. C'est certainement pour des raisons de compatibilité avec les normes internationales, que le projet de révision du code pénal portugais prévoit également un consentement de la part du condamné, lorsque le travail au profit de la communauté substitue l'amende impayée. D'après l'article 48 n.º 1 du projet, cette modalité d'exécution n'est possible qu'à la demande expresse des justiciables.

⁵⁴ Voir l'article D. 531 du C.P.P.: "Tout condamné a la faculté de refuser son admission à la libération conditionnelle, en sorte que les mesures et les conditions particulières qu'elle comporte à son égard ne peuvent s'appliquer sans son consentement".

Sans doute les textes sont plus explicites au Portugal quant au régime de la semi-liberté. En effet, l'article 45 n.º 1 du code pénal prévoit dans ce cas l'accord exprès du délinquant sans lequel la sanction qu'est en droit portugais le régime de la semi-liberté, ne peut pas être appliquée.

La perspective est identique en droit français, en vertu de l'article D. 139 du C.P.P.⁵⁵ qui suppose qu'une telle institution ne puisse s'appliquer qu'à ceux qui y consentent expressément.

Quant au travail pénitentiaire, il dépend aussi en France comme au Portugal, du consentement du condamné. Là encore, les dernières réformes sont allées dans le sens du consensualisme, en posant le principe de l'accord du condamné, pourrait-on dire à l'inverse de ce qui était autrefois la règle, à savoir le caractère obligatoire du travail pour les prisonniers.

Ainsi, en France la loi du 22 juin 1987 a modifié l'article 720 du code de procédure pénale et réserve désormais le travail pénitentiaire à ceux qui le souhaitent⁵⁶.

Le décret-loi n.º 265/79 du 1^{er} août 1979 a également considérablement nuancé au Portugal le caractère obligatoire du travail en prison: il définit ses modalités et parle d'un devoir au travail dans son article 64. Le consentement du condamné est expressément requis lorsqu'il s'agit de travaux exécutés pour le compte du secteur privé.

Par ailleurs, l'article 63 n.º 4 dispose qu'à chaque détenu apte au travail, l'on doit donner l'opportunité, avec son consentement, de fréquenter des cours de formation et de perfectionnement professionnels, de changer d'occupation ou de profession ainsi que la possibilité de participer à d'autres formes d'instruction et de perfectionnement.

Pour terminer, toujours dans cette perspective de développement du consensualisme, soulignons dans les deux pays l'existence de procédures de médiation pénale qui nécessitent aussi bien le consentement du délinquant que celui de la victime.

⁵⁵ D'après cet article du C.P.P.: "Les condamnés admis au régime de semi-liberté s'engagent à respecter les règles générales et spéciales dont ils reçoivent communication".

⁵⁶ A propos de la loi du 22 juin 1987, cf.:

SYR (J. H.) "Politique pénitentiaire et privatisation: la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire", *Dalloz* 1987, p. 135 et s.

COUVRAT (P.) "Quelques réflexions sur la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire", *R.S.C.*, p. 925 et s.

Ainsi, le nouveau code de procédure pénale a introduit au Portugal une modalité nouvelle, la suspension provisoire du procès, qui a lieu à l'initiative du Ministère public avec l'accord du juge d'instruction.

D'après l'article 281 du C.P.P., pour que cette procédure soit possible, il faut le consentement de l'inculpé mais aussi celui de l'assistant. La suspension du procès est assortie d'obligations qui peuvent d'ailleurs donner lieu à un suivi de la part des services de réinsertion sociale. Parmi ses obligations on figure l'indemnisation de la victime. A l'expiration d'une durée qui peut atteindre deux ans, l'affaire sera définitivement classée si les règles de conduite ont été respectées.

En France, la médiation pénale était pratiquée depuis longtemps lorsque la loi du 4 janvier 1993 est venue l'institutionnaliser. Ainsi, le Procureur pourra avec l'accord des parties et avant l'exercice des poursuites, recourir à une médiation si la mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage, de mettre fin au trouble causé par l'infraction et de contribuer au reclassement.

Avec la médiation pénale on se situe à un point stratégique du système de politique criminelle. Au carrefour du réseau pénal et du réseau de médiation (procédure de diversion), au carrefour des relations entre le délinquant et la victime. Et s'il s'agissait d'un retour aux sources du droit pénal, d'une réminiscence de la sagesse des temps passés où l'Homme – les hommes – et la mère nature était beaucoup plus intimement reliés?

§ 2 • *La reconnaissance de la victime comme sujet de droits*

Une des premières formes d'administration de la justice pénale était la composition pécuniaire désignée par le terme *poena* en latin venue du grec *poinë* et qui donna en français le mot peine (*pena* en portugais). C'était le rachat par la victime de la vengeance privée, rachat qui était imposé par l'État.

Aux origines du droit pénal, la relation était donc duale et opposait l'offensé (la victime) à l'offenseur (le délinquant)⁵⁷. Or, dans la conception classique du droit pénal, dans la mesure où elle réservait le droit de

⁵⁷ Voir DELMAS-MARTY (M.) "Des victimes: repères pour une approche comparative", R.S.C. 1984, p. 209-223.

punir a l'État ⁵⁸, la victime était exclue du jeu de relations qui restaient duales mais dans lequel l'État lui était substitué.

Les transformations de ces dernières années tendent à redonner à la victime une place importante dans le processus pénal. Elle est devenue un sujet de droits qui, à ce titre, a petit à petit acquis une pleine reconnaissance.

En France et au Portugal, la victime se voit donc reconnaître le droit à la répression (A) ou à la non répression qui prend la forme d'un pardon de la victime (B), mais aussi un droit à la réparation (C).

A • Le droit à la répression

Même si l'action principale du procès pénal est l'action publique qui est exercée par le Ministère public au nom de l'État, l'action accessoire qu'est l'action civile et qui a pour but la réparation du dommage, confère aussi des prérogatives répressives à la victime.

Ainsi, en France puisque dès l'article 1^{er} du code de procédure pénal, la partie lésée est visée comme ayant à côté du Ministère public, la faculté de déclencher l'action publique.

Sont titulaires de l'action civile, les personnes physiques ou morales ayant personnellement souffert d'un dommage directement causé par l'infraction. Dans le cas des associations, la possibilité d'agir comme partie civile pour la défense d'un intérêt collectif existe mais son régime est assez disparate ⁵⁹.

⁵⁸ Conception où on retrouve l'influence de la pensée de **BECCARIA**: "Quelquefois on s'abstient de punir un délit peu important lorsque l'offensé pardonne. C'est un acte de bienfaisance, mais un acte contraire au bien public. Un particulier peut bien ne pas exiger la réparation du mal qu'on lui a fait; mais le pardon qu'il accorde ne peut détruire la nécessité de l'exemple. Le droit de punir n'appartient à un citoyen en particulier; il appartient aux lois qui sont l'organe de la volonté de tous. Un citoyen offensé peut renoncer à sa portion de ce droit mais il n'a aucun pouvoir sur celle des autres.", *Des délits et des peines*, § XX.

⁵⁹ Voir nos développements du § 3 de cette même section.

Sur la place grandissante de l'action civile des associations, cf.

MESTROT (M.), *Action associative et justice pénale*, Thèse de Doctorat en droit nouveau régime, Université de Bordeaux, 1992, p. 148 et s.

La commission Justice pénale et droits de l'Homme avait proposé dans son rapport définitif, d'unifier le régime applicable aux associations, en simplifiant leurs conditions d'accès à la justice pénale, cf. fiche n.º 1, pp. 46-50.

La loi du 4 janvier 1993 est venue clore une évolution favorable à la victime dans le sens d'une reconnaissance comme partie au procès au même titre que la personne mise en examen.

Elle se situe dans le droit fil de la loi du 8 juillet 1983 qui renforçait la position de la victime dans le procès pénal tout en inaugurant l'ère de l'aide aux victimes ⁶⁰. L'un des objectifs de cette loi était de faciliter les formalités de constitution de partie civile (article 420-1 du C.P.P.)

Ainsi, certains droits de la défense placent désormais partie civile et partie poursuivie sur un pied d'égalité. La partie civile ne peut être, par exemple, entendue qu'en présence de son avocat, à moins qu'elle n'y renonce expressément. Celui-ci est convoqué cinq jours ouvrables avant l'audition ou l'interrogatoire.

En ce qui concerne le dossier, il est mis à la disposition de l'avocat quatre jours ouvrables avant le premier interrogatoire ou la première audition. Par ailleurs, et c'est une innovation importante de la loi du 4 janvier 1993, la partie civile a droit à une communication permanente du dossier (article 114 nouveau du C.P.P.).

Elle peut également demander diverses mesures d'instruction, par requête écrite et motivée: enquêtes sociale et de personnalité (article 81 nouveau du C.P.P.), auditions, interrogatoires, confrontations, transports sur les lieux, production de pièces (article 82-1 du C.P.P.), expertises ou contre-expertises (article 156 nouveau du C.P.P.).

Tout comme il a été précédemment signalé, le juge d'instruction est tenu de répondre à ces demandes par une ordonnance motivée dans un délai d'un mois, s'il ne procède pas aux mesures. Si elle est rendue, cette ordonnance est susceptible d'appel (article 186-1 al. 1^{er} nouveau du C.P.P.). La partie civile pourra, à défaut et une fois le délai passé, saisir directement le Président de la Chambre d'accusation.

Celui-ci décide sans un délai de huit jours dès la réception du dossier, s'il y a lieu ou non de saisir la Chambre d'accusation par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible de recours (article 81 nouveau du C.P.P.) ⁶¹.

⁶⁰ Voir à propos de cette politique criminelle en faveur de la victime menée par Mr. **Robert BADINTER**, Garde des Sceaux, qui s'est traduite par le vote de la loi du 8 juillet 1983, **PRADEL (J.)**, "Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions", *Dalloz* 1983, chr., p. 241 et s.

⁶¹ Toutes ces dispositions concernant les droits de la défense sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 1993.

Au Portugal, le code pénal de 1982 accordait dès son préambule une importance spéciale à la victime ⁶². Il est vrai que le Portugal, bien avant que la préoccupation des droits de la victime ne se soit généralisé, connaissait des règles originales.

C'est notamment le cas du traditionnel personnage processuel qu'est "l'assistant" (*assistente*) qui était déjà sous l'ancien code de procédure pénal, un des acteurs du procès.

Ainsi, en droit portugais, les prérogatives répressives conférées éventuellement à la victime sont bien distinguées de ses prérogatives patrimoniales: ce sont les droits attachés à sa constitution en tant qu'"assistant".

Le concept de victime est alors double. Elle peut prendre le visage de l'offensé, qui d'après la définition légale donnée est considéré comme le titulaire des intérêts spécialement protégés par la loi pénale et violés par l'infraction. Mais elle peut aussi correspondre au lésé, c'est-à-dire la personne qui a subi des préjudices à la suite d'une infraction.

Si le lésé est titulaire de l'action civile et des prérogatives attachées au droit de porter plainte ⁶³, préalable nécessaire à la poursuite de certaines infractions, l'offensé est celui qui peut se constituer "assistant" ⁶⁴.

La personne lésée peut également se constituer "assistant", mais uniquement dans le cas des infractions dépendant du dépôt d'une plainte préalable ⁶⁵.

Quant aux prérogatives pénales de "l'assistant", comme la terminologie légale le laisse supposer, ce sont celles d'un collaborateur du Ministère

⁶² Cf. le n.º 17: "La victime devient désormais un élément, tout aussi digne, de la trilogie État-délinquant-victime" (traduction personnelle).

⁶³ Article 74 du nouveau code de procédure pénale et article 111 du nouveau code pénal.

⁶⁴ Article 68 n.º 1 du nouveau code de procédure pénale.

⁶⁵ La distinction faite entre le lésé et l'offensé est comode et ne donne pas lieu aux distinctions faites par la jurisprudence française à propos des personnes pouvant se constituer partie civile. De plus, les droits de la victime y gagnent. Comme disait Mr. **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS**, le nouveau code de procédure pénale "en traitant l'offensé comme un simple participant processuel et en faisant dépendre son rôle de sujet du procès de la constitution comme assistant, traite encore du formalisme nécessaire à une réalisation plus consistante et effective des droits de la victime". Cf. l'auteur: "Sobre sujeitos processuais no novo Código de processo penal", in *Jornadas de direito processual penal, O novo Código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 10.

public ⁶⁶. Ainsi, d'après l'article 69 n.º 2 du C.P.P. "l'assistant" est compétent pour:

a) – intervenir dans l'enquête et dans l'instruction, en fournissant les preuves et requérant les mesures qui s'avèrent nécessaires.

b) – déduire l'accusation indépendamment ⁶⁷ du Ministère public et, même si ce dernier ne le fait pas, dans le cas des procédures dépendantes d'une accusation privée.

c) – introduire un recours contre les décisions qui l'affectent, même si le Ministère public ne le fait pas.

En outre, "l'assistant" peut demander, une fois l'enquête terminée, lorsque le Ministère public décide de ne pas accuser, l'ouverture de l'instruction (article 287 n.º 1 – b) du C.P.P.).

Cette dernière disposition illustre bien la reconnaissance de "l'assistant" en tant que partie au procès pénal, mis sur un pied d'égalité, avec l'inculpé qui dispose de la même prérogative processuelle.

Signalons pour terminer que – toujours dans cette idée de droits de la défense des parties – "l'assistant" est obligatoirement représenté par un avocat. En cas de pluralité "d'assistants", un seul avocat les représente (article 70 n.º 1 du C.P.P.). Les dispositions du décret-loi n.º 387-B/87 du

⁶⁶ Voir l'article 69 n.º 1 du C.P.P. qui dispose: "Les assistants ont une position de collaborateur du Ministère public..." (traduction personnelle).

Cette position a d'ailleurs été particulièrement affirmée dans une affaire à propos de laquelle la Cour de Cassation (*Supremo Tribunal de Justiça*) s'est prononcée. Selon la Cour suprême, il ne faut pas admettre comme assistant, celui qui prétend démontrer l'innocence des prévenus et ceci nonobstant le fait que le Ministère public l'ait identifié dans l'accusation en tant qu'offensé. En effet, "il lui incombait d'être l'auxiliaire de ladite magistrature et de lui être subordonné dans son intervention, revenant à la défense, la position dans laquelle l'offensé prétendait se situer". Arrêt du 4 novembre 1987, cité in **TOLDA PINTO (A. A.)**, *O novo processo penal*, op. cit., p. 147.

⁶⁷ Il faut comprendre cette formule dans le sens de "outre le Ministère public". Du moins, c'est ce que pense à juste titre Mr. **TOLDA PINTO**, qui renvoie à la possibilité qu'a l'assistant dans le cas des infractions de nature publiques ou semi-publiques, d'ouvrir l'instruction (article 287 n.º 1 – b) du C.P.P.): in *O novo processo penal*, op. cit., p. 151, note (1).

29 décembre 1987 ⁶⁸ sont applicables à la victime qui entend se constituer “assistant” et qui ne dispose pas de moyens financiers suffisants.

Malheureusement il semblerait qu’en pratique, la justice portugaise, malgré l’attention portée par les textes à la situation de la victime/assistant, continue à l’envisager comme un élément important pour la preuve de l’infraction et non pas en tant qu’individu ayant des besoins précis nécessitant un appui spécial ⁶⁹.

Aujourd’hui la victime est considérée, aussi bien en France qu’au Portugal, comme une partie disposant de droits processuels et on l’assimile dans la mesure du possible aux autres parties: le Ministère public et la défense. Mais, elle peut utiliser également l’autre branche de l’alternative répression/non répression, à savoir: pardonner son offensé.

B • Le droit au pardon

L’idée du pardon, nous l’avons vu, sous-tend la politique pénale des deux pays qui vise à éviter le recours à l’emprisonnement. Plus ou moins intense est le pardon du juge judiciaire.

Mais le pardon de la victime peut-être plus ou moins puissant, puisqu’il aura pour effet de neutraliser le réseau pénal ou d’emprunter une autre réseau: celui de la médiation.

BECCARIA avait eu conscience de cette toute puissance du pardon de la victime. Pour lui, le pardon de l’offensé acte “de bienfaisance” est cependant un “acte contraire au bien public”.

“Le droit de punir n’appartient à aucun citoyen en particulier; il appartient aux lois, qui sont l’organe de la volonté de tous. Un citoyen offensé peut renoncer à sa portion de droit, mais il n’a aucun pouvoir sur celle des autres” ⁷⁰.

⁶⁸ Équivalent portugais de l’aide judiciaire. D’ailleurs, le régime de ce qui est appelé au Portugal “l’appui judiciaire” découle de la généralité des dispositions constitutionnelles qui prévoient le droit pour tous d’accéder à la justice (article 20 de la Constitution).

⁶⁹ Cf. la communication portugaise de Mme **Cristina DOMINGUES** et de Mr. **Luís NOGUEIRA** au huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, 21 août 1990: “Protection des droits de l’Homme des victimes de la criminalité et de l’abus de pouvoir”, *Documentação e direito comparado, B.M.J.* n.º 39-40, 1989, pp. 439-468.

⁷⁰ Extraits, op. cit.

Le pardon de la victime peut neutraliser le réseau pénal, lorsque la mise en oeuvre de l'action publique dépend du dépôt préalable d'une plainte. Il prendra la forme d'une renonciation de sa part à la rétribution de l'acte qui l'a offensé.

Ainsi, en France tout comme au Portugal, il existe des infractions pour lesquelles la plainte de la victime est nécessaire ⁷¹. La victime peut ainsi bloquer les poursuites pénales en ne portant pas plainte ou en se désistant une fois celles-ci engagées.

D'après l'article 6 alinéa 3 du C.P.P., ce désistement de la victime éteint l'action publique. C'était le cas autrefois pour le délit d'adultère, pour le délit d'abandon de foyer, d'enlèvement d'une mineure suivi du mariage avec son ravisseur. Aujourd'hui, c'est le cas essentiellement pour les atteintes à la vie privée (article 226-6 du nouveau code pénal de 1992), l'injure et la diffamation envers les particuliers (article 48-6° de la loi du 29 juillet 1881).

Assez rare en droit français, cette technique de la plainte préalable est beaucoup plus répandue au Portugal et le nouveau code pénal consacre quelques dispositions générales à ce sujet ⁷².

Ainsi, le droit portugais distingue entre les infractions publiques, semi-publiques et privées.

Les premières donnent au Ministère public une autonomie dans l'exercice de l'action pénale. Par contre, en ce qui concerne les infractions

⁷¹ Cette technique a d'ailleurs été préconisée par le Conseil de l'Europe comme une des possibilités de décriminalisation. Voir son rapport de 1980 sur la décriminalisation, op. cit., repris plus tard dans celui sur la simplification de la justice pénale, Strasbourg, 1987.

⁷² Articles 111 à 116 du code pénal de 1982. Normalement est titulaire du droit de porter plainte, nonobstant les dispositions contraires, la personne offensée. Par ailleurs, les prérogatives attachées à ce droit sont transmissibles, en cas de décès de son titulaire, à son conjoint survivant non séparé judiciairement, aux descendants et à défaut aux ascendants et collatéraux privilégiés. Ces mêmes personnes ont qualité pour porter plainte en cas d'incapacité de l'offensé, ainsi que son représentant légal. Par ailleurs, ce droit s'éteint au bout de six mois à partir du moment où son titulaire a eu connaissance des faits et de ses auteurs, de la date de son décès ou de son incapacité.

semi-publiques, la légitimité de l'action pénale dépend de la plainte préalable de la victime ⁷³ (personne offensée).

Quant aux infractions privées, l'action pénale va dépendre non seulement de la plainte préalable de la victime, mais aussi d'une accusation privée ⁷⁴.

En ayant la possibilité de renoncer à porter plainte, ou de se désister pendant l'instance, les victimes se sont vu reconnaître au Portugal, un droit au pardon assez étendu ⁷⁵. Une fois utilisée, cette possibilité est analysée

⁷³ Les dispositions spéciales du nouveau code pénal renvoient à cette nécessité de la plainte préalable pour toute une série d'infractions: art. 142 (offenses corporelles simples), art. 148 (offenses corporelles par négligence), art. 150 (offenses corporelles résultant d'interventions et de traitements médico-chirurgicaux), art. 152 n.º 2 (menaces à l'aide d'une arme), art. 155 (menaces contre les personnes), art. 158 (intervention et traitement médico-chirurgical arbitraire), art. 177 (pénétration dans un endroit fermé au public), art. 178 (divulgation de faits concernant l'intimité de la vie privée), art. 179 (enregistrements et photographies illicites), art. 180 (ingérences dans la vie privée d'autrui), art. 182 (violation du secret de la correspondance et des télécommunications), art. 196 (soustraction de mineurs), art. 197 et 198 (omission d'assistance matérielle à la famille), art. 199 n.º 2 (abandon du conjoint ou des enfants en danger moral), art. 201 (viol), art. 202 (viol d'une femme inconsciente), art. 203 (accouplement frauduleux), art. 204 (stupre), art. 205 (attentat à la pudeur avec violence), art. 206 (attentat à la pudeur sur une personne inconsciente), art. 207 (homosexualité avec des mineurs), art. 209 (relations sexuelles avec des détenus ou des personnes qui y sont apparentées). Pour tous ces délits sexuels la plainte est exigée soit de la part de la personne offensée, de son conjoint, des titulaires de l'autorité parentale, du tuteur ou du curateur. Art. 213 (outrage à la pudeur d'autrui), art. 214 (insémination artificielle sans le consentement de la femme), art. 224 (injures ou offenses contre les ministres de n'importe quel culte), art. 231 (destruction, endommagements ou soustraction de documents ou notes techniques lorsque les offensés sont des personnes privées), art. 282 (infractions commises contre un transporteur ou ses passagers), art. 302 (vol par nécessité d'aliments ou d'objets de peu de valeur), art. 303 (vol domestique), art. 308 (vandalisme), art. 311 (usurpation d'immeuble), art. 312 (altération des marquages des propriétés), art. 326 (faillite en raison de graves négligences), art. 347 (violation de confiance de la part des représentants du Portugal auprès d'États étrangers ou d'organisations internationales), art. 353 (offenses contre les représentants d'États étrangers ou d'organisation internationale), art. 354 (outrages contre des symboles étrangers), art. 433 (violation du secret par un fonctionnaire).

⁷⁴ Sont considérées dans le nouveau code pénal comme étant des infractions dépendant d'une accusation privée: la diffamation (art. 164), les injures (art. 165), la diffamation ou les injures avec publicité ou calomnies (art. 167), les offenses à la mémoire des morts (art. 169) et les injures à travers des offenses corporelles (art. 173).

⁷⁵ Le désistement n'est valable cependant qu'en première instance, tant que la décision n'a pas été rendue. Il existait des législations comme celle applicable aux chèques qui prévoyaient un régime plus souple de désistement pouvant se faire tant que la condamnation n'avait pas acquis autorité de la chose jugée. La jurisprudence a d'ailleurs considéré qu'il fallait appliquer le régime le plus favorable au prévenu en cas de conflit de lois dans le temps dans la mesure où les dispositions de l'article 2 n.º 4 du code pénal ne concernent pas uniquement les normes incriminatoires ou sanctionnatoires. Cf. l'arrêt de la Cour de cassation (*Supremo Tribunal de Justiça*) du 3 juillet 1985, *B.M.J.*, n.º 349, p. 249.

comme un empêchement à la mise en oeuvre de la responsabilité criminelle ⁷⁶.

Mais les tribunaux portugais ont estimé qu'il n'était pas possible d'assortir de conditions, le désistement de la plainte car une fois consenti par la victime, celui-ci produit tous ses effets ⁷⁷.

Cette jurisprudence est tout à fait compréhensible, puisqu'il s'agit de bien distinguer entre les modalités du pardon de la victime: le désistement de la plainte a pour effet de bloquer le réseau pénal. Au contraire, le pardon qui s'exprimerait sous conditions permet au couple délinquant / victime d'emprunter un autre réseau: celui de la médiation.

Si on laisse de côté les procédures de transaction qui sont à la disposition des victimes particulières que sont les administrations ⁷⁸, la médiation a longtemps en France fonctionné dans un cadre conceptuel incertain ⁷⁹.

Les premières expériences débutèrent en 1985 à Valence et furent le fruit du dynamisme personnel des magistrats qui les légitimaient dans le principe de l'opportunité des poursuites (art. 40 du C.P.P.). Par la suite, elles ont surtout exploité le cadre associatif de l'aide aux victimes.

Ces médiations qui sont le signe de la quête d'une justice non violente ⁸⁰ ne cessent de se multiplier, prenant la forme tantôt d'une médiation, conciliatrice judiciaire, d'une médiation-conciliatrice sociétale sous contrôle ou sans contrôle judiciaire ⁸¹.

Mais le type qui nous intéresse plus particulièrement est celui qui se présente en tant qu'alternative aux poursuites pénales et il est alors intéres-

⁷⁶ La conséquence de cette analyse est que si le prévenu accepte le désistement, il continue à bénéficier, selon la jurisprudence, de la présomption d'innocence. Voir l'arrêt de la cour d'appel d'Évora du 4 juin 1985, *B.M.J.*, n.° 350, p. 404.

⁷⁷ Cf. notamment l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 17 juillet 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, X, tomo 4, p. 166.

⁷⁸ Comme les Contributions indirectes (art. 1879 du code général des impôts), les douanes (art. 350 du code des douanes), les Eaux et Forêts (art. 105 du code forestier), la Direction du Commerce intérieur et des prix (art. 19 et 23 de l'ordonnance n.° 45.1484 du 30 juin 1945), et de l'autorité administrative chargée de la pêche en eau douce (art. 457 du code rural).

⁷⁹ **FAGET (J.)**, *Justice pénale et travail social. Le rhizome pénal*, op. cit., p. 53 et s.

⁸⁰ Pour reprendre l'expression de Mr le Procureur **Pierre TRUCHE** citée par Mme **Christine LAZERGES**, "Essai de classification des procédures de médiation", *A.P.C.* n.° 14, 1992, p. 17 et s.

⁸¹ **LAZERGES (C.)**, *ibid.*

sant de remarquer qu'une fois de plus les textes et/ou les pratiques ont tendance à se rapprocher en France et au Portugal.

En effet, nous avons déjà signalé que la loi du 4 janvier 1993 a légalisé la médiation pénale en France en ce qui concerne les majeurs et les mineurs ⁸².

Les textes relatifs aux majeurs ont, semble-t-il, consacré une médiation "retenue" selon la classification de Mme **Sophie ROJARE** ⁸³, dans la mesure où elle semble être interne au Ministère public, l'entremise d'un tiers n'apparaissant pas dans les textes.

Ainsi, le Procureur de la République peut avant sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation pénale. Ses conditions sont assez souples: il faut que la mesure soit susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction.

Or la circulaire d'application de la loi du 4 janvier 1993 explique bien qu'il ne s'agissait pas de remettre en cause les pratiques actuelles, mais de les conforter en leur donnant un cadre légal ⁸⁴.

En pratique, la médiation pénale fonctionne le plus souvent sous forme "déléguée", par le parque à une instance extérieure chargée de la gérer, la formule la plus répandue étant la délégation à une structure associative ⁸⁵.

En France, c'est donc une médiation-conciliatrice sociétale sous contrôle judiciaire qui semble dominer, illustrant un déploiement du réseau pénal ⁸⁶.

⁸² Art. 12-1 nouveau de l'ordonnance du 2 février 1945, entré immédiatement en vigueur et art. 41 nouveau du C.P.P., entré en vigueur le 1^{er} mars 1993.

⁸³ **ROJARE (S.)**, "Une politique criminelle participative: l'exemple de la participation des associations à la variante de médiation", *A.P.C.* n.º 10, 1988, p. 107 et s.

⁸⁴ Voir le 3.4 de la circulaire du 31 décembre 1992, publiée dans le numéro spécial de la Gazette du Palais sur la réforme du code de procédure pénale, p. 69.

La chancellerie avait diffusé en 1990 un document qui recommandait la participation des parquets avec des modèles types de convention. La tendance semble aller clairement dans le sens de la survivance d'une pluralité de modèles. Sur leur inventaire, cf. **FAGET (J.)**, *Justice et Travail social. Le rhizome pénal*, op. cit., pp. 56-72.

⁸⁵ **GUILBOT (M.)**, **ROJARE (S.)**, "La participation du public à la médiation", *A.P.C.* n.º 14, 1992, pp. 39-56. Les auteurs citent l'exemple de Pontoise représentant un système de médiation "retenue". A Bordeaux, la médiation pénale est "déléguée" à l'A.Re.S.C.J. (Association de réinsertion sociale et de contrôle judiciaire).

⁸⁶ Pour les mineurs, la loi du 4 janvier 1993 a prévu la possibilité de déléguer les mesures de médiation au service public de la protection judiciaire de la jeunesse, à une personne physique ou aux associations habilitées (nouvel art. 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945). Il est vrai que la médiation est conçue d'une façon beaucoup plus large et recouvre à la fois les procédures de diversion, de réparation à l'égard de la victime et de réconciliation communautaire.

Au Portugal, le nouveau code de procédure pénal a prévu la médiation pénale sous la forme de la suspension provisoire de la procédure (article 281 du C.P.P.)⁸⁷.

Cette procédure peut s'analyser comme un droit au pardon de la part de la victime puisque son assentiment est nécessaire. Elle a lieu pendant l'enquête dont est chargé le Ministère public avant que l'accusation ne soit déduite et peut déboucher, si les mesures prescrites sont accomplies, sur le classement définitif de l'affaire (article 282 n.º 3 du C.P.P.).

Les conditions légales portugaises sont beaucoup plus rigoureuses que l'actuel texte français, notamment au sujet des antécédents criminels et de la gravité des faits. La médiation pénale n'est concevable que pour des délinquants primaires et pour les infractions passibles d'une peine de prison de moins de trois ans ou d'une peine autre que l'emprisonnement.

Elle fonctionne par ailleurs, comme en France, en tant que véritable alternative aux poursuites pénales puisque d'après les textes, il faut l'existence d'une culpabilité réduite de l'individu concerné⁸⁸.

⁸⁷ D'après ce texte, la procédure peut être suspendue pendant un délai maximum de deux ans:

"1 – Si le crime est punissable d'une peine d'emprisonnement non supérieure à trois ans ou d'une sanction différente de l'emprisonnement, le Ministère Public peut décider, en accord avec le juge d'instruction, la suspension de la procédure, moyennant l'imposition d'injonctions et de règles de conduite à l'égard de l'inculpé, lorsque se vérifient les conditions suivantes:

- a) – Accord entre l'inculpé et l'assistant.
 - b) – Absence d'antécédents criminels de la part de l'inculpé.
 - c) – Il n'y a pas lieu d'appliquer une mesure de sûreté d'internement.
 - d) – Caractère réduit de la culpabilité; et
 - e) – Il est à prévoir que l'accomplissement des injonctions et règles de conduites réponde suffisamment aux exigences de prévention perçues dans l'affaire.
- 2) – Sont opposables à l'inculpé les injonctions et règles de conduite suivantes:
- a) – Indemniser le lésé.
 - b) – Donner au lésé une satisfaction morale adéquate.
 - c) – Verser une somme déterminée à l'État ou à des institutions privées de solidarité sociale.
 - d) – Ne pas exercer certaines professions.
 - e) – Ne pas fréquenter certains lieux ou endroits.
 - f) – Ne pas résider dans certains lieux ou régions.
 - g) – Ne pas accompagner, loger ou recevoir certaines personnes.
 - h) – Ne pas avoir en sa possession certains objets susceptibles de faciliter la commission d'une autre infraction.
 - i) – Tout autre comportement spécialement exigé dans l'affaire" (traduction personnelle).

⁸⁸ Sur les procédures de diversion, voir l'article de Mr. **José DE FARIA COSTA**, "Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXI, 1985, pp. 91-158.

Quant au système qui est prévu, il correspond tout à fait à un système de médiation “retenue”, gérée directement par le Ministère public qui apparaît comme le “médiateur entre la victime et le délinquant”. D’autant plus que la suspension provisoire du procès requiert l’autorisation du juge d’instruction⁸⁹ et que dans ce cas, le magistrat du Ministère public joue alors véritablement la fonction du médiateur, conçu comme “un tiers qui s’entremet”⁹⁰.

Mais en pratique, il n’est pas rare que le Ministère public fasse appel aux instances mandatées. Le texte de l’article 281 n.º 4 prévoit cette délégation aux services de réinsertion sociale. En fait, le rôle de médiateur est assuré par le technicien de l’Institut de Réinsertion Sociale qui a la charge du contrôle et du suivi de la mesure de médiation⁹¹.

Permettant d’emprunter le réseau de la médiation et de neutraliser le réseau pénal, le pardon de la victime postule la réparation de l’offense causée et ainsi l’apaisement du conflit.

Plus délicats sont les conflits qui présentent des difficultés particulières d’apaisement, pour lesquels une justice non violente semble désadaptée. Car la parole de la victime qui s’élève est beaucoup plus aiguë et oppose son droit à la réparation intégrale de l’offense.

⁸⁹ Cette autorisation a d’ailleurs été introduite après la décision du Tribunal constitutionnel en date du 9 janvier 1989 qui estima contraire à l’article 32 n.º 4 et 206 de la Constitution de la République portugaise, le projet initial où les mesures étaient décidées de manière autonome par le Ministère Public.

⁹⁰ Au risque de contredire la pensée de Mr. **Jacques FAGET** qui donne une définition de la médiation pénale comme étant exclusive des classements sous condition ou réparation. Cf. *Justice et travail social...*, op. cit., p. 56. Mais c’est oublier le rôle exercé par le Ministère Public portugais qui n’est pas réduit à une simple fonction de partie au procès. Voir nos développements du Livre 1^{er} Titre 2, chapitre 1.

De plus, une tendance bien ancrée dans la jurisprudence portugaise oblige le juge d’instruction à contrôler, non seulement l’opportunité de la suspension provisoire du procès, mais également les mesures applicables et leurs délais car elles peuvent atteindre les libertés fondamentales de la personne poursuivie et ce nonobstant son accord. Voir notamment l’arrêt de la cour d’appel de Coimbra du 26 juin 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, tomo 3, p. 109.

⁹¹ En pratique les mesures appliquées concernent la réparation du dommage causé à la victime. En 1992, 74 mesures d’accompagnement durant la suspension provisoire du procès ont été sollicitées par les tribunaux portugais, toutes délégations régionales de l’I.R.S. conduites. Pendant l’année 1990, 72 accompagnements avaient été sollicités et avant de décider la suspension provisoire du procès, 20 rapports sociaux avaient été effectués par les mêmes services. Voir en Annexes, Tableau n.º 10.

C • Le droit à la réparation

Le droit à la réparation dont se prévalent les victimes et qui tend à leur être reconnu, est plus qu'une simple indemnisation.

Bien que la victime n'ait pas été considérée lors des premiers pas de la défense sociale nouvelle, cet oubli fut réparé après que les travaux de la victimologie naissante dévoilèrent tous le processus de victimisation⁹².

L'idée d'une humanisation de la justice pénale allait de pair avec la volonté d'éviter autant que possible la victimisation secondaire qui touche le plus profondément l'offensé. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe a accordé une importance particulière à l'aide aux victimes⁹³.

La réparation due à la victime est alors englobée dans la pédagogie de la responsabilité préconisée par la Défense sociale nouvelle. Celle-ci met à la charge de l'auteur de l'infraction pénale, l'indemnisation de la personne lésée. De même, la sanction prend une nature de plus en plus indemnificatrice: dans bon nombre de mesures alternatives à l'emprisonnement, figure en France comme au Portugal, parmi les obligations mises à la charge du délinquant, le dédommagement de la victime⁹⁴.

⁹² Voir l'importance croissante qui fut donnée aux questions liées à la victime dans l'approche politico-criminologiste et notamment la révision du Programme minimum de défense sociale.

ANCEL (M.), "La révision du Programme minimum de Défense sociale", *R.S.C.*, 1983, p. 533 et s.

⁹³ Voir la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe "sur l'assistance à la victime et la prévention de la victimisation", C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985. De même, toujours sous l'égide du Conseil de l'Europe, la convention relative au dédommagement des victimes de violences de novembre 1983, approuvée en France par un décret n.° 90-447 du 29 mai 1990, *J.O.*, 1^{er} juin 1990, p. 6503.

⁹⁴ Au stade présentiel, nous avons déjà évoqué la médiation pénale comme procédure de diversion, mais il y a aussi, le contrôle judiciaire en France (art. 138-11, 138-15 et 138-16 du C.P.P.) et la liberté provisoire assortie de caution au Portugal (art. 197 du C.P.P.).

Au stade du jugement, l'indemnisation de la victime peut apparaître comme une obligation de l'ajournement avec mise à l'épreuve en France, de la probation au Portugal. De même en ce qui concerne le sursis probatoire en France et au Portugal. On retrouve également la réparation du dommage causé dans les conditions de la dispense de peine en France et au Portugal. L'admonestation portugaise suppose aussi pour qu'elle soit prononcée que le dommage ait été réparé. Nous avons également vu qu'en ce qui concerne la détermination du quantum de la peine au Portugal, le juge tient compte des efforts faits par le délinquant pour réparer les conséquences de l'infraction. Ces efforts peuvent donner lieu à une atténuation spéciale de la peine.

Au stade post-sentenciel, la libération conditionnelle du condamné est en pratique décidée par les tribunaux d'exécution des peines portugais, avec l'obligation de réparer ou d'indemniser la victime.

Le droit à réparation de la victime s'exprime tout d'abord à travers cette possibilité d'apparaître au procès pénal en tant que véritable partie active dont on tient compte à tous les stades de la procédure pour l'application des mesures pénales à l'égard de son offenseur, car elle est en principe créancière du dédommagement du préjudice causé par l'infraction.

Mais, cette politique criminelle d'incitation du délinquant à indemniser sa victime qui est menée dans une perspective de responsabilisation, tend à s'appliquer essentiellement dans le cadre de la petite et moyenne délinquance ⁹⁵.

En effet, l'originalité de la politique de l'aide aux victimes qui est menée dans les deux pays est de mettre parfois à la charge de l'État ou de la société civile cette indemnisation de l'infraction. Et parfois même, est ainsi reconnue à la personne lésée un droit à la réparation intégrale par la collectivité du dommage causé.

En France, le principe de l'indemnisation de la victime d'une infraction par l'État est apparu dans les lois du 3 janvier 1977, du 2 février 1981 et du 8 juillet 1983 ⁹⁶. Des C.I.V.I. (commission d'indemnisation des victimes d'infractions) ont été instituées dans le ressort de chaque T.G.I., juridictions à caractère civil qui statuaient en premier et dernier ressort sur

⁹⁵ Voir l'article de Mme **Anne d'HAUTEVILLE**, "L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions", *R.S.C.*, 1991, pp. 149-158.

Il semblerait qu'il y ait un consensus entre la tendance des tribunaux portugais qui assortissent souvent les différentes mesures de personnalisation des peines de l'obligation d'indemniser les victimes et leur volonté réelle d'un point de vue rétributif. Une enquête de victimisation menée par le Ministère de la Justice portugais en octobre-novembre 1989 parmi la population de Lisbonne et de ses alentours, âgée de seize et plus, montre que les personnes ayant été victimes d'une infraction ont, en général, tendance à préférer comme solution punitive l'indemnisation de la victime. Cf. *Inquérito de vitimação*, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, 1991. Cette enquête a fait l'objet de la communication de Mme **Maria Rosa DE ALMEIDA**. "Les relations entre victimes et système de justice criminelle au Portugal", lors de la Rencontre internationale de Bordeaux sur les dynamiques pénales ibériques, 2 et 3 avril 1992.

⁹⁶ A propos du régime qui était institué, cf.

COUVRAT (P.), "La protection des victimes d'infractions: essai d'un bilan", *R.S.C.* 1983, p. 577 et s.

CHARTIER (Y.), "L'indemnisation des victimes d'infractions pénales", *Gaz. Pal.*, 21 juin 1985.

d'HAUTEVILLE (A.) "Victimes mieux aidées, victimes mieux indemnisées: des perspectives nouvelles", *R.S.C.*, 1989, p. 172 et s.

une “aide” de l’État fondée sur une idée de solidarité et non pas de responsabilité ⁹⁷.

Par ailleurs, la loi du 9 septembre 1986 avait prévu un autre régime d’indemnisation des victimes de dommages corporels en raison d’actes terroristes, cette fois-ci sur la base d’un Fonds de garantie d’attentats ⁹⁸.

La disparité de régime des dispositifs législatifs selon que l’indemnisation était supportée par l’État ou par les assurances – assurés –, s’est vite avérée choquante surtout pour les victimes d’infractions violentes.

En effet, si ces infractions étaient de “droit commun”, il y avait pour accéder à “l’aide” accordée par les C.I.V.I., des conditions de nationalité ⁹⁹, de reconnaissance du préjudice (principe de subsidiarité) et un plafonnement de l’indemnité pouvant être octroyée ¹⁰⁰. Ces conditions n’étaient pas requises si l’infraction était une infraction terroriste, le principe étant celui d’une réparation intégrale et immédiate du préjudice subi ¹⁰¹.

Devant ces disparités qui étaient dénoncées, la Chancellerie avait, à la fin de l’année 1989, institué un groupe de travail qui proposa d’unifier les deux régimes d’indemnisation ¹⁰².

⁹⁷ Selon l’avis du Trésor Public qui était défendeur dans la procédure, cf.

d’HAUTEVILLE (A.), “L’esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d’infractions”, *ibid.*, p. 154.

⁹⁸ Qui prenait modèle sur le Fonds de garantie automobile et sur la loi du 5 juillet 1985 et qui prévoyait une réparation intégrale et rapide des victimes de la délinquance routière.

⁹⁹ En effet, seules les personnes de nationalité française ou celles qui justifiaient “soit qu’elles sont ressortissantes d’un État ayant conclu avec la France un accord de réciprocité... soit qu’elles sont titulaires de la carte de résident “pouvaient se voir octroyer” l’aide “de la part des Commissions d’indemnisation. Cette discrimination fondée sur la nationalité a donné lieu à une consultation de la Cour de justice des Communautés européennes, suite à une affaire concernant un touriste belge poignardé sur les Champs-Élysées, dont la C.I.V.I. de Paris était saisie. La Cour estima que les limitations de l’article 706-16 du C.P.P. français étaient contraires au principe de non discrimination pour les ressortissants de la C.E.E. Voir l’arrêt Cowan de la Cour de justice des Communautés européennes du 2 février 1989, *Droit pénal*, 1989, n.° 88.

¹⁰⁰ L’indemnisation était plafonnée à un montant fixé par décret. Le plafonnement était passé de 190 000 francs en 1980 à 400 000 francs en 1986.

¹⁰¹ En ce qui concerne les victimes des infractions “de droit commun”, une étude menée par le CESDIP auprès du Tribunal de Nanterre en 1986, montre à propos des victimes s’étant constituées parties civiles, que 12% d’entre elles ont obtenu une réparation dans l’année qui suit le procès pénal et seulement 6% une réparation intégrale. 20% des victimes informées de leurs droits font une demande d’indemnisation à l’État. Chiffres cités par **Anne d’HAUTEVILLE**, “Victimes mieux aidées, mieux indemnisées: des perspectives nouvelles”, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰² A propos de ce groupe de travail, des règles qu’il proposait ainsi que la genèse de la loi du 6 juillet 1990, cf. la chronique de Mrs. **Jean-Michel GUTH** et **Albert MARON**, “La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d’infractions violentes”, *Droit pénal*, mai 1991, p. 1 et s.

Finalement, la loi du 9 juillet 1990 allait procéder simplement à une unification partielle des règles ¹⁰³.

En premier lieu, la charge d'indemniser est transférée à la société civile puisque c'est le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions qui est à la fois défendeur à l'action devant les C.I.V.I. et organisme payeur.

En ce qui concerne les conditions d'indemnisation, l'unification des régimes concerne essentiellement les victimes d'infractions ayant causé des dommages corporels graves. Le principe est celui de l'indemnisation intégrale et immédiate du préjudice.

Ainsi, dès le lendemain de l'infraction, la victime française ou étrangère ¹⁰⁴ peut saisir la C.I.V.I. d'une demande d'indemnisation qui n'est plus plafonnée. Par ailleurs, il n'est plus exigé de démontrer un trouble grave dans les conditions de vie et la preuve que la victime ne peut obtenir à un autre titre une indemnisation effective et suffisante.

La seule restriction qui est conservée est celle du refus possible d'indemniser ou de réduire son montant, en raison de la faute de la victime ¹⁰⁵.

Cette possibilité de refus ou de réduction est aussi applicable pour les autres infractions qui peuvent donner lieu à une indemnisation exceptionnelle et limitée de la part des Commissions d'indemnisation. Il s'agit des infractions ayant causé des préjudices corporels légers (incapacité totale de travail inférieure à un mois) pour lesquels rien n'était prévu autrefois

¹⁰³ Le régime unifié est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1991 et a été complété par le décret d'application n.º 90-1211 du 30 décembre 1990, modifiant les articles R.50-9 à R.50-28 du C.P.P. ainsi que les articles R.422-1 et autres du code des assurances.

A propos de la réforme voir outre les articles des auteurs précités:

COUVRAT (P.), "La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infraction", *A.L.D.* 1990, p. 143 et s.

¹⁰⁴ L'actuel texte de l'article 706-3 du C.P.P. est allé beaucoup plus que la jurisprudence Cowan, puisque pour que les victimes étrangères puissent bénéficier de l'indemnisation, il faut que les faits ayant causé des dommages corporels graves soient commis sur le territoire français et que la victime soit ressortissante d'un État de la C.E.E. ou, sous réserve des traités et accords internationaux, en séjour régulier au jour des faits ou de la demande.

¹⁰⁵ Article 706-3 dernier alinéa. Le texte précédent était imprécis et avait donné lieu à des difficultés d'application et même à des solutions choquantes. D'après l'ancienne formule pouvait ainsi être réduite ou refusée l'indemnisation "en raison du *comportement* de la personne lésée lors de l'infraction ou *de ses relations* avec l'auteur des faits". C'est ainsi qu'une jeune auto-stoppeuse, violée par des automobilistes et ayant obtenu une indemnisation par la Cour d'assises, avait vu son montant réduit ensuite par une C.I.V.I.

ainsi que certaines atteintes aux biens (vol, escroquerie et abus de confiance).

En ce qui les concerne, le régime antérieur a été conservé, à savoir le principe de subsidiarité. La victime devra démontrer qu'elle est dans une situation matérielle grave et que l'auteur de l'infraction est inconnu ou insolvable.

L'article 706-14 du C.P.P. a également été élargi quant au plafond des ressources pour pouvoir obtenir l'indemnité et quant à son montant maximum ¹⁰⁶.

Au Portugal, le nouveau code de procédure a opté pour le principe de l'adhésion obligatoire à l'action publique de la demande d'indemnisation par le lésé sauf exception (articles 71, 82 et 377 du C.P.P.) ¹⁰⁷.

Tout comme en France, il est prévu dans le code pénal de 1982, un droit à réparation du préjudice causé par l'infraction dont peut se prévaloir la victime, à l'encontre de la collectivité en cas de défaillance de la part du délinquant.

Ainsi, l'article 129 n.° 1 du code pénal pose ce principe et renvoie à une législation spéciale qui devait créer une assurance sociale.

Un projet de loi ¹⁰⁸ avait été déposé à l'Assemblée de la République qui privilégiait la réparation subsidiaire par l'État par rapport à celle de la société civile. Ce projet était basé sur l'idée d'une responsabilité de l'État qui n'avait pas été en mesure d'assurer la protection des citoyens à travers ses institutions policières et judiciaires, institutions pour lesquelles la victime contribuait financièrement. Malheureusement, il n'a pas pu aboutir.

La question de l'indemnisation des victimes d'infractions pénales en général a été l'objet d'études au sein d'une commission désignée par le Ministre de la Justice. Son but était de préparer un projet de loi, compte tenu de l'encadrement établi par l'article 129 du code pénal.

¹⁰⁶ La référence est celle des ressources pour bénéficier de l'aide judiciaire partielle et non plus totale. Le montant maximum de l'indemnité est du triple de ce plafond (15 750 francs en mai 1991).

¹⁰⁷ Il s'agit de l'hypothèse où l'action publique dépend du dépôt d'une plainte préalable ou d'une accusation privée. Dans ce cas, la demande d'indemnisation introduite séparément par la victime devant la juridiction civile équivaut à une renonciation à porter plainte ou à accuser (article 72 n.° 2 du C.P.P.).

¹⁰⁸ Projet de loi n° 428/III publié au *Diário da Assembleia da República*, II série, 16 janvier 1985. Il visait la création de mesures tendant à renforcer la protection due aux citoyens victimes d'infractions.

En effet, tant que cette législation n'est pas promulguée, le code pénal avait prévu un système d'indemnisation subsidiaire de la victime d'infraction en général par l'État selon des modalités assez originales.

L'article 129 n.º 2 prévoit que le tribunal pourra allouer au lésé, sur requête de sa part et jusqu'à concurrence du dommage occasionné, les objets déclarés perdus au profit de l'État ou le produit de leur réalisation ainsi que le prix ou la valeur correspondant aux avantages découlant de l'infraction, payés à l'État ou transférés à son profit ¹⁰⁹.

Par ailleurs, le n.º 3 de l'article 129, donne la possibilité aux tribunaux d'attribuer à la victime sous certaines conditions et dans la limite du préjudice subi, la valeur totale ou partielle de l'amende due par le délinquant.

Il faut que le dommage occasionné par l'infraction soit grave et qu'il fasse tomber le lésé dans le besoin et qu'il soit probable que le délinquant ne le réparera pas.

Le code pénal portugais consacre ainsi un régime transitoire dans lequel est affirmée d'une manière générale la réparation subsidiaire par l'État du dommage causé par l'infraction. En effet, on ne distingue pas ici comme en France, selon la nature des infractions ou des préjudices. Aucun plafonnement n'est institué, en ce qui concerne le montant de l'indemnisation qui peut être obtenue.

Par ailleurs, la jurisprudence, en ce qui concerne l'application de l'article 129 n.º 2 a estimé que la requête présentée par la victime n'est pas subordonnée à la preuve de l'exécution préalable de la sentence. Il suffit que le dommage n'ait pas été réparé par le délinquant ¹¹⁰. Le principe

¹⁰⁹ L'article 107 du code pénal dispose: "1 - Seront déclarés perdus au profit de l'État les objets qui servent ou qui sont destinés à commettre une infraction, ou qui en sont le produit, lorsque de par sa nature ou les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis, la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public ont été mis en péril, ou lorsque ces objets comportent le risque d'être utilisés pour commettre de nouvelles infractions" (traduction personnelle).

Ce texte a donné lieu à une abondante jurisprudence, surtout en ce qui concerne l'appréhension des véhicules. Ainsi, la Cour de cassation (*Supremo Tribunal de Justiça*) a estimé que le prévenu qui était condamné pour avoir transporté des armes prohibées dans son véhicule, pouvait voir déclarer perdu au profit de l'État, son véhicule comme instrument du crime. Voir l'arrêt du 11 mai 1983, *B.M.J.*, n.º 327, p. 458.

De même pour le véhicule dans lequel la victime a été transportée à un endroit où elle a été abattue. Arrêt du 15 juin 1983, *B.M.J.*, n.º 328, p. 355.

¹¹⁰ Voir l'arrêt de la cour d'appel de Porto du 12 février 1986, cité in **Manuel de OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES** et **Manuel José CARRILHO DE SIMAS SANTOS**, *O código penal de 1982*, vol. 1, Lisboa, Rei dos Livros, 1986, p. 666.

de subsidiarité est compris d'une manière beaucoup moins contraignante qu'en France.

Cependant, cette indemnisation n'est pas selon la doctrine fondée sur une quelconque responsabilité de l'État ¹¹¹.

Mais le droit portugais, connaît également des régimes de réparation immédiate et intégrale de la part de l'État ou de la société civile.

Ainsi, une protection spéciale est accordée aux victimes d'actes terroristes ¹¹². Le décret-loi n.º 324/85 du 6 août 1985, prévoit le paiement d'une indemnisation aux fonctionnaires, civils ou militaires qui, dans l'exercice de leurs fonctions ou en raison de leurs fonctions, ont été victimes d'actes criminels, à caractère d'intimidation ou de représailles, portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté ou aux biens patrimoniaux de valeur considérable.

Par résolution du conseil des Ministres, l'indemnité sera accordée au cas par cas. Celle-ci peut également être versée à la famille ou à des personnes à la charge du fonctionnaire qui ont été victimes de l'acte criminel.

Ce régime est également applicable aux jurés, lorsque dans l'exercice de leurs fonctions, ou en raison de leur fonctions, ils ont été victimes d'actes criminels, perpétrés par des associations criminelles ou des organisations terroristes, aux fins d'intimidation ou de représailles ¹¹³.

Pour ce qui concerne les victimes d'infractions routières, le système d'indemnisation prévu est pratiquement identique à celui de la France depuis que le décret-loi n.º 522/85 du 31 décembre 1985 a institué un régime d'assurance obligatoire, avec un Fonds de garantie automobile (article 21 à 28).

La tendance est manifeste en France, d'une reconnaissance du droit à réparation effective qu'à la victime éventuellement supportée par la société civile. C'est l'illustration d'une ouverture croissante du réseau pénal du côté des instances sociétales (victime et groupe social). Lorsque la politique criminelle, n'est plus seulement répressive mais devient de plus en plus réparatrice et participative.

¹¹¹ Voir dans ce sens des auteurs comme Manuel de OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES et Manuel José CARRILHO DE SIMAS SANTOS, *ibid.*, p. 665.

¹¹² Voir la communication de Mme Otilia VEIGA au huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, "Mesures contre le terrorisme international. Traitement juridique du terrorisme au Portugal", *Documentação e Direito Comparado*, n.º 39/40, Lisboa, 1989, pp. 365-377.

¹¹³ Voir l'article 15 du décret-loi 387-H/87 du 29 décembre 1987.

§ 3 • *La reconnaissance du groupe social comme partenaire*

L'indemnisation des victimes d'infractions pénales, dans la mesure où elle accuse, nous venons de le voir, une nette tendance à faire supporter à la société civile la réparation du dommage en cas de défaillance du délinquant, est le signe manifeste d'une association de plus en plus poussée des instances sociétales à la politique criminelle.

Même si le degré d'ouverture du réseau pénal n'est pas exactement le même en France et au Portugal, le groupe social apparaît de plus en plus, dans les deux pays, comme un partenaire privilégié.

En effet, il se manifeste de plus en plus en amont et en aval de la réponse pénale, de l'aide aux victimes à l'exécution de la peine, en passant par toutes les interventions au stade présentiel déjà signalées. Si bien que certains parlent de privatisation de l'action pénale ¹¹⁴ ou de politique criminelle participative ¹¹⁵ dans laquelle les instances sociétales sont à la fois partenaires dans les politiques solidaristes d'intégration du délinquant et partenaires dans la répression des infractions.

Or, cette dernière a longtemps été considérée comme un monopole traditionnel de l'État. Et pourtant, en France, cette tradition n'est pas aussi évidente. En effet, la part d'initiative privée dans le déclenchement de l'action répressive était plutôt forte sous l'ancien régime et au début du XIX^e siècle, et la suprématie du Ministère public en la matière ne s'est affirmée qu'au Second Empire avec le renforcement des forces de police ¹¹⁶.

La participation aujourd'hui en pleine expansion des groupements dans la mise en oeuvre de la sanction pénale, n'est pas aussi choquante qu'il y paraît, même si le législateur et la jurisprudence ont longtemps été hostiles à cet empiétement sur le rôle du Ministère public.

C'est donc un accroissement de la part d'initiative sociétale par rapport à la part étatique dans le réseau pénal français et portugais que nous choisissons de décrire comme la marque évidente d'une recomposition de la société civile face à l'État ¹¹⁷ et du déploiement du réseau pénal.

¹¹⁴ FAGET (J.), *Justice et travail social, Le rhizome pénal*, op. cit., pp. 39-97.

¹¹⁵ LAZERGES (C.), *La politique criminelle*, op. cit., p. 103 et s.

¹¹⁶ Voir sur ces points l'article de Mr. Bernard SCHNAPPER, "L'action pénale, le Ministère Public et les associations: Naissance et contestation d'un quasi-monopole (XIX^e-XX^e siècles)", *A.P.C.*, 1988, n.º 10, pp. 19-34.

¹¹⁷ DELMAS-MARTY (M.), "Ni victimes, ni procureurs, qui sont-ils?", *A.P.C.*, 1988, n.º 10, p. 15.

En France, c'est la place de l'action civile des associations qui s'étend de plus en plus, au fur et à mesure en raison des habilitations législatives et de la pratique judiciaire. Cette question, lorsqu'elle touche les groupements privés, a l'avantage de mettre ici particulièrement en évidence le double visage ¹¹⁸ de l'action civile, dans sa composante de réparation et de répression (A).

Au Portugal, le binôme répression/réparation est encore plus marqué, puisque la procédure pénale portugaise connaît depuis longtemps la figure de l'assistant qui peut parfaitement être distinct, nous l'avons déjà signalé, du lésé. Les associations se sont également vu reconnaître le droit d'être assistant et donc partie au procès pénal pour certaines infractions (B).

A • L'extension en France de l'action civile des associations

La jurisprudence a longtemps rejeté en France l'action civile des associations ¹¹⁹ après avoir admis celle des syndicats ¹²⁰, en raison des strictes conditions de l'article 2 du code de procédure pénale qui exige à la fois un préjudice direct et personnel. Celles-ci pouvaient dans le cadre de leurs intérêts personnels, obtenir réparation du dommage causé par une infraction à leur patrimoine propre, mais elles ne pouvaient pas exercer l'action civile lorsqu'était en jeu l'intérêt collectif qu'elles avaient pour mission de défendre.

Or, de nombreux textes viennent petit à petit déroger à l'article 2 du code de procédure pénale en donnant à certaines associations une qualité légale pour exercer l'action civile pour la défense des intérêts collectifs. Et c'est toute l'ambiguïté de la situation car elles apparaissent juridiquement comme "victimes" demandant réparation du dommage et non comme "procureurs", prenant l'initiative de déclencher l'action répressive. Si bien que certains parlent de "victimes collectives" ¹²¹.

Mais alors, force est d'admettre qu'entre l'intérêt général de la société toute entière et l'intérêt individuel, existent des intérêts collectifs qui demeurent privés.

¹¹⁸ BOULAN (J.), "Le double visage de l'action civile exercée devant le tribunal répressif", *J.C.P.* 1973, I, 2563.

¹¹⁹ Crim., 18 octobre 1913, *Sirey* 1920, I, p. 321, note HUGUENEY.

¹²⁰ Chambres réunies, 5 avril 1913, *Dalloz* 1914, I, p. 65.

¹²¹ DELMAS-MARTY (M.), *op. cit.*, p. 14.

Jusqu'à ces dernières années, il était difficile de tracer la frontière entre ces intérêts collectifs et l'intérêt général, quant il s'agissait par exemple de la défense des intérêts matériels et moraux des familles, de la défense des consommateurs ou des défenseurs de l'environnement. Par contre, en ce qui concerne les associations qui furent les dernières à être habilitées, l'intérêt qu'elles défendent apparaît davantage circonscrit et nettement distinct de l'intérêt général.

C'est surtout dans les années 1980 que cette tendance est apparue, montrant toute l'attention portée à certaines catégories de personnes et de valeurs par le Législateur.

Mme **Michèle MESTROT**¹²² regroupe les dernières associations habilitées selon deux axes. Dans le premier figurent les associations ayant pour mission d'assurer la protection de certaines victimes particulièrement démunies¹²³. Dans le second, celles spécialisées dans la défense de valeurs éthiques et sociales considérées comme particulièrement fondamentales au développement harmonieux de notre société¹²⁴.

Ces "victimes collectives" surgissent avec de nouvelles catégories d'infractions qui dérogent à la traditionnelle classification du code pénal crimes et délits contre la chose publique/crimes et délits contre les personnes. Le développement de ces catégories nouvelles est à mettre en parallèle avec les valeurs proclamées dans le préambule de la Constitution de 1946, avec les principes politiques économiques et sociaux" particulièrement nécessaire à notre temps¹²⁵.

Mais, l'action des associations pour la défense d'un intérêt collectif se meut également dans un paysage hétéroclite qui révèle ce que certains

¹²² **MESTROT (M.)**, *Action associative et justice pénale*, op. cit., p. 153 et s.

¹²³ Parmi ces victimes défavorisées ou démunies:

- L'enfance martyrisée (art. 2-3 du C.P.P., Loi n.º 81-82 du 2 février 1981).
- Les élèves de moins de 18 ans (art. 99, Loi n.º 87-588 du 30 juillet 1987).
- Les victimes d'actes de terrorisme (art. 2-9 du C.P.P., Loi du 6 juillet 1989).
- Les exclus sociaux ou culturels (art. 2-10 du C.P.P., Loi du 10 juillet 1990).
- Les handicapés (art. 2-8 du C.P.P., Loi n.º 89-18 du 13 janvier 1989) et, plus largement, les personnes malades (Loi du 12 juillet 1990).
- Les victimes de la délinquance routière (art. 2-12 du C.P.P., Lois n.º 93-2 du 4 janvier 1993).

¹²⁴ Parmi ces principes: le droit à la différence, à la non-discrimination, la protection de la santé, du cadre de vie en général, voir **MESTROT (M.)**, op. cit., p. 156 et s.

¹²⁵ **PRADEL (J.)**, *Procédure pénale*, Paris, Ed. Cujas, 1990, p. 221. **DELMAS-MARTY (M.)**, op. cit., p. 15.

appellent l'éclatement des poursuites ¹²⁶ qui menace sérieusement l'action publique dans ses structures traditionnelles ¹²⁷.

En effet, les systèmes de représentativité qui sont retenus pour les associations sont juridiquement disparates ainsi que le contrôle exercé par l'État (agrément, reconnaissance d'utilité publique, simple vérification de la durée d'existence).

En ce qui concerne la jurisprudence, elle a présenté dès 1977, une tendance à ouvrir l'action civile aux associations ordinaires en jouant parfois à l'apprenti législateur ¹²⁸. Les décisions se fondent aujourd'hui essentiellement sur la spécificité et la valeur sociale de la mission de l'association. Dès lors qu'un intérêt catégoriel présentant une certaine utilité sociale est défendu, l'action civile de la personne morale ne fait pas double emploi avec celle du Ministère public chargé de protéger l'intérêt général et l'obstacle juridique tiré de l'article 2 du C.P.P. est levé.

Devant autant de complexité, le souhait d'une unification des conditions de recevabilité de l'action civile des associations apparaît légitime. C'est dans ce sens que s'est prononcée en juin 1990, la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme dans son rapport définitif sur la mise en état des affaires pénales ¹²⁹.

Quoi qu'il en soit, le rôle joué dès à présent par les associations dans le réseau pénal français peut être analysé comme étant révélateur "d'un modèle polycentrique" qui viendrait se substituer" au modèle bureaucratique unitaire". Ce modèle, au lieu de concentrer le pouvoir de décision

¹²⁶ KUHNMUNCH (O.), "La défense des intérêts collectifs et l'éclatement des poursuites", *A.P.C.*, 1988, n.° 10, pp. 35-50.

¹²⁷ Comme s'en inquiétait Monsieur **Jean LARGUIER**, "L'action publique menacée", *Daloz* 1958, chr., p. 29.

¹²⁸ Cour d'appel de Colmar, 10 février 1977, *Daloz* 1977, p. 471, note **Danièle MAYER**. Cour d'assises de Paris, 15 déc. 1977, *Daloz* 1978, p. 61, note **Danièle MAYER**. Crim. 7 février 1984, *Bull. Crim.*, n.° 41. Crim. 29 avril 1986, *Daloz* 1986, p. 420.

¹²⁹ Voir la première partie du rapport, 2.3.2., p. 37. La Commission avait proposé un régime unique pour que toute association puisse exercer les droits reconnus à la partie civile. Il fallait que l'association soit agréée et régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et que son objet, d'après ses statuts, soit la défense d'intérêts collectifs que l'infraction a directement ou indirectement lésés.

Par ailleurs, pour éviter les débordements contentieux, la Commission suggérait de fixer dans les textes une liste limitative des infractions pouvant donner lieu à cette action "collective". Pour les mêmes raisons, la citation directe par l'association devait pouvoir être contestée auprès du juge par la partie poursuivie.

au sommet, englobe des pôles de pouvoir indifférenciés et indépendants les uns des autres ¹³⁰.

De nouveaux “procureurs” semblent donc proliférer. Mais que font-ils exactement? Quelle est la réalité de leur motifs d’action?

L’image d’Epinal selon laquelle les associations privilégieraient l’aspect répressif de l’action civile est partiellement démentie en pratique ¹³¹. En effet, la principale préoccupation des associations est la cessation du dommage causé par l’infraction ¹³², finalité qui, parfois même, est la seule poursuivie par certaines d’entre elles ¹³³.

Quant à l’aspect pénal et patrimonial de l’action civile, il est vrai que le premier a tendance à prendre ensuite le dessus sur le second. Mais, ce qu’expriment ainsi les associations, c’est la volonté d’obtenir une sanction dissuasive qui puisse à l’avenir prévenir les comportements délictueux. Il est fréquent que les organismes de défense demandent le franc symbolique en dommages et intérêts, ce qui corrobore la finalité répressive/dissuasive de leur action.

En dernier lieu, il est intéressant de citer les autres motifs d’action, cette fois davantage symboliques. Car les associations de protection de l’environnement et les associations de consommateurs ont tendance à développer d’autres buts.

Par exemple, les organisations de défense de la nature ont recours aux juridictions pénales pour obtenir une application correcte des textes relatifs au droit pénal de l’environnement. L’action civile a alors une portée plutôt pédagogique et exerce une influence non négligeable sur l’effectivité de cette branche du droit souvent peu connue des magistrats.

Quant aux associations de consommateurs, elles accordent à l’action civile une finalité encore plus particulière. Elle a pour elles une valeur

¹³⁰ D’après Madame **Mireille DELMAS-MARTY**, les associations joueraient ici, du côté de la société civile, le rôle que jouent du côté de l’État “les nouvelles autorités administratives indépendantes”. Voir, op. cit., p. 17.

¹³¹ D’après l’enquête menée par Mme **Michèle MESTROT** auprès des fédérations nationales des associations. Voir op. cit., p. 168 et s.

¹³² Sauf pour les associations de protection des animaux qui cherchent d’abord à sanctionner les responsables, à faire ensuite cesser le trouble et accessoirement demandent des dommages et intérêts.

¹³³ C’est le cas des associations de lutte contre les crimes de guerre et contre les crimes contre l’humanité et des associations de défense des intérêts moraux de la résistance. Pour ces associations, et toujours d’après l’enquête de Mme **Michèle MESTROT**, la sanction des coupables ne figure jamais parmi leurs motifs d’intervention, même si elles agissent contre d’anciens S.S.

d'exemplarité dans un double but d'information des victimes potentielles et de dissuasion d'infractions similaires ¹³⁴, qui se concrétise dans l'obtention d'une jurisprudence ¹³⁵.

L'action civile des associations aurait ainsi en premier lieu un motif restitutif. Ces nouveaux partenaires dans la répression des infractions que sont les associations ¹³⁶ agissent pour obtenir des sanctions restitutives et par conséquent leur intervention dans le réseau pénal français a de quoi troubler son fonctionnement traditionnel. Car, en privilégiant une telle finalité, les organismes de défense bouleversent la fonction punitive du réseau pénal et lui assignent une fonction restitutive, de remise en état.

Et on peut alors se demander s'il ne s'agit pas d'une bifurcation qui serait souhaitée vers un autre réseau de sanctions, à variante administrative ¹³⁷ où "c'est la recherche d'une efficacité concrète qui passe avant le maintien d'un ordre symbolique" ¹³⁸.

D'ailleurs, le Législateur lui même encourage les associations de défense des consommateurs dans cette fonction restitutive de l'action civile. Ainsi, l'article 3 de la loi du 5 janvier 1988 ¹³⁹ leur permet "de demander à la juridiction répressive statuant sur l'action civile d'ordonner au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites".

Il devient intéressant de vérifier l'hypothèse selon laquelle les domaines actuellement investis par l'action civile des associations seraient des domaines faisant l'objet d'une future dépénalisation ou correspondant à

¹³⁴ BIHL (L). "L'action syndicale des associations", *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 523.

¹³⁵ L'étude de Mme Michèle MESTROT fait apparaître que l'obtention d'une jurisprudence par les associations de consommateurs est réclamée par plus de 70% de celles qui ont été interrogées et que 28% la considèrent comme le motif essentiel de leur intervention devant les juridictions pénales.

¹³⁶ Pour une classification des modalités d'action des associations, cf. la thèse de Doctorat de Mme Michèle MESTROT qui met en évidence trois types de stratégies: les associations répressives, restitutives et symboliques, op. cit., p. 175.

¹³⁷ Sur la notion de réseau de sanctions à variante administrative, cf. Mme Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politiques criminelles*, op. cit., pp. 129-137.

¹³⁸ LASCOUMES (P.), BARBERGER (C.), "de la sanction à l'injonction. Le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices", *R.S.C.*, 1988, n.° 1, p. 49.

¹³⁹ Loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *J.O.* 6 janvier 1988. Pour un commentaire de cette loi, voir Jean CALAIS-AULOIS, "Les actions en justice des associations de consommateurs", *Dalloz* 1988, chr., p. 193.

une dépenalisation déjà effectuée dans les pays qui connaissent un régime propre pour le droit pénal administratif.

Le Portugal fait partie des pays d'Europe qui connaissent ce type de droit pénal, parfois dénommé aussi droit pénal secondaire.

B • L'extension au Portugal du statut d'assistant aux associations

Sous l'ancien code de procédure pénale de 1929, l'intervention des particuliers dans le cadre du procès pénal était largement permise, ceux-ci disposant de larges pouvoirs procéduraux qui en faisaient d'authentiques parties principales ayant une place presque identique à celle du Ministère public ¹⁴⁰.

C'est à l'encontre de cette privatisation excessive du procès pénal que le décret-loi n.º 35007 est venu affirmer la suprématie du Ministère public dans l'exercice de l'action pénale. Ainsi, l'article 3 de ce décret-loi rappelle: "L'exercice de l'action pénale appartient au Ministère public en tant qu'organe de l'État. Le droit de punir est un droit exclusif de l'État et c'est pourquoi les particuliers peuvent, dans les conditions déterminées par la loi, collaborer dans l'exercice de l'action pénale avec le Ministère public, mais non l'exercer comme un droit qui leur est propre" ¹⁴¹.

Le décret-loi n.º 35007 établissait un système dans lequel l'action pénale était, en règle générale, une action publique.

Les particuliers allaient pouvoir intervenir dans les procès sous le statut de "l'assistant" qui se trouvait en position subalterne par rapport au Ministère Public. Cette position lui conférait cependant des pouvoirs répressifs, distincts de ceux du lésé qui ne pouvait prétendre qu'à une réparation du dommage causé par l'infraction.

Cette tradition de l'assistant a été conservée dans le nouveau code de procédure pénale de 1987 et on peut désormais affirmer qu'il existe au Portugal un système d'accusation privée qui pour certaines infractions ¹⁴² place l'assistant sur un pied d'égalité avec le Ministère public.

En ce qui concerne la possibilité donnée aux groupements de se constituer assistant, il convient de signaler pour mémoire que le régime de

¹⁴⁰ DE FIGUEIREDO DIAS (J.), *Direito Processual penal*, I, Coimbra, 1974, pp. 510-511.

¹⁴¹ Traduction personnelle.

¹⁴² Pour les infractions semi-publiques et privées.

l'Estado Novo était particulièrement hostile à toute organisation collective de type privé et donnait sa préférence aux structures corporatistes.

C'est pourquoi aucun texte ne prévoyait expressément le cas de figure. De plus, rare était la jurisprudence. La seule qui a vu le jour est liée au droit qu'avaient les offensés de se constituer assistants. Or ce concept était particulièrement vague d'après les termes du décret-loi précédemment cité puisqu'il fallait considérer comme tels, "les titulaires de l'intérêt que la loi pénale a voulu spécialement protéger dans l'incrimination". La jurisprudence a finalement clarifié ce concept en le restreignant. C'est dans ce contexte qu'elle a refusé le droit pour les associations de se constituer assistant.

La première de ces estocades jurisprudentielles fut donnée en matière de... tauromachie.

Dans ce pays à tradition abolitionniste, le spectacle du sang et de la mort dans les arènes était particulièrement insupportable pour les organisations de défense des animaux. La *Sociedade Protectora dos Animais* voulait être admise à se constituer assistant dans les affaires criminelles concernant les *touradas* (courses de taureaux) ne respectant pas la législation portugaise qui interdisait la mise à mort des taureaux.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Lisbonne en date du 14 mai 1952, le statut d'assistant fut dénié à cette association ¹⁴³.

La Cour de cassation devait par la suite confirmer cette jurisprudence dans les cas de mauvais traitements à animaux ¹⁴⁴.

Avec la Révolution et l'oeuvre de codification, les choses évoluèrent considérablement, si bien que le Portugal reconnaît désormais aux associations le droit de se constituer assistant dans certains procès et pour certaines catégories d'infractions.

Il convient de remarquer que le phénomène d'une participation accrue du groupe social dans l'initiative du procès pénal est moins important qu'en France.

Une des explications est que le toilettage institutionnel et procédural qui s'est opéré au Portugal a limité ce mouvement. Le droit pénal y fonctionne moins de façon symbolique en raison de la large dépénalisation qui s'est opérée et du développement des autres réseaux de sanctions.

¹⁴³ *B.M.J.*, n.° 33, p. 142.

¹⁴⁴ Voir l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 26 novembre 1952, *B.M.J.*, n.° 34, p. 294.

Or, parmi ces réseaux la variante administrative s'est particulièrement déployée, le Portugal faisant partie des pays européens qui se sont dotés d'une loi-cadre en matière d'infractions pénales administratives ¹⁴⁵.

Depuis, ces dernières années les textes prévoyant ce genre d'infractions se sont multipliés, dans les domaines où l'action civile des groupes collectifs est florissante en France: circulation routière, droit pénal du travail, droit pénal de l'environnement, droit de la consommation, droit de la santé...

Mais, tout comme en France, l'habilitation donnée par le Législateur à certaines associations est significative de l'attention qu'il porte à l'égard de la protection de certaines valeurs particulièrement nécessaires au développement harmonieux de la société portugaise ou vis-à-vis des personnes les plus vulnérables.

Ainsi, les associations de consommateurs, telles qu'elles sont définies par la loi 29/81 du 22 août 1981, se sont vu accorder le droit de se constituer assistant dans le cadre des procès relatifs aux infractions anti-économiques et contre la santé publique.

Cette possibilité pour les associations d'agir en justice en exerçant les actions pénales qui visent la tutelle des intérêts collectifs des consommateurs, n'est pas surprenante car leur protection est consacrée dans la Constitution portugaise.

D'ailleurs, la révision opérée en 1989 a intégré les droits des consommateurs dans le catalogue des droits fondamentaux, parmi les droits sociaux économiques et culturels.

L'article 60 n.º 1 dispose à ce propos: "Les consommateurs ont droit à la qualité des biens et des services consommés, à la formation et à l'information, à la protection de la santé, de la sécurité et de leurs intérêts économiques, ainsi qu'à la réparation des préjudices" ¹⁴⁶.

Le décret-loi n.º 191/83 du 16 mai 1983 avait établi différentes infractions pénales administratives en matière d'activités économiques irrégulières. Déjà ce texte qui s'inspirait des recommandations du Conseil de l'Europe,

¹⁴⁵ Voir les décrets-lois n.º 433/82 du 27 octobre 1982 et n.º 356/89 du 17 octobre 1989. En ce qui concerne les différences entre le droit criminel et le droit pénal administratif pénal au Portugal, cf. le rapport portugais au XIV^o Congrès International de Droit pénal de Mr. José DE FARIA COSTA, op. cit.

¹⁴⁶ Traduction personnelle. Pour une étude sur le droit à la santé et les consommateurs, cf. Mr. Mário FROTA, "Direito à Saúde e os consumidores", *Tribuna da Justiça*, abril-maio 1990, n.º 3, pp. 61-77.

prévoyait dans son article 30 n.° 2, la possibilité pour les associations de consommateurs de se constituer assistants devant les autorités administratives habilitées à exercer la répression de ces infractions. Ces associations pouvaient ainsi intervenir quand elles le désiraient, présenter des mémoires et des avis techniques, suggérer des expertises ou d'autres diligences jusqu'à ce que le dossier soit prêt pour la décision finale.

Le décret-loi n.° 28/84 du 20 janvier 1984 qui a altéré le régime en vigueur en matière d'infractions anti-économiques et contre la santé publique a repris ces dispositions pour les infractions pénales administratives nouvellement créées.

Mais ce texte a étendu la qualité d'assistant aux associations professionnelles qui peuvent, tout comme les associations de consommateurs, intervenir dans le procès pénal pour les infractions de nature criminelle qui y sont énumérées.

Le régime prévu pour admettre l'action collective des groupements dans le cadre de la protection des consommateurs et de la santé est relativement souple.

Cependant, en ce qui concerne les associations de défense des femmes, leurs modalités d'intervention dans le procès pénal sont beaucoup plus rigoureuses.

En effet, la loi n.° 61/91 du 13 août 1991 relative à la protection des femmes victimes de violences est plus stricte lorsqu'elle admet les associations de défense des femmes comme assistants.

Tout d'abord, la liste des infractions est limitée aux cas de crimes sexuels, de mauvais traitements infligés au conjoint, de rapt, de séquestration et d'offenses corporelles. Ensuite, la protection prévue ne joue que lorsque le mobile du crime résulte d'une attitude discriminatoire à l'égard de la femme (art. 1 n.° 2 de la loi).

Ce n'est que dans ces conditions que les associations peuvent se constituer assistants et uniquement lorsque la victime les autorise expressément à intervenir dans le procès pénal pour la représenter.

Par contre, le Législateur semble encourager cette intervention en exonérant les associations de femmes du paiement de tous frais de justice (art. 12 n.° 3).

Il n'est pas improbable qu'à l'avenir les groupements de femmes au Portugal agissent en justice un peu à l'image des *class actions* du droit anglo-saxon, car la loi du 13 août 1991 semble les y conduire. D'après l'article 12 n.° 2 de la loi, les associations peuvent aussi, en représenta-

tion de la victime, demander l'indemnisation et même l'avance par l'État de cette indemnisation dans les termes de la législation applicable tout comme requérir la fixation de pensions provisoires devant être payées par le prévenu ¹⁴⁷.

Quant à la jurisprudence, elle accuse tout dernièrement une tendance à reconnaître qualité pour agir aux associations non habilitées légalement. Après avoir, dans un premier temps, refusé le droit pour la *Sociedade Portuguesa de Autores* (association portugaise des auteurs) d'être assistant dans les procès concernant la vente au public d'oeuvres phonographiques contrefaites ¹⁴⁸, la jurisprudence se montre aujourd'hui plus ouverte ¹⁴⁹.

A ce stade de la réflexion, on pourrait finalement dire que tout comme les politiques pénales françaises et portugaises se rapprochent, leurs politiques criminelles ont tendance à faire de même puisqu'elles sont construites à partir des mêmes modèles. Ce serait conclure dans le sens d'une superposition paisible des ordres juridiques qui nous servent de champ d'étude. Et si cette harmonie était plutôt à mettre en relation avec un choc initial à l'image de ce que serait un "choc amoureux"? Celui qui naît lorsque le lointain paraît proche. L'étranger, familier. Le différent, semblable...

¹⁴⁷ Art. 12 n.º 2 de la loi n.º 61/91 du 13 août 1990. En France, la technique de la *class action* est normalement proscrite par les principes généraux du droit (nul ne plaide par procureur). Pourtant, après que la loi du 8 janvier 1988 ait étendu l'action des associations de consommateurs aux procès civils, la loi du 12 janvier 1992 dans son article 6 vient de reconnaître à ces dernières la possibilité d'agir en représentation d'une somme d'intérêts individuels, ceux des consommateurs regroupés qui leur donneraient mandat. En faveur de l'introduction en France de ce type d'action, voir **Francis CABALLERO**, "Plaidons par procureur, *R.T.D.C.*, 1985, p. 247 et s.

¹⁴⁸ Au motif essentiel que l'intérêt directement protégé par la loi est la défense du consommateur et non pas l'originalité des oeuvres. Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne, 6 mai 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, 1985, tomo III, p. 130.

¹⁴⁹ Dans le sens d'une qualité pour agir de la part de la *Sociedade Portuguesa de Autores*, les arrêts de la cour d'appel d'Évora du 7 juillet 1987, de la cour d'appel de Lisbonne du 9 février 1988, du 2 mars 1988 et du 20 avril 1988, in *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária*, n.º 3, Lisboa, Sociedade Portuguesa de Autores, 1989.

TITRE SECOND

OPPOSITION DES MOUVEMENTS

“Les antinomies, dans la mesure où elles concernent le droit, ne consistent pas dans la constatation d’une contradiction, résultat de l’affirmation simultanée de la vérité d’une proposition et de sa négation, mais dans l’existence d’une incompatibilité entre les directions relatives à un même objet.”

Perelman, 1965

Les alchimistes dans leur art avaient mis en évidence des dynamiques fondamentales à partir des éléments naturels. La mutation des structures matérielles était provoquée d’après eux, par l’énergie de base qui surgit lorsque deux séries contraires entrecroisées s’opposent, la symbolique étant celle de la croix, ou encore du chiffre 4, c’est-à-dire une quaternité ¹.

Si nous transposons cette image de la quaternité à notre champ d’étude, on constate que les politiques criminelles française et portugaise connaissent un entrecroisement au niveau des modèles qui leur sont communs. Les deux séries de contraires seraient finalement les mouvements sous-jacents à ces modèles qui peuvent entraîner des transformations sectorielles du système de politique criminelle.

Le premier mouvement correspond à la confrontation des tendances qui aboutissent soit à un renforcement des instances étatiques, soit au con-

¹ JUNG (C. G.), *Mysterium conjunctionis*, tome 1, Paris, Albin Michel, 1985, p. 29.

traire à un renforcement des instances sociétales dans les réponses au phénomène criminel. Lorsque ces tendances sont particulièrement intenses, elles se développent aussi bien dans le cadre des relations dérivées alternatives que dans le cadre des relations dérivées complémentaires de la politique criminelle², et finissent par provoquer un glissement d'un modèle à autre. Ce glissement a déjà été décrit à propos des transformations sectorielles du système de politique criminelle, plus particulièrement quand l'étatisation provoque le passage du modèle État-société libéral au modèle autoritaire³.

Cependant, dans le cadre de la comparaison des deux ordres juridiques, la confrontation sociétaliser/étatiser nous permet également d'approcher leur identité territoriale dans le traitement du phénomène criminel. Il n'est plus question d'un glissement d'un modèle à un autre, mais tout simplement des divergences à l'intérieur des systèmes de politique criminelle de chaque pays, lorsqu'on observe la structure concrète des réponses de politique criminelle.

De même, cette identité territoriale peut se découvrir dans un second type de mouvements qui met en présence d'un côté la tendance à légaliser la réponse pénale et de l'autre la tendance à la judiciariser, étant donné l'option déjà faite de se situer dans le réseau pénal, à titre d'exemple.

Seul cet entrecroisement des mouvements de politique criminelle va nous permettre d'analyser les différences essentielles des systèmes de politique criminelle français et portugais, puisqu'il fait apparaître des divergences dans leurs tendances.

Si l'opposition des mouvements de politique criminelle devait se cruser entre les deux pays, elle pourrait aller jusqu'à une remise en question de l'identité observée au niveau des modèles eux-mêmes. Mais tel n'est pas le cas, car ces modèles communs ne sont pas près de s'effacer de sitôt en raison des éléments de contraintes nationales et européennes⁴.

Si bien que le croisement des politiques criminelles en France et au Portugal, semble provenir d'une opposition de mouvements sous-jacents, mettant en scène une double confrontation: la confrontation sociétaliser/étatiser (chapitre 1) et la confrontation judiciariser/légaliser/chapitre 2).

² Voir sur ces notions, **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 65 et s.

³ Cf. les développements du Chapitre 1^{er} du Titre 1 de ce même Livre.

⁴ A propos de cette idée de contraintes nationales et européennes, cf. **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 327 et s.

CHAPITRE 1

LA CONFRONTATION SOCIÉTALISER/ÉTATISER

Cette confrontation entre sociétaliser et étatiser correspond, d'une certaine façon, aux rapports entre l'État et la société civile, rapports qui sont aujourd'hui analysés à la lumière du paradigme de complexité ¹.

Pour la plupart des politologues et sociologues, c'est vers les années 1970 que le développement du rôle de l'État s'interrompt. La logique univoque de l'étatisation voulue par l'État-providence entraine en crise ². Une autre dynamique apparaît autour des concepts de socialisation, de décentralisation et d'autonomisation ³.

Du côté des réponses au phénomène criminel, elles se sociétalisent, l'État conservant son monopole de la violence symbolique, mais déléguant l'instrumentalité de son exercice.

Mais, comme le souligne Mr. **Jacques FAGET**, il y a toujours eu un partage effectif sinon harmonieux de la régulation sociale entre instances étatiques et non étatiques ⁴. D'ailleurs, ce partage est le signe d'un

¹ Sur ce paradigme de la complexité, voir:

MORIN (E.), *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982.

VAN DE KERCHOVE (M.) et **OST (F.)**, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., coll. "Les voies du droit", 1988.

² **ROSANVALLON (P.)**, *La crise de l'État-providence*, Paris, Seuil, 1981.

³ Ibid.

⁴ **FAGET (J.)**, *Justice et travail social, Le rhizome pénal*, op. cit., p. 103.

modèle dominant, de type État-société libéral, aujourd'hui commun à la France et au Portugal.

Cette idée de confrontation marque plutôt l'opposition des mouvements de politiques criminelles entre les deux pays, car les rapports entre les régulations juridiques étatiques et non étatiques s'expriment davantage sur le mode de la complémentarité que de l'antagonisme.

Or, le mouvement de sociétalisation est beaucoup plus marqué en France, qui a connu la crise de l'État évoquée précédemment et le développement d'un sentiment d'insécurité, ce qui n'est pas tout à fait le cas au Portugal.

Loin d'être commandés par une crise de légitimité de l'État, les changements introduits dans le système de politique criminelle sont liés à la transformation de la société portugaise en une société démocratique. Le devoir incombant à l'État dans la gestion de la délinquance est au contraire nettement affirmé dans ce que le Professeur **Jorge DE FIGUEIREDO DIAS** nomme *le droit pénal socialisateur*⁵.

C'est alors une mission essentielle de l'État de droit social que d'accorder aide et solidarité au condamné en contrepartie de son pouvoir de punir.

Ainsi s'opposent la France et le Portugal dans leur mouvement de politique criminelle. La France a tendance à plutôt sociétaliser les réponses (section 1) alors que la tendance portugaise va dans le sens de leur étatisation (section 2).

Section 1:

La tendance française à plutôt sociétaliser les réponses de politique criminelle

L'action sociale en France, si elle trouve ces racines dans la tradition philanthropique et hygiéniste du XIX^e siècle, n'appartient au secteur public que depuis une époque récente et a de ce fait échappé au centralisme napoléonien⁶. C'est pourquoi la déconcentration ou la décentralisation des

⁵ **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)**, "Principes directeurs et politique criminelle portugaise", *R.S.C.*, 1987, n.° 1, pp. 85-92.

⁶ A propos de la généalogie des rapports entre associations et justice pénale, cf. **MESTROT (M.)**, op. cit., p. 33 et s.

organismes sociaux n'était pas en France une inconnue. La territorialisation actuelle de l'intervention sociale englobe l'action socio-judiciaire qui n'est qu'une modalité de cette dernière, son unité de base étant le ressort judiciaire.

Mais l'originalité de la France est que sa politique criminelle s'ouvre et s'appuie sur la société civile, d'où l'émergence de cette idée d'une politique criminelle participative⁷. Cette participation des instances non étatiques est en relation avec, d'une part, le mouvement de décentralisation et, d'autre part, le mouvement de privatisation de l'action pénale.

La tendance de la politique criminelle française à plutôt socialiser les réponses trouve un exemple dans les conseils communaux de prévention de la délinquance (§ 1) et dans l'action associative déployée dans le domaine de la justice pénale (§ 2).

§ 1 • *L'exemple des conseils communaux de prévention de la délinquance*

Après avoir envahi le discours public, le sentiment d'insécurité s'était réellement ancré dans la population. L'alternance politique de 1981 n'a pas supprimé le discours sur l'insécurité. C'est sur fond de débat sécuritaire qu'un autre débat voit le jour: celui de l'État et de sa gestion. En lançant les bases de l'organisation de la politique de prévention de la délinquance (A), on essaie de créer un outil le plus proche possible des citoyens (B). Se profile alors une nouvelle conception de l'État. Derrière un apparent désengagement, il conserve un rôle de tenseur des régulations sociales.

A • L'organisation de la politique de prévention de la délinquance

Les violents incidents qui avaient éclaté aux Minguettes dans la banlieue Lyonnaise, incitèrent le gouvernement **MAUROY** à s'emparer du problème et à charger un groupe de maires sous la houlette de Mr. Gilbert Bonnemaïson afin qu'ils proposent des solutions au problème de la prévention de la délinquance. A l'issue de cette réflexion, la Commission **BONNEMAISON** considérant que la prévention est l'affaire de tous, propose

⁷ LAZERGES (C.), op. cit.

de développer une politique qui globalise les problèmes et mêle prévention, répression et solidarité ⁸.

Alors que les textes sur la décentralisation ne sont pas encore intervenus, l'État décide de traiter l'ensemble des problèmes sociaux, à l'aide de trois dispositifs inspirés des mêmes idées de globalisation des problèmes, de localisation et de transversalité de l'action.

L'un de ces dispositifs est le Conseil national de prévention de la délinquance. Son objectif est un objectif d'animation et de coordination des actions de prévention, en articulation avec les actions répressives.

La décentralisation qui s'opère à travers ce dispositif prend pour territoire de base la commune ⁹ et responsabilise les maires, sous l'autorité des préfets puisque le décret du 8 juin 1982 a prévu la mise en place des conseils départementaux dans chaque département et proposé aux communes qui le souhaitent de créer un conseil communal de prévention de la délinquance.

Ces conseils communaux qui ont progressé de manière constante (100 en 1983, 200 en 1984, 400 en 1986 et presque 700 en 1991 ¹⁰) regroupent autour du maire de multiples partenaires, réalisant ainsi les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la participation du public à la politique criminelle ¹¹. Ces partenaires ¹², après avoir analysé la situation locale, décident des actions à mener qui sont soutenues financièrement par l'État par le biais de la contractualisation ¹³. L'idée est de dépasser les clivages institutionnels traditionnels en élaborant des réponses nouvelles et interactives.

Tout comme les deux autres dispositifs (mission d'insertion et Commission nationale pour le développement des quartiers), l'objectif est

⁸ *Face à la délinquance: prévention, répression, solidarité*, Paris, La documentation française, 1983.

⁹ Sur cette territorialisation de la prévention, voir: **MARCUS (M.)**, "Un outil pour la politique criminelle: les conseils communaux de prévention", *R.S.C.*, 1984, n.° 1, pp. 47-54.

¹⁰ Chiffres indiqués par **Jacques FAGET**, *Justice et travail social*, op. cit., p. 107.

¹¹ Voir Recommandation adoptée le 23 juin 1983, C.E.P.C., affaires juridiques, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984.

¹² Qui sont: police, justice, administration pénitentiaire, Direction départementale de l'action sociale, direction de la jeunesse et des sports, offices d'hébergements sociaux, rectorat, travailleurs sociaux, clubs de prévention, représentants d'associations...

¹³ Le soutien financier de l'État est de 50% maximum et se réalise par le biais des contrats d'action prévention, des opérations prévention – été et depuis 1985 par la procédure "ville pilote".

de saisir la question dans sa complexité et dans une perspective globalisante, le postulat étant que seule une approche territoriale et pragmatique est adaptée à la découverte de solutions concrètes. De même, ces dispositifs sont censés intégrer les demandes des usagers.

C'est dans le sens d'une véritable démocratie urbaine que le décret du 28 octobre 1988 a réalisé la fusion des trois dispositifs ¹⁴, en créant le Conseil national des villes qui a pour mission de déterminer les grandes orientations de la politique de développement social urbain. Le suivi des actions et leur animation revient désormais à la Délégation interministérielle à la ville.

Cette réforme n'a pas vraiment modifié l'organisation de base de la politique de prévention, mais a, par contre, essayé de lui donner davantage de cohérence.

Désormais, c'est le Conseil national des villes qui fixe les grandes orientations de développement social urbain et de nouvelles priorités ont été définies autour des trois axes d'action: prévention, répression et solidarité ¹⁵. Ces priorités d'action dépassent largement le simple cadre de la prévention sociale, pour être de véritables orientations de politique criminelle. Ce sont l'insertion sociale et professionnelle des jeunes dans la cité, les actions menées en liaison avec les établissements scolaires, la prévention locale des toxicomanies, la prévention du recel, la médiation et la conciliation, les dispositifs du suivi et de traitement des appels à caractère non pénal, les permanences d'orientation pénale et enfin le renforcement de l'aide aux victimes.

Plus significative du passage de la prévention sociale à la prévention criminelle est l'obligation faite aux conseils communaux de prévention de la délinquance, de développer un projet d'action ciblé sur la prévention de la récidive ¹⁶.

C'est par le biais des contrats d'action et de prévention que ces priorités pourront s'effectuer, étant donné qu'ils doivent également être fondés sur une démarche d'analyse des moyens existants et sur des diagnostics locaux de sécurité. L'installation d'observatoires permanents de la délinquance permettront de donner aux communes les informations nécessaires.

¹⁴ Voir: **MARCUS (M.)** "Une évolution marquante dans la prévention", *R.S.C.*, 1989, n.º 1, pp. 176-181.

¹⁵ Voir: **FAGET (J.)**, *Justice pénal et travail social*, op. cit., p. 110, figure 2.

¹⁶ A propos des objectifs de ce projet, voir **FAGET (J.)**, op. cit., p. 109.

Ces contrats ¹⁷ dont la durée est portée d'un an à trois ans sont à la base de l'instauration d'un partenariat davantage approfondi, liant services public et secteur privé d'un côté, l'État et la ville de l'autre.

D'où le rôle de courroie de transmission qui est dévolu aux préfets, lesquels représentent l'État dans la conclusion de cet instrument d'action privilégié qu'est le contrat d'action de prévention.

Quant aux conseils départementaux de prévention de la délinquance, ils sont conçus comme étant des lieux d'échange, d'information et de réflexion sur les orientations des actions de terrain.

Mais, comme le souligne Mr. **Jacques FAGET**, le potentiel de compétences de l'administration préfectorale au niveau de l'action socio-pénale, est considérable ¹⁸. Même si dans les faits, ses attributions sont plus symboliques qu'opérationnelles, elles corroborent l'idée d'une fonction motrice de l'État dans la politique sociale et le positionne en tant qu'arbitre des conflits éventuels engendrés par la relation de partenariat.

A travers cette transformation des conceptions liées au rôle de l'État, le conseil communal de prévention de la délinquance est un outil de proximité mettant en oeuvre l'idée d'une participation des citoyens à la politique criminelle, participation qu'il convient d'étudier plus concrètement.

B • La participation des citoyens à la politique criminelle

Cette participation des citoyens est la pierre angulaire des conseils communaux de prévention de la délinquance qui se donnaient pour objectif de promouvoir le dialogue et les actions transversales entre élus, administrations et les catégories d'usagers.

¹⁷ Pour plus de renseignements sur ces contrats *sui generis*, voir: **LAZERGES (C.)**, "La mise en oeuvre par un Conseil communal de Prévention de la délinquance de l'idée de participation des citoyens à la politique criminelle", *R.S.C.*, 1988, n.° 1, pp. 150-157.

¹⁸ Ainsi, le Préfet accorde l'habilitation aux établissements publics, communes et associations proposés par le juge d'application, dans le cadre du Travail d'intérêt général. Il homologue les conventions de mise en place des chantiers extérieurs des jeunes détenus dont il a assuré la mise en oeuvre et le contrôle. De même il joue un rôle de pilote dans les programmes d'insertion locale en liaison avec la direction départementale du travail, dispositif dans lequel entrent les personnes détenues, libérées et suivies en milieu ouvert. Le Préfet a par ailleurs, compétence pour mettre au point les opérations-été. Cf. **FAGET (J.)**, *Justice pénale et travail social*, op. cit., p. 115 et s.

L'observation d'un échantillon représentatif de conseils communaux de prévention de la délinquance a permis à Mr. **Jacques FAGET** ¹⁹ de mesurer le fonctionnement effectif de ce partenariat.

En ce qui concerne le partenariat entre administrations et municipalités, il ressort de cette observation que, dans la plupart des cas, ce partenariat laisse à désirer. Les administrations telles que l'Éducation nationale, les Affaires sociales, la Jeunesse et les sports, pourtant souvent présentes aux réunions, ne participent que ponctuellement aux actions menées par les conseils communaux. La contribution de la Police et de la Gendarmerie n'est pratiquement que statistique ²⁰, tandis que le système judiciaire apparaît encore moins impliqué dans la réalité communale ²¹.

Du côté des travailleurs sociaux du secteur public, ceux de la Protection judiciaire de la Jeunesse se sentent beaucoup plus concernés par le dispositif des conseils communaux, alors que ceux de l'administration pénitentiaire ont du mal encore aujourd'hui à affirmer leur présence.

Quant au développement d'un partenariat avec le secteur privé, il offre l'avantage de mettre en lumière la nature des rapports que les élus locaux tendent à instaurer.

La participation réelle des citoyens se heurte d'abord à l'autoritarisme des élus et à leur autonomie d'action. La décentralisation a ainsi reproduit au niveau de la collectivité locale, la toute puissance antérieure de l'État central. Si bien qu'il faut écarter l'idée un peu naïve selon laquelle le processus de décentralisation irait de pair avec une démocratisation des réponses de politique criminelle. La participation populaire existe, mais elle est forcément réduite, au plan quantitatif et au plan qualitatif.

Au plan quantitatif, les relations de dépendance qui s'instaurent inéluctablement entre associations et usagers ne sont pas propices à une forte participation populaire, en raison des risques de contre-pouvoirs qui peuvent en découler. Dès lors, il apparaît préférable pour les municipalités de se lier à quelques intervenants sociaux, jugés représentatifs de la population.

¹⁹ **FAGET (J.)**, "Les régulations communales de la délinquance", *Le Bulletin*, C.L.C.J., 1989, n.º 19, p. 56 et s.

²⁰ Cf.: **MONJARDET (D.)**, "Une mission sur un territoire. De la difficulté des policiers à entrer dans les politiques de prévention de la délinquance", *Le Bulletin*, C.L.C.J., 1991, n.º 26, pp. 77-81.

²¹ **FIRCHOW (T. A.)**, "Y a-t-il une place pour le magistrat dans une dynamique de prévention?", *R.S.C.*, 1990, n.º 1, pp. 197-198.

Au plan qualitatif, cette faible participation populaire ne contribue pas à l'acquisition d'une place privilégiée dans le processus de prise de décision. En effet, de la part des associations, on remarque une tendance à la soumission, celles-ci disposent de peu de marge d'initiative et de manoeuvre. Il n'est pas rare que les associations abandonnent leurs propres logiques d'intervention au profit de celles des élus, trouvant en contrepartie avantages financiers et gratification sociale.

Cette situation de soumission est d'autant plus évidente que les élus, par la technique des appels d'offres, n'ont aucun mal à trouver des partenaires dans le secteur protéiforme du travail social, technique qui opère une surenchère dans la compétition interassociative.

Si la "prévention est l'affaire de tous", il faut reconnaître qu'en pratique, comme le souligne Mr. **Jacques FAGET**, "l'autoritarisme des municipalités ne permet pas le surgissement d'adhésions libres et spontanées, les différents acteurs n'abandonnant pas facilement leurs territoires institutionnels ou leur idéologie professionnelle"²².

En réalité, le fonctionnement des conseils communaux de prévention de la délinquance confère principalement à l'autorité municipale une plus-value de légitimité démocratique. Une des difficultés était de dépasser les clivages partisans dans la mise en oeuvre concrète des politiques de prévention²³. La participation des acteurs au conseil communal est pour eux particulièrement gratifiante. Se forge alors une identité qui limite la position critique des acteurs impliqués. Si bien qu'ils deviennent vite de véritables relais d'opinions et contribuent à cette légitimité démocratique des élus, en véhiculant dans le public une image positive du conseil communal.

L'autre apport symbolique de ce dispositif est la transformation des représentations de la délinquance. Lors dès réunions des conseils communaux, la notion de délinquance semble bannie. Cet état de fait est dû à la confusion conceptuelle entre prévention et répression, confusion qui rend impossible à déterminer la ligne de partage entre comportements déviants et délinquants.

Mais, loin de créer une surpénalisation des comportements des jeunes, c'est du côté de la banalisation de la criminalité que le dispositif semble

²² **FAGET (J.)**, *Justice et Travail social*, op. cit., p. 128.

²³ Voir à titre d'exemple le Conseil communal de Montpellier où tous les contrats d'action de prévention de 1985 à 1988 avaient été adoptés à l'unanimité, au-delà des conflits liés à la politique politicienne. **LAZERGES (C.)**, op. cit., p. 125.

pencher. La délinquance est alors dédramatisée, dédramatisation qui peut aller jusqu'à une déjudiciarisation dans le système répressif du moins en ce qui concerne le traitement de la petite délinquance.

Des phénomènes d'autorégulation des conflits voient le jour, dans la mesure où le recours à la machinerie pénale n'est envisagée qu'en dernier recours. Tout ceci est vérifiable dans la mise en oeuvre par certaines municipalités de procédures de conciliation, sur le modèle de Valence²⁴. Ces procédures qui ont pour objectif de réhabiliter conjointement le délinquant et sa victime, cherchent à favoriser les mécanismes de régulation sociale des quartiers, en associant leur habitants et les conciliateurs au règlement des conflits quotidiens.

La participation des citoyens à la politique criminelle, même si elle ne débouche pas toujours sur une réelle démocratisation dans l'élaboration des réponses, demeure une réalité incontournable. Les politiques de prévention sont orientées vers le citoyen et se veulent les plus proches possible de lui. Elles correspondent à un mouvement de sociétalisation dans la mesure où le réseau de prévention qui se met en place, est ouvert sur son environnement social.

Une autre ouverture rend compte de cette tendance qu'a la France à sociétaliser ses réponses de politique criminelle, l'ouverture de la justice pénale sur le monde associatif.

§ 2 • *L'exemple de l'action associative*

L'histoire de l'action socio-judiciaire en France, rend compte d'un partage entre secteur public et secteur privé. Le phénomène n'est donc pas nouveau. Dès la moitié du XIX^e siècle, l'État reconnaissait la nécessité des institutions privées et se souciait d'en réglementer la création, la gestion et le fonctionnement, tout en les plaçant sous la tutelle de l'Administration pénitentiaire. Ainsi, la loi du 5 août 1850 sur l'éducation est le patronage des jeunes détenus.

²⁴ Sur le modèle de Valence qui a inspiré le conseil communal de Montpellier, cf. LAZERGES (C.), *ibid.*, p. 156.

Pour une étude comparative des procédures de conciliation, voir: *Les conciliateurs, la conciliation. Une étude comparative* sous la direction de Hein KÖTZ et Reynald OTTENHOF, Paris, Economica, 1983.

Plus récemment, la crise de la justice pénale rendait compte de son incapacité à répondre aux attentes des citoyens par ses propres moyens. L'encombrement des tribunaux, le taux des classements sans suite, la baisse considérable du taux d'élucidation et l'ineffectivité des sanctions, engendraient un climat propice à la recherche de nouveaux intervenants sociaux, venus d'autres horizons.

La forte présence du monde associatif dans la justice des mineurs appelait un investissement similaire en ce qui concerne la justice des majeurs. Que se soit en amont ou en aval du procès pénal, dans le milieu ouvert ou dans le milieu fermé, l'action associative a progressivement envahi l'espace judiciaire (B). Les dynamiques engendrées par l'occupation de ces nouveaux territoires rendent compte de la créativité et de l'originalité de l'action associative (A).

A • Une action créative et originale

Les conquêtes de l'action associative ont été remarquablement démontrées dans l'étude de Mme **Michèle MESTROT**, lorsqu'elle analyse son déploiement, depuis le stade présentenciel au sens large jusqu'au stade post-sentenciel ²⁵.

Territorialement, les associations se sont emparées de tous les stades de la procédure et portent en elles le projet global d'améliorer la justice pénale. Deux grands axes dans cette amélioration: le renforcement de la protection des victimes d'infraction et l'humanisation des réponses à la délinquance.

Libérées des pesanteurs administratives et disposant d'une potentialité de richesse humaine, les associations se caractérisent par leur pouvoir d'invention (1), de détournement des normes à leur profit (2) et par leur originalité dans la prise en charge des mesures (3).

1 – L'invention des enquêtes rapides

Cette enquête sociale rapide est née de la pratique associative, plus précisément de l'expérience de l'A.P.C.A.R.S. à Paris qui s'est ensuite

²⁵ *Action associative et justice pénale*, op. cit., pp. 143-323.

étendue à l'ensemble des associations, avant d'être consacrée par la loi du 6 juillet 1989 ²⁶.

Ce sont donc les associations qui ont à la fois défini et délimité cette technique particulière d'enquête sociale. Elles sont également dues à l'observation de la pratique judiciaire. En effet, le recours de plus en plus fréquent à des procédures de comparution immédiate dans les différents tribunaux de grande instance, pour lesquelles les renseignements recueillis par la police sur les attaches socio-professionnelles des prévenus étaient insuffisants, incitèrent le secteur associatif à développer de nouvelles techniques de travail.

L'optique de l'enquête rapide est de diminuer la détention provisoire, en donnant les informations nécessaires aux magistrats sur la situation familiale, sociale et matérielle des personnes déférées, tout en organisant une réinsertion sociale individualisée.

Cette technique d'enquête sociale est originale car les informations sont demandées par l'enquêteur directement au prévenu, avant qu'il procède aux vérifications d'usage. Celui-ci étant libre d'y répondre, se trouve davantage impliqué dans la réalisation de l'enquête et responsabilisé.

La rapidité de l'enquête est due au contexte d'urgence dans lequel elle se situe. Surtout développée dans les procédures de saisine directe, elle a démontré son efficacité dans la procédure de comparution immédiate. Le service est, dans ce cas, saisi par le Parquet après qu'il ait sélectionné les dossiers au vu des procès verbaux de la police. L'enquêteur se met aussitôt en contact avec le prévenu, afin d'effectuer l'entretien qui dure en moyenne trente minutes. Le rapport d'enquête est ensuite transmis au Tribunal correctionnel, après sa réduction qui demande environ une heure trente. Quelques heures après la comparution du prévenu devant le parquet, le tribunal disposera d'une information complète sur la situation sociale et professionnelle du prévenu ainsi que sur ses perspectives d'insertion.

Au stade de l'instruction, elle n'est pas non plus dénuée d'intérêt, dans la mesure où elle permettra au juge d'instruction d'apprécier les garanties de représentation de la personne mise en examen.

La loi du 6 juillet 1989 qui a rendu ces enquêtes obligatoires dans certains cas, les prévoit à ces deux stades.

²⁶ Voir sur cette naissance des enquêtes rapides, **BERNAT DE CELIS (J.)**, "L'expérience des enquêtes rapides au Tribunal de Paris", op. cit.

Le bilan d'activité de l'A.P.C.A.R.S. de 1989 à 1990, fait apparaître dans la fréquence du recours aux enquêtes rapides une inégalité entre le parquet et le juge d'instruction. Les enquêtes réalisées à la demande du parquet l'emportent sur celles demandées par le juge d'instruction ²⁷. Cette tendance se vérifie dans la plupart des associations.

Moyen d'information des magistrats particulièrement original, l'enquête rapide se distingue également par le fait qu'elle est un moyen de réinsertion.

Lorsque sont constatées des défaillances dans les attaches sociales de la personne déférée, les associations formulent dans leur rapport des propositions d'aide précises qui viendront pallier l'insuffisance des garanties de représentation (accueil dans un foyer d'insertion ou toute autre démarche permettant d'obtenir un logement, une orientation en matière d'emploi, des mesures de traitement ou d'assistance...), afin que cette personne puisse éventuellement bénéficier d'un placement sous contrôle judiciaire.

C'est l'illustration de la créativité des associations qui déploient souvent une intervention au-delà des textes. Ici elles imposent en quelque sorte leur avis quant aux mesures de substitution à l'emprisonnement. Du côté du secteur public, les Comités de probation se sont longtemps cantonnés à un recueil objectif des informations, lorsqu'ils effectuaient des enquêtes rapides. Pour eux, les propositions de réinsertion étaient une véritable intrusion dans le domaine réservé des magistrats ²⁸.

De plus, ce travail d'insertion de la part des associations se poursuit dans le cadre du suivi des personnes qui ont fait l'objet d'une enquête rapide, ceci indépendamment de la décision prise par les juges. Il consiste essentiellement dans la recherche d'un hébergement pour les sans-domicile fixe et dans des propositions de prise en charge lors de leur libération.

Signalons pour terminer, qu'au début de l'année 1989, plus de la moitié des associations de contrôle judiciaire socio-éducatif, se chargent

²⁷ Ainsi, l'A.P.C.A.R.S. a réalisé 4238 enquêtes rapides en 1990, qui se distribuent de la manière suivante:

Comparution immédiate	2206	soit 52,05 %
Convocation sur P.V.....	441	soit 10,40 %
Instruction	1570	soit 37,04 %
Divers	21	soit 0,49 %

²⁸ Ce n'est que très récemment, qu'à Bordeaux les délégués du Comité de probation ont accepté de faire des propositions de prise en charge, après de longues discussions avec le Parquet, s'alignant ainsi sur la pratique associative.

également des enquêtes rapides ²⁹. C'est là un signe d'une volonté de continuité dans le processus de prise en charge associative. Car dans ce domaine, les associations ont également cherché à dépasser le strict cadre normatif.

2 – Le détournement du Contrôle judiciaire

Le caractère socio-éducatif du contrôle judiciaire n'apparaissait pas clairement dans la loi du 17 juillet 1970. Certains auteurs refusèrent même d'accorder à cette mesure nouvelle, toute connotation d'assistance ³⁰.

Afin de fonder leurs pratiques en la matière, les associations se servirent essentiellement des alinéas 6 et 10 de l'article 138 du C.P.P. Ces alinéas disposent d'une part que les mesures de contrôle judiciaire pourront porter sur des activités professionnelles ou sur l'assiduité à un enseignement et que, d'autre part la personne concernée pourra faire l'objet de mesures d'examen, de traitement ou de soins, notamment aux fins de désintoxication.

Ce cadre légal va être assez rapidement dépassé par les associations qui, cherchant à développer les actions de réinsertion sociale des délinquants, vont se donner pour mission globale l'assistance des contrôlés ³¹.

L'action associative déployée en la matière se fonde sur une double approche, d'où le qualificatif donné à ce type nouveau de contrôle judiciaire. Il s'agit d'une approche fondée à la fois sur l'individu (éducatif) et sur le groupe social (socio). En d'autres termes, le contrôle judiciaire socio-éducatif se définit comme une "rééducation de la personne à des fins de réinsertion sociale" ³² qui va se concrétiser par une tentative de résoudre toutes ses difficultés d'insertion dans la société (au regard du travail, de l'hébergement, des situations administratives et familiales) ainsi que ses problèmes de personnalité.

Au début des années soixante-dix, le contrôle judiciaire socio-éducatif est peu pratiqué par les associations. L'institution est seulement expérimentée à Rouen, Nanterre, Paris, Versailles, dans le cadre d'associations

²⁹ Cf. *Annuaire des associations et services de contrôle judiciaire*, C.L.C.J..

³⁰ SOULEAU (I.), "Neuf années de contrôle judiciaire", op. cit..

³¹ Cet investissement des associations dans une mission de service public, n'est pas sans susciter des interrogations en termes de légitimité. Voir à ce propos FAUCONNET (L.), "Le contrôle judiciaire: les ambiguïtés de l'intervention de l'associatif dans une mission de service public", *Actes*, n.º 73, décembre 1990, pp. 28-32.

³² MESTROT (M.), op. cit., p. 258.

créées à l'initiative de certains magistrats. Ces pratiques marginales relè-
gaient à l'arrière-plan, l'aspect strictement "judiciaire". Or, durant les années
soixante-dix le contrôle judiciaire de type policier était largement domi-
nant.

La tendance va s'inverser à partir des années quatre-vingt, en raison
de la circulaire du 4 août de 1982 où il est fait appel au secteur associ-
atif pour mettre en place les infrastructures nécessaires au contrôle judici-
aire socio-éducatif, en créant une dotation budgétaire à cet effet. L'action
associative est largement préconisée par cette circulaire et on assiste alors
à une expansion phénoménale des associations. Ainsi, 87% des structures
actuelles ont été créées à partir de cette date. Mais le grand "boum" se
situe entre 1983 et 1985 où 55% des structures sont créées. Avant 1981 il
n'y avait que 9 associations de contrôle judiciaire socio-éducatif. En 1990,
elles sont plus de quatre-vingt³³ qui disposent d'un véritable monopole de
l'application de ce type de contrôle judiciaire, car les comités de proba-
tion redoutant la surcharge de travail occasionnée, ne se sont guère investi
dans ce secteur³⁴.

Vu cette floraison d'associations, il va sans dire que les modes d'in-
tervention ne sont pas uniformes³⁵. Cette diversité des modes de prise en
charge est inéluctable, tant la dynamique associative est hétérogène.
L'hétérogénéité n'est pas non plus absente de l'action associative déployée
en ce qui concerne les peines de travail d'intérêt général, même si on se
rend compte de sa spécificité.

3 – La spécificité associative de la prise en charge de la peine de travail d'intérêt général

Le travail d'intérêt général est la peine par excellence qui rend compte
de l'idée d'une politique criminelle participative. Ce sont les conseils com-
munaux et départementaux de prévention de la délinquance qui contribuent
à sa mise en oeuvre dans les territoires où ils sont compétents. Nous l'avons

³³ Pour une répartition géographique des associations, voir **MESTROT (M.)**, op. cit.,
p. 262.

³⁴ Il n'y a que quelques comités de probation qui assurent ce versant socio-éducatif du con-
trôle judiciaire, comme ceux de Saint-Étienne, de Grasse ou de Lyon.

³⁵ Sur ces modèles d'intervention, cf. **MESTROT (M.)**, *ibid.*, pp. 263-277. L'auteur réper-
torie plusieurs modèles qui privilégient soit l'axe judiciaire, soit l'axe social.

déjà signalé, le cadre légal de cette peine est extrêmement varié en France. Mais, les organismes d'affectation sont toujours les mêmes: il s'agit des collectivités publiques, des établissements publics ou des associations.

Cette peine rend compte, plus que toute autre, de la sociétalisation des réponses de politique criminelle, au sens large. En effet, le pouvoir régalién d'exécution des sanctions est purement et simplement délégué à des organismes non étatiques. Ce pouvoir peut même être délégué au secteur privé, puisque les associations font partie des organismes affectataires, ce qui entraîne le risque d'une privatisation de la sanction pénale.

Mais, quantitativement, la prise en charge par les associations de l'exécution de cette peine est faible. A l'échelle nationale, les collectivités publiques représentaient en 1988 64% de l'ensemble des structures d'accueil et, parmi elles, les communes entraînent pour 56,4%³⁶. C'est le résultat direct de la politique menée par les conseils communaux de prévention de la délinquance qui considèrent l'action en faveur des peines de travail d'intérêt général comme faisant naturellement partie de leurs objectifs.

Quant aux associations, elles ne représentaient en 1988 que 24,3% des organismes d'affectation. L'action associative est dans ce secteur minoritaire, alors qu'elle devait d'après les débats parlementaires servir d'exemple³⁷.

Cependant, il semblerait, d'après les dernières statistiques, qu'il y ait une augmentation progressive de la part des associations dans la mise en oeuvre de ce type de sanction, alors que baisse celle des collectivités publiques et que stagne celle des établissements publics³⁸.

D'après une étude faite sur Bordeaux à partir d'entretiens semi-directifs, il apparaît que la prise en charge par les associations des peines de travail d'intérêt général, se différencie assez nettement dans sa portée pédagogique et communautaire³⁹. En effet, les communes ont tendance à croire que la mise au travail est en elle-même formatrice et adoptent une vision davantage utilitariste de la sanction⁴⁰.

³⁶ *Note de conjoncture*, sur les mises à exécution du travail d'intérêt général, Ministère de la Justice, direction de l'administration pénitentiaire, Service des Études et de l'organisation, n.º 97, juillet 1989.

³⁷ Dans ce secteur, il y a donc "un constant de semi-échec", cf. NEVEU (M.), "La peine de travail d'intérêt général (Régime applicable dans le ressort du T.G.I. de Grenoble)", *Actes*, n.º 56, 1986, p. 8.

³⁸ Constat qui est fait par Michèle MESTROT, op. cit., p. 283.

³⁹ Ibid., pp. 291-297.

⁴⁰ FAGET (J.), *Justice et Travail social*, op. cit., p. 132.

Pour les associations, le souci d'insérer le jeune dans un groupe est une priorité et l'accent est surtout mis sur l'enrichissement résultant d'une vie en communauté. La perspective communautaire qu'elles adoptent, postule que la peine de travail d'intérêt général est l'occasion d'intégrer le délinquant au groupe social environnant. On essaie d'éviter la stigmatisation en assimilant le condamné au reste de l'équipe de travail. Ce dernier est ainsi responsabilisé dans le choix de son statut. Il lui appartient de décider ou non de se présenter comme condamné et de parler des circonstances de son infraction.

Le travail est choisi d'après la qualification du tige, mais en général, les tâches qui lui sont confiées ne nécessitent aucune formation particulière et consistent dans des travaux d'entretien, de jardinage, de peinture.

Alors que les communes assignent au travail d'intérêt général une fonction rétributive, les associations lui donnent une finalité d'amendement et de réinsertion. Elles suscitent souvent une réflexion qui amène le délinquant à une prise de conscience de son acte et lui fait comprendre la portée réparatrice de la peine qu'il accomplit.

Mais au-delà de la spécificité associative dans la prise en charge du travail d'intérêt général, l'application de la mesure varie en fonction du type d'association qui est chargé de la mettre en oeuvre ⁴¹.

La créativité et l'originalité de l'action associative sont également liées au fait que cette action tend, quantitativement à envahir l'espace judiciaire.

B • Une action qui tend à envahir l'espace judiciaire

La tendance de l'action associative à exercer un véritable monopole dans les secteurs où elle intervient, a déjà été évoquée. Cette tendance se vérifie notamment dans le domaine de l'aide aux victimes (1). Mais ce n'est pas le seul domaine fortement investi par les associations. Liée au monopole détenu en matière de contrôle judiciaire socio-éducatif, la pratique des enquêtes rapides par le secteur associatif, se révèle majoritaire (2).

⁴¹ Les modes d'interventions vont différencier les associations entre elles selon deux axes privilégiés d'action: l'axe économie sociale et l'axe relation. Sur cette typologie, voir: **MESTROT (M.)**, op. cit., pp. 295-297.

1 – Le monopole de l'aide aux victimes

Ce territoire a été, dès l'origine, principalement investi par les associations. En 1985, on dénombrait au niveau national, 58 associations loi 1901 (77,3%) et 17 structures municipales (22,7%). En 1987, il existait 76 associations d'aide aux victimes (72,4%) et 29 bureaux municipaux (27,6%). En 1990, 102 associations (77,2%) contre 32 structures municipales (23,8%)⁴².

C'est que le recours à la forme associative est recommandé par l'I.N.A.V.E.M., structure fédérative créée en 1986 sous le régime de la loi de 1901 et dont l'objectif est de promouvoir l'aide aux victimes et la médiation à travers l'information et la coordination de ses membres.

Alors que les associations d'aide aux victimes sont présentes sur l'ensemble du territoire, les structures municipales ne sont que très rarement installées dans les grandes villes⁴³. La quasi totalité de ces bureaux municipaux se situent dans les banlieues d'Ile-de-France. On remarque par ailleurs que la plupart des grandes villes connaissent plusieurs initiatives sur leur commune (Paris 8, Bordeaux 2, Strasbourg 2, Nantes 2, Lyon 2.)

Quant à la description de l'origine de ces associations, elles résultent d'initiatives très variées. Il existe des associations spécifiques dont la création a été incitée par les autorités judiciaires (Vict'Aid à Bordeaux). Parfois, ce sont des personnes privées qui en sont à l'origine (S.O.S agressions-conflits à Paris) ou des municipalités (A.V.A.D. à Marseille). D'autres fois, les services d'aide aux victimes fonctionnent dans des associations pré-existantes (Le Prado à Bordeaux).

Dans la mesure où il n'y a aucun texte législatif qui leur soit spécifique, les associations d'aide aux victimes jouissent d'une entière autonomie. L'adhésion massive des associations à l'I.N.A.V.E.M.⁴⁴ a donné une cohérence à l'action associative en ce domaine et uniformisé leurs statuts. Cette action s'articule autour des notions d'information, de concertation et d'innovation en faveur des victimes.

⁴² *Statistiques du Bureau des victimes*, Direction des affaires criminelles et des grâces, 1985, 1987 et 1990.

⁴³ Pour une répartition géographique des services d'aide aux victimes, cf. MESTROT (M.), *ibid.*, p. 199.

⁴⁴ Au 1^{er} mai 1990, 84% des associations étaient adhérentes, soit 85 associations d'aide aux victimes.

Les associations d'aide aux victimes ont d'abord pour fonction de renseigner les victimes d'infractions pénales sur leurs droits et de leur expliquer les démarches à entreprendre. L'assistance des victimes peut se prendre la forme d'une orientation vers les services compétents et de conseils juridiques dans le cadre du procès pénal.

Il faut remarquer que les demandes de nature strictement pénale correspondent à 45% de l'ensemble des prestations. Comme le souligne **Jacques FAGET**, ce taux est dû à l'absence de perception par les victimes d'une ligne de partage entre les affaires pénales et les incidents de la vie quotidienne qui relève du droit civil ⁴⁵.

Quant à l'aide concrètement déployée par ces associations, elle peut être une aide matérielle pour résoudre les situations d'urgence (aide financière, hébergement, prêts, réparation des dégats causés par l'infraction). Cette aide doit également permettre aux victimes d'obtenir une réparation effective du préjudice causé par l'infraction. Les associations peuvent ainsi inciter les victimes à saisir les différents fonds de garantie et la Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions.

Mais, c'est surtout l'aide psychologique et morale qui illustre le mieux la spécificité de l'action associative. Les victimes recherchent un soutien, une chaleur, une écoute. Dans cette perspective, on essaie de rétablir la victime dans son intégrité et dans sa dignité.

Les associations d'aide aux victimes tentent d'ouvrir leur action au partenariat, en instaurant une concertation entre les professionnels de la justice et les élus locaux.

En plus de l'écoute psychologique, la recherche de comportements nouveaux en faveur des victimes a amené les associations à expérimenter des techniques de déjudiciarisation comme la médiation pénale ⁴⁶.

Mais cette homogénéité découlant d'une uniformisation des statuts ne doit pas occulter la diversité de l'action associative en matière d'aide aux victimes dans la pratique ⁴⁷.

⁴⁵ Pour une liste des principales infractions répertoriées par l'I.N.A.V.E.M. dans les demandes d'aide de la part des victimes, voir **FAGET (J.)**, *Justice et Travail social*, op. cit., p. 49.

⁴⁶ Voir le chapitre 2 du titre 1^{er} de ce même livre.

⁴⁷ L'observation de cette diversité de l'action associative dans la pratique, a permis de répertorier les associations à travers leurs différents modèles d'intervention, selon qu'elles privilégient l'individu ou les institutions. Cf. **MESTROT (M.)**, op. cit., pp. 205-223.

Un des rares secteurs caractérisés par une réelle harmonisation de l'action associative, est sans aucun doute le secteur des enquêtes rapides.

2 – Le développement des enquêtes rapides

La politique menée par le Ministère de la Justice depuis 1989, visant à développer les enquêtes rapides par le biais des permanences d'orientation pénale, place le mouvement associatif au centre du dispositif. Les dispositions textuelles ont entériné la définition donnée par les associations aux enquêtes rapides. Par ailleurs, la participation du secteur associatif est encouragée dans l'organisation et la réalisation des enquêtes rapides.

Le nouveau dispositif insiste sur le fait que l'enquête ne doit plus se contenter de recueillir les éléments objectifs liés aux attaches personnelles et sociales des prévenus, mais doit également contenir des propositions propres à permettre son insertion sociale.

C'est pour cette raison que sont mobilisés dans leur ensemble les partenaires du secteur public et du secteur privé dans le cadre des permanences d'orientation pénale.

Ce nouveau dispositif permet alors au réseau associatif de s'investir davantage dans le processus judiciaire, dans la mesure où il dispose d'une vocation généraliste, d'une meilleure maîtrise du partenariat ainsi que des solutions concrètes d'insertion.

Si, à Bordeaux, l'intervention du comité de probation dans les permanences d'orientation pénale s'avère prépondérante ⁴⁸, cette situation est propre à la situation bordelaise. La pratique toulousaine en est un contre exemple. En effet, en 1991, 400 enquêtes ont été réalisées par l'A.S.P.J., tandis que le comité de probation n'en avait effectué que 36. La raison de ce délaissement du comité de probation est que les magistrats trouvent l'association plus performante ⁴⁹.

A l'échelle nationale, les premières évaluations ⁵⁰ font état d'une très grande hétérogénéité de ce partage entre secteur privé et secteur public.

⁴⁸ Un bilan statistique établi après six mois de fonctionnement des permanences d'orientation pénales révèle que sur 434 personnes rencontrées, 147 l'ont été par l'A.Re.S.C.J., contre 267 par le comité de probation et 26 par le S.E.A.T.

⁴⁹ FAGET (J.) et KIEFER (F.), *La permanence d'orientation pénale. Évaluation du dispositif toulousain*, op. cit.

⁵⁰ Circulaire du 19 décembre 1989, sur le premier bilan de la mise en oeuvre des permanences d'orientation pénale auprès des Tribunaux de grande instance.

Ainsi à Lyon, c'est le comité de probation qui assure seul les mesures d'enquête rapide, alors qu'à Paris, c'est l' A.P.C.A.R.S.

Mais, l'engagement des associations dans la mise en oeuvre des permanences d'orientation pénale est indéniable. Les associations interviennent directement dans leur fonctionnement et essaient en même temps de trouver des techniques qui visent à les perfectionner. De plus, le réseau associatif ne peut y être que prépondérant, puisque sa contribution est indispensable pour concrétiser les propositions d'insertion.

Cette invasion de l'espace judiciaire par l'action associative, est porteuse d'identités très diverses. Sur une toute autre échelle, elle dévoile l'identité territoriale de la France et du Portugal dans leur traitement de la délinquance. Car le Portugal apparaît très différent. Cette ouverture à la société civile que représente le monde associatif y est complètement occultée, tant les réponses étatiques sont incrustées dans l'espace judiciaire. C'est que le tissu associatif portugais présente cette particularité d'être beaucoup plus dynamique hors des frontières du Portugal que sur le territoire national. Une des nombreuses "bizarreries" lusitaniennes de ce pays fait de contraste et de paradoxes.

Section 2:

La tendance portugaise à plutôt étatiser les réponses de politique criminelle

Au Portugal, l'organe qui a été créé de toute pièce pour réaliser la nouvelle politique pénale issue des codifications, l'Institut de Réinsertion Sociale, relève du secteur public. Il lui incombe essentiellement de territorialiser le traitement de la délinquance, territorialisation qui s'harmonise parfaitement avec les principes directeurs contenus dans la constitution de 1976 ⁵¹. L'actuel déploiement de son champ d'action est intéressant à étudier, car il est un excellent exemple d'interventionnisme étatique (§ 1), interventionnisme qui semble aller à l'opposé de l'action associative en France. Par ailleurs, la tendance de la politique criminelle portugaise à étatiser les réponses se manifeste à travers l'utilisation des différents réseaux

⁵¹ Voir l'article 277 n.° 2 de la Constitution de la République Portugaise.

de sanctions. En effet, malgré la dépénalisation opérée et le recours aux sanctions administratives, il existe des zones où l'écart à la normativité donne lieu essentiellement à des réponses pénales et engendre un contentieux de masse (§ 2).

§ 1 • *L'Institut de Réinsertion Sociale: un exemple d'interventionnisme étatique*

L'Institut de Réinsertion Sociale qui tend à monopoliser les services sociaux de la justice, est devenu l'acteur central de la politique criminelle portugaise. Il est étroitement lié au mouvement de codifications nouvelles qui dans un climat général d'effervescence législative, s'attachait à "remettre les pendules à l'heure", après la "révolution des oeilletons". L'adhésion aux idéaux européens dans le traitement de la délinquance⁵², préfigurait ainsi la construction de l'Europe.

Contrairement à la France, le processus d'ouverture de la justice sur le local n'a pas été commandé par l'asphyxie des anciennes structures mais par une volonté de modernisation du réseau étatique et d'harmonisation des interventions. C'est la raison pour laquelle il s'agit d'un mouvement de déconcentration des services administratifs et non pas de décentralisation. Il peut se définir comme un transfert de compétences de la part du pouvoir central à ses propres agents locaux. Cette recomposition – décomposition du service social de la justice a obéi par conséquent à des logiques homogènes de nature expansionniste (A). Mais, l'implantation des structures déconcentrées de ce grand service social de la justice, allait forcément conduire une transformation profonde des pratiques socio-judiciaires (B).

A • *L'expansion des services de réinsertion sociale*

Le champ d'action de l'Institut de Réinsertion Sociale a été dès sa constitution extrêmement vaste, caractérisant ainsi l'expansion fonction-

⁵² Notamment ceux du Conseil de l'Europe. Voir la résolution du Comité des ministres du 9 mars 1976 sur certaines mesures de substitution et celle du 23 juin 1983 sur la participation du public à la politique criminelle. La Conférence permanente européenne de la probation qui s'est tenue à Berne (Suisse) le 22-25 octobre 1984, insiste sur la nécessité de développer ou de créer des structures décentralisées permanentes dans tous les arrondissements judiciaires.

nelle sans précédent d'une intervention sociale unifiée (1). L'expansion territoriale (2) des services de l'Institut fut, elle, plutôt problématique au départ en raison d'une insuffisance de dotations budgétaires et de la méfiance du pouvoir politique. Cependant, on peut dire qu'une implantation locale et non plus seulement régionale est désormais réalisée en ce qui concerne les services déconcentrés.

1 – Au plan horizontal: envahir l'espace fonctionnel

D'après le décret-loi n.° 204/83 du 20 mai 1983", l'Institut de Réinsertion Sociale est une personne collective de droit public, dotée d'autonomie administrative et financière et d'un patrimoine propre...". Sa principale originalité est d'être un organe autonome de l'administration pénitentiaire et des autorités judiciaires, placé directement sous la tutelle du Ministère de la Justice.

Dès sa création dans le décret-loi n.° 319/82 du 11 août 1982, ses compétences allaient envahir l'espace fonctionnel du service social pénitentiaire ainsi que celui des mineurs. L'article 96 du décret-loi n.° 204/83 prévoyait l'intégration dans le personnel de l'Institut, de différents agents administratifs appartenant à l'administration pénitentiaire et à la Direction générale des services tutélaires des mineurs.

En ce qui concerne les attributions spécifiques de l'Institut de Réinsertion Sociale, on remarque la même propension expansionniste. Elles présentent beaucoup d'originalités. Il doit principalement:

- Contribuer à la définition des politiques de réinsertion sociale et de prévention criminelle et participer à l'élaboration des mesures législatives et réglementaires en rapport avec la réinsertion sociale et la prévention criminelle.

- Développer des plans et programmes nécessaires à la promotion de la réinsertion sociale des délinquants et à la prévention criminelle.

Ses interventions à un stade plus individuel se situent tout au long du procès pénal au sens large s'enracinant dans la phase présentencielle et se déployant jusqu'aux confins de la phase post-sentencielle.

Ainsi, aux stades présentenciel et sentenciel, il a pour fonction primordiale d'appuyer les tribunaux dans leurs décisions en élaborant, de façon facultative ou obligatoire, des rapports sociaux et de personnalité. Signalons au passage que ces rapports présentenciels autrefois officieux

ont été légalisés par le nouveau code de procédure pénale. Mais il lui incombe également de contrôler les prévenus faisant l'objet d'une mesure de suspension provisoire du procès dans laquelle diverses injonctions et règles de conduite sont prévues.

Au stade post-sentenciel, les fonctions de l'Institut de Réinsertion Sociale sont les suivants:

- Intervenir dans l'exécution des mesures pénales non détentives prévues par le code pénal de 1982, ainsi que dans les autres mesures privatives de liberté se déroulant dans les établissements pénitentiaires et les institutions psychiatriques.

- Assister les délinquants faisant l'objet d'une libération conditionnelle ou définitive.

- Intervenir dans l'exécution des mesures spéciales appliquées aux jeunes délinquants (de 16 à 21 ans) ainsi qu'aux mineurs non imputables.

Horizontalement, l'histoire de l'intervention des services de réinsertion sociale se trouve gravée dans un espace multifonctionnel. L'invasion du tissu social s'opère également de façon verticale avec la déconcentration de l'Institut à l'échelle territoriale.

2 – Au plan vertical: envahir l'espace territorial

L'idée d'une structure spécialisée d'assistance auprès des tribunaux était déjà envisagée par le nouveau code pénal de 1982. L'Institut de Réinsertion Sociale répond, on l'a vu, à l'idée d'une concentration organique du service social de la justice mais également à celle de sa déconcentration, reprenant là les principes constitutionnels établis en matière de réforme des organismes publics. La commission d'installation qui fut chargée de préparer le projet de loi organique de l'Institut ayant abouti au décret-loi n.º 204/83 du 20 mai 1983, prévoyait une implantation des services étalée sur une période de 9 ans.

Les services centraux furent les premiers installés. Leur rôle principal est d'être un instrument de planification, de coordination et d'assistance technique. Ils eurent également pour fonction la mise en place des services déconcentrés à un double échelon:

- à l'échelon régional, celui du district judiciaire, par la création de délégations régionales respectivement implantées à Lisbonne, Porto, Coimbra et Évora;

– à l'échelon local, celui de la *comarca* (la circonscription judiciaire de base), par l'établissement de *núcleos de extensão*.

Le projet initial prévoyait aussi des organes consultatifs aux plans local et régional, constitués par les entités publiques et privées qui participent à la prévention criminelle et à la réinsertion sociale.

Jusqu'en janvier 1988, la faiblesse des moyens financiers accordés à l'Institut ne permettait qu'une réalisation minimale de structures centrales et déconcentrées. Ainsi au 31 décembre 1987, son personnel se répartissait de la façon suivante:

- services centraux: 22,7% (57).
- services déconcentrés: 77,3% (195).

Ce n'est qu'à partir de janvier 1988 que les services de l'Institut de Réinsertion Sociale vont véritablement envahir l'espace territorial, avec la création à un rythme accéléré d'équipes d'agents de réinsertion sociale dans toutes les circonscriptions judiciaires.

Au 31 décembre 1990, la répartition entre les services centraux et les services déconcentrés de l'Institut est la suivante:

- services centraux 13,5% (84);
- services déconcentrés 86,5% (543) ⁵³.

On remarque l'accroissement considérable du nombre des fonctionnaires des services déconcentrés: en trois ans il a connu une progression d'un peu plus de 278%.

Aujourd'hui, même si la structuration locale n'est pas encore comparable à celle du projet initial relatif aux *núcleos de extensão*, il existe toutefois des équipes de réinsertion sociale dans toutes les circonscriptions judiciaires.

Ce n'est qu'à Faro et dans les Açores qu'existent pour le moment des *núcleos de extensão*.

Ajoutons pour terminer cette analyse de l'invasion de l'espace territorial par l'Institut de Réinsertion Sociale, qu'une collaboration à l'échelon local entre les diverses instances de la société civile a néanmoins eu lieu et ceci en dehors du cadre inexistant des commissions consultatives.

⁵³ Parmi les 543 fonctionnaires des services déconcentrés, 73% étaient des agents de réinsertion sociale.

En effet, les délégations régionales sont intervenues dans divers projets de prévention, jouant ainsi un rôle de relais entre les instances publiques et privées (collectivités locales, administrations publiques, institutions privées de solidarité sociale, communautés religieuses) ⁵⁴.

L'idée du partenariat n'est donc pas absente de l'action menée par les services de réinsertion sociale. Du côté des autorités judiciaires, ce n'est que très progressivement que les agents de réinsertion sociale ont pu établir la relation de confiance nécessaire au bon fonctionnement institutionnel. Le développement de leur intervention au stade présentiel et la pratique des rapports sociaux et de personnalité y a certainement contribué.

Ses résistances premières de la part des tribunaux reproduisait la méfiance à leur égard du pouvoir politique qui en 1985 voulait éteindre la structure pour des raisons d'économie budgétaire. Mais, la bonne volonté des dirigeants de l'Institut de Réinsertion Sociale, la richesse humaine déployée dans les actions concrètes d'insertion ont fini par couper court aux discussions. Si bien que l'implantation des services déconcentrés a fini par être complètement réalisée, alors que par ailleurs beaucoup de postes de la fonction publique étaient gélés.

De même, le nouveau code de procédure pénale de 1987 a clarifié la position de l'agent de réinsertion sociale. Il est un interlocuteur privilégié du magistrat, qui a acquis droit de cité et de parole. Son statut est celui d'un témoin / expert auprès des tribunaux qui renseigne le juge sur "l'histoire de son client" et donne un avis sur la mesure la plus adéquate.

Aujourd'hui complètement reconnu, l'agent de réinsertion participe pleinement à cette ouverture de la justice pénale sur le local et au phénomène de l'insertion locale des juridictions ⁵⁵.

Et sous la plume des juges, on trouve parfois des traces de cette reconnaissance. Ainsi ces quelques réflexions dans un arrêt de la cour d'appel de Lisbonne:

"Nous avons assisté il y a quelques années à l'apparition chahutée de "l'Institut de Réinsertion Sociale", à son difficile accouchement, et au temps particulièrement long qu'il a mis à surmonter les pesanteurs bureaucratiques ainsi que budgétaires jusqu'à obtenir une certaine efficacité dans ce

⁵⁴ Pour plus de détail sur ces projets, cf. **FAGET (J.)** et **MONTEIRO (E.)**, "Identité régionale et traitement de la délinquance: Analyse comparative des pratiques françaises et portugaises", *L'identité régionale*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1991, pp. 289-298.

⁵⁵ **WYVEKENS (A.)**, "Justice pénale et environnement local, le "milieu ouvert" et "l'insertion locale des juridictions", A.P.C. 1990, n.º 13, pp. 43-60.

qui l'intéresse, c'est-à-dire, à réaliser concrètement le service de réinsertion sociale au cas par cas.

Il a amélioré les choses dans ce domaine, et les juges, même ceux qui sont les moins ouverts, commencent par se rendre compte comment un rapport social bien fait dans un procès, viabilise une adéquation de la peine..."⁵⁶.

L'oeuvre de l'Institut de Réinsertion Sociale, ne ressemble plus, comme on le craignait, à une chronique d'une mort annoncée. Ses fonctions concrètes se sont déployées au-delà de ce qui était concevable, car elles se sont transformées et ont transformé les pratiques judiciaires.

B • Les transformations produites

Réconcilier les acteurs de la politique criminelle portugaise faisait partie des logiques sous-jacentes dans la mission de l'Institut de Réinsertion Sociale. En effet, les réformes portugaises ne procédaient pas de la négociation des différents acteurs impliqués, mais ont plutôt été imposées au corps social par une intelligentsia attachée à des principes dogmatiques ambitieux.

Il apparaît dans ce contexte, comme étant un instrument de réconciliation institutionnel, à la recherche d'une légitimité politique et sociale, devant promouvoir également l'idéal d'une justice pénale régénératrice axée sur le développement du milieu ouvert. Or, ce pouvoir voulu de transformer les pratiques, se double d'une auto-transformation. L'approche qualitative des changements produits par cet organisme public "caméléon" (2), nous permettra de comprendre tous les enjeux qu'il véhicule, après avoir procédé à une analyse quantitative de son action (1).

1 – Le point de vue quantitatif: la judiciarisation de l'intervention sociale

L'Institut de Réinsertion Sociale était envisagé au plan structurel comme une nécessité à la viabilité du milieu ouvert. L'agent de réinsertion sociale avait pour tâche principale, l'assistance ou le contrôle du délinquant placé

⁵⁶ Traduction personnelle d'un passage d'un arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne en date du 2 octobre 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, tomo IV, p. 201.

en milieu ouvert mais aussi en milieu fermé puisqu'il avait hérité d'anciennes fonctions de l'administration pénitentiaire.

Un constat s'impose lorsqu'on observe la nature des interventions réalisées jusqu'à aujourd'hui: elles sont essentiellement centrées autour de l'élaboration de rapports sociaux et de personnalité pour répondre aux sollicitations des tribunaux. La mission des agents des services de réinsertion sociale est devenue ainsi une mission d'information des tribunaux.

En concourant à la prise de décision des juges, l'intervention sociale se judiciarise ⁵⁷.

En ce qui concerne la proportion entre l'information du magistrat et l'assistance du "client", les chiffres sont parlants. Ils illustrent une progression continue qui atteint au 31 décembre 1991 la proportion de 78,1%.

– Au 31 décembre 1987, la proportion était de 45% alors que les rapports pré-sentenciels n'étaient qu'officieux. Au 31 décembre 1988, 47,5%. Au 31 décembre 1989, 52,8% (sans comptabiliser dans ces chiffres l'information sollicitée pour les mineurs). Au 31 décembre 1990, 74,8% (en comptabilisant cette fois-ci les mineurs).

Cette progression ne peut pas uniquement s'expliquer par la légalisation des rapports pré-sentenciels faite dans le nouveau code de procédure pénale, car le rapport social n'est obligatoire on l'a déjà signalé que pour les jeunes délinquants qui ont au moment de la commission de l'infraction moins de 21 ans ⁵⁸.

Elle rend compte non seulement du degré de reconnaissance des services de l'Institut de réinsertion sociale qui va en s'intensifiant mais aussi des représentations des magistrats quant à la nature de l'intervention souhaitée.

Certes, les juges portugais connaissent et en profitent aujourd'hui les structures opérationnelles en matière d'assistance des délinquants et de contrôle des mesures alternatives. Mais ils ont circonscrit leur intervention en

⁵⁷ Voir sur l'idée de la judiciarisation de l'intervention sociale l'article de **Jacques FAGET**, "Contrôle judiciaire et travail social" *R.S.C.*, 1986, pp. 319-331.

⁵⁸ Voir l'article 370 n.º 2 du code de procédure pénale qui impose le rapport social lorsqu'il est question d'appliquer au jeune délinquant une peine de prison ferme, une mesure de sûreté d'internement supérieure à 3 ans ou une mesure alternative à la peine privative de liberté qui nécessite l'intervention des services sociaux.

Le caractère obligatoire de ce rapport est d'ailleurs extensivement interprété par la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle estime en effet que son inexistence est un motif de cassation même en cas de prononcé du sursis simple. Voir l'arrêt de la section criminelle de la Cour de cassation du 22 mai 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, tomo 3, p. 20.

la canalisant dans une fonction de “collaboration” décisionnelle. De quoi apporter de l’eau au moulin de ceux qui dénoncèrent le mythe de la réinsertion sociale en craignant de voir poindre un élargissement du contrôle social. Sans doute est-ce là le prix à payer de l’instauration d’une véritable relation de partenariat au Portugal. Ce qui nous amène à aborder d’un point de vue qualitatif les transformations produites.

2 – Le point de vue qualitatif

L’analyse qualitative de l’impact sur les pratiques suscité par les services de réinsertion, révèle d’une part, une fusion de l’intervention sociale (a) et d’autre part, une véritable mutation des réponses judiciaires (b).

a) La fusion de l’intervention sociale

Elle se manifeste dans la justice des majeurs et des mineurs et dans la justice pénale et civile.

* *La fusion majeurs-mineurs*: L’Institut de Réinsertion Sociale était conçu au départ comme un service s’occupant principalement des majeurs délinquants. La formation interne dispensée aux agents de réinsertion sociale était entièrement tournée vers les adultes, mis à part le régime particulier des jeunes délinquants de 16 à 21 ans, qui sont passibles de la justice pour majeurs mais se voient appliquer une réglementation spéciale ⁵⁹.

L’intervention auprès des mineurs de 16 ans leur a échappé dans un premier temps hormis des cas ponctuels. Or, au fur et à mesure que les services s’implantaient localement et que la relation de confiance s’installait auprès des différents partenaires légaux, les juges des tribunaux pour enfants multipliaient leur demande d’assistance technique. La délégation régionale de Coimbra dont le degré d’insertion locale s’avère sans doute beaucoup plus puissant que dans les autres délégations ⁶⁰, répondait aux sollicitations des magistrats.

⁵⁹ Celle du décret-loi n.° 401/82 du 23 septembre 1982.

⁶⁰ En effet, le facteur personnel est extrêmement important dans le processus d’insertion locale. La délégation régionale de Coimbra doit son dynamisme à la personnalité des dirigeants mais également à la ville elle-même. Ville de Fado et de festivités académiques, son territoire mieux qu’un autre est propice aux relations inter-institutionnelles.

En 1988 s'initiait ainsi une ère nouvelle pour les agents de l'Institut, celle d'une intervention massive auprès des mineurs. Citons pour mémoire quelques chiffres:

Au 31 décembre 1988, 508 demandes d'intervention des tribunaux concernaient les moins de 16 ans sur un total de 3838, toutes délégations régionales confondues. Sur ces 508 demandes, 404 concernaient la délégation régionale de Coimbra.

Au 31 décembre 1989, 1423 demandes sur un total général de 6797.

Au 31 décembre 1990, 3339 du total des demandes des tribunaux concernaient les mineurs de moins de 16 ans, alors que 7277 étaient relatives à des majeurs ⁶¹.

Au 31 décembre 1991, la proportion des demandes d'intervention concernant les majeurs et les mineurs s'est presque équilibrée avec, respectivement 7661 et 6492 demandes au total. Cet équilibrage est encore plus manifeste en 1992 ⁶²:

Au 31 décembre 1992, 8995 demandes concernaient l'ensemble des majeurs, contre 8323 pour les mineurs ⁶³.

Les explications de cette fusion sont nombreuses. La raison essentielle est l'absence de structures spécialisées à l'échelon local. En effet, il n'existe pas de tribunaux pour enfants dans toutes les circonscriptions judiciaires ⁶⁴. Ainsi, les tribunaux communs peuvent intervenir. Dans la mesure où un service social propre ne s'est constitué que devant les tribunaux spécialisés, il semble naturel que les services de l'Institut de Réinsertion Sociale soient appelés à la rescousse. De plus, le fonctionnement de la justice des mineurs est, du fait de ses anomalies structurelles, fortement centralisateur ⁶⁵. L'appel à l'acteur local à travers l'Institut de Réinsertion Sociale permet de réaliser l'objectif tant souhaité de déconcentration des réponses.

Pour terminer cette étude de la fusion de l'intervention majeurs / mineurs, il convient d'attirer l'attention sur la stagnation des sollicitations

⁶¹ Il convient de remarquer la nette progression des demandes des tribunaux en ce qui concerne les majeurs, puisqu'en 1989, elles n'étaient que de 1933. Cette progression galopante des sollicitations d'intervention touche aussi bien les majeurs que les mineurs et accompagne l'accélération du phénomène de la localisation à partir de l'année 1988 qui a été décrite dans la première partie.

⁶² Pour une analyse plus détaillée de l'intervention pré-sentencielle de l'Institut: voir en Annexes, Tableau n.º 13.

⁶³ Cf. Tableau en Annexes, n.º 10 et 11.

⁶⁴ Leur existence est réduite à Lisbonne, Porto, Coimbra, Faro et Funchal (île de Madère).

⁶⁵ Voir **Eliana GERSÃO**, "Protecção "tutelar" de menores em Portugal. Velhas respostas, novas respostas - Para onde vamos?", op. cit.

d'intervention concernant les majeurs en 1991. Cette stagnation est la contrepartie de l'équilibrage fonctionnel des services de réinsertion sociale qui ont pris également en charge les mineurs. Mais cet équilibre n'a pas changé le rôle confié à l'Institut. Il reste un organe d'information sur la personnalité et sur le milieu social des populations faisant l'objet d'une instance pénale, quelle soit de type classique ou tutélaire.

* *La fusion pénale / civil*: Plus remarquable est cette fusion car, il s'agit là d'une pratique véritablement extralégale. En effet, il y avait déjà des services d'assistance sociale qui prenaient en charge le secteur des mineurs faisant l'objet d'un procès civil de type tutélaire devant les tribunaux de famille ⁶⁶. Les tribunaux sollicitèrent l'intervention des agents locaux de l'Institut de Réinsertion Sociale surtout à partir de l'année 1990. C'est la délégation régionale de Coimbra qui, une fois de plus, reçut le maximum des sollicitations initiales (857 demandes pour un total général de 1846 pour l'année, toutes délégations confondues).

Au 31 décembre 1992, les demandes atteignirent un total général de 5182, parmi lesquelles 4967 sollicitations de rapports sociaux. Elles représentaient presque le double des demandes en matière pénale concernant les mineurs de 16 ans (2698) ⁶⁷.

Cette fusion inattendue de l'intervention sociale atteste le niveau de légitimité atteint par les services de réinsertion sociale et le fort degré d'insertion locale de ses agents. Désormais, les demandes des tribunaux se répartissent de manière homogène entre les différentes délégations régionales, selon le type d'intervention souhaitée.

L'avenir nous renseignera sur le devenir de l'institution. Peut-être son rôle sera-t-il confiné – mais a-t-on raison de le craindre? – au secteur spécifique des jeunes délinquants.

Quoi qu'il en advienne, l'implantation locale de l'Institut de Réinsertion Sociale a profondément dynamisé le système pénal portugais. Les réponses judiciaires, elles aussi, ont subi des transformations imprévisibles.

b) La mutation des réponses judiciaires

Les réponses judiciaires se transforment tant au stade pré-sentenciel, qu'aux stades sentenciel et post-sentenciel.

⁶⁶ Voir les articles 146 et suivants du décret-loi n.º 314/78 du 27 octobre 1978 (Organização Tutelar de Menores).

⁶⁷ Voir en Annexes, Tableau n.º 14 et 13.

* *Les transformations au stade pré-sentenciel*: L'intervention des services sociaux de réinsertion sociale, on l'a déjà souligné, a énormément investi le stade pré-sentenciel. L'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale y a certainement contribué.

Alors que l'utilisation des rapports sociaux pour décider d'une mesure de coercition et de garantie patrimoniale pendant l'instruction à l'encontre de l'inculpé n'était pas envisagée dans les textes, les magistrats les estimèrent utiles. Par contre, ils étaient prévus à l'article 213 n.º 3 du C.P.P., pour la motivation du maintien ou la révocation de la détention provisoire.

En dehors des rapports sociaux, une assistance aux prévenus de la part des agents de réinsertion sociale est sollicitée par les tribunaux sous deux formes. La première est expressément prévue par le code de procédure pénale et fait partie des mesures innovatrices. La seconde est une pratique extra-légale qui servira davantage à notre démonstration.

Le code de procédure pénale prévoit l'intervention de l'Institut pendant la suspension provisoire du procès. D'après l'article 281 du code de procédure pénale, le procès peut être suspendu au stade de l'instruction pendant une période de deux ans sous diverses conditions, lorsque l'infraction est passible d'une peine de prison de moins de trois ans. Cette suspension du procès est assortie de certaines injonctions et règles de conduite, pour lesquelles l'intervention des services de réinsertion sociale peut être requise. Ainsi en 1992, 61 prévenus ont été suivis par l'Institut de Réinsertion Sociale, toutes délégations régionales confondues⁶⁸.

Cette mesure ne doit pas être confondue avec le contrôle judiciaire socio-éducatif type français. En effet, la suspension provisoire du procès n'a pas pour finalité de substituer la détention provisoire mais elle interrompt la poursuite elle-même. En cas de succès de la mesure, l'affaire est classée par le Ministère public. Sa nature est donc de type éminemment probationnaire, alors que la culpabilité de l'individu n'est pas encore affirmée et ne le sera peut-être jamais.

Plus intéressante, car elle se situe en dehors des textes, est l'assistance sollicitée lorsque le prévenu est placé en liberté provisoire assortie d'obligations⁶⁹. La pratique portugaise développe à ce stade, une institu-

⁶⁸ Voir Tableaux en Annexes, n.º 12.

⁶⁹ Voir les articles 196 et suivants du C.P.P.

tion comparable au contrôle judiciaire socio-éducatif français. En 1992, 80 individus ont été ainsi soumis à un suivi socio-éducatif de la part des agents de réinsertion sociale.

Notons ici que cette pratique a débuté en 1988 en réponse aux demandes des autorités judiciaires qui ont progressé jusqu'en 1990 (56) pour ensuite connaître un léger fléchissement en 1991. Ce fléchissement peut s'expliquer par l'incertitude qui entoure cette pratique extra-légale chez les propres agents de réinsertion sociale ⁷⁰.

Mais ce n'est pas seulement au stade pré-sentenciel que s'observent des pratiques extra-légales.

* *Les transformations au stade sentenciel et post-sentenciel.* Trois types de sanctions seront plus particulièrement considérés comme indicateurs d'une mutation des pratiques des tribunaux liée au phénomène de la localisation du traitement de la délinquance: le travail d'intérêt général, la probation et le sursis avec mise à l'épreuve.

– Le travail d'intérêt général est devenu multiforme au Portugal. Dans les textes, il était soit une peine autonome alternative à la peine de prison de courte durée ⁷¹ (art. 60 du C.P.), soit une alternative à la peine d'amende impayée (art. 47 du C.P.). Or, la restriction de la limite légale pour son application heurte le principe contenu à l'article 43 du C.P. de la substitution de la peine de prison inférieure à 6 mois par la peine d'amende ⁷².

Toutes ces raisons ont contribué à la rareté de l'application par les tribunaux du travail d'intérêt général comme peine autonome. En 1992, les tribunaux sollicitèrent l'intervention de l'Institut de Réinsertion Sociale pour le prononcé de 40 peines de travail d'intérêt général. Ses services en ont concrètement pris en charge 21 pendant l'année ⁷³. D'ailleurs l'application de cette peine autonome a tendance à se localiser surtout dans un

⁷⁰ Toutefois, on peut noter qu'en 1992, la progression a repris (87). Cf. Tableau n.° 10, en Annexes.

⁷¹ Le code pénal prévoit pour le moment une limite maximale de trois mois.

⁷² C'est pour cette raison que le projet de révision du code pénal a envisagé une limite maximale supérieure. La peine de travail en faveur de la communauté pourra être prononcée, si la peine concrètement applicable ne dépasse pas un an (art. 58 n.° 1).

⁷³ Voir en Annexes, Tableau n.° 12

tribunal, celui de Loulé en Algarve où elle s'est personnalisée (21% du total général national de 1984 à 1990) ⁷⁴.

En ce qui concerne le travail d'intérêt général alternative à l'amende impayée, la demande des tribunaux est plus forte. Elle révèle les représentations des magistrats qui lui reconnaissent dans ce cas davantage d'utilité (364 sollicitations en 1991) ⁷⁵.

Mais au-delà de ces deux formes légalement prévues, les magistrats accusent une tendance à utiliser les services communautaires en association à d'autres sanctions pénales. Ainsi sont apparues les modalités jurisprudentielles du travail d'intérêt général suivants: en tant que mesure corrective dans le cadre des obligations imposées aux jeunes adultes, en tant qu'obligation de la peine de sursis, en tant qu'obligation substitutive du paiement de l'indemnisation due à la victime, ou encore en tant qu'injonction liée à la suspension provisoire du procès.

En ce qui concerne les peines de type probationnaire, le Portugal avait adhéré, dans son code pénal, au système de la probation pure type anglo-saxon. Aujourd'hui, cette peine est relativement marginale ⁷⁶ par rapport à une autre sanction similaire d'origine jurisprudentielle, qui requiert l'intervention de l'Institut de Réinsertion Sociale: la suspension de la peine de prison avec accompagnement. Il s'agit d'une mesure comparable au sursis avec mise à l'épreuve de type continental.

En 1992 alors que les cas de probation suivis par les agents de réinsertion sociale étaient de 151 pour tout le pays, 410 sursis avec mise à l'épreuve étaient parallèlement pris en charge (soit plus du double) ⁷⁷.

La pratique portugaise a par conséquent sanctionné l'option du Législateur, en cautionnant la solution traditionnelle du droit pénal continental. Il convient ici de souligner que la Cour de cassation portugaise a

⁷⁴ Voir l'intéressante étude des services centraux de l'I.R.S. "Reacções penais não detentivas", présentée par son Président Monsieur **Luís DE MIRANDA PEREIRA** aux journées en l'honneur du Professeur **Eduardo Correia**, "O sistema sancionatório português e a revisão do Código penal", Coimbra 22-24 avril 1991.

⁷⁵ Par contre en 1992 les magistrats ont moins sollicité l'application de cè substitut (193). On peut y voir un signe précurseur des modifications souhaitées par la Commission de révision du code pénal, l'amende impayée étant substituée par un sursis. Cf. l'article 49 n.º 3 du projet de révision (février 1991).

⁷⁶ Contrairement au travail d'intérêt général, la probation a une tendance à se localiser surtout dans le district judiciaire de Lisbonne où elle atteint 57 % des mesures prononcées dans tout le pays. Voir l'étude "Reacções penais não detentivas", op. cit.

⁷⁷ Au niveau des demandes des tribunaux pour l'année 1992, la proportion est similaire: 275 sursis avec mise à l'épreuve contre 103 probations. Cf. en Annexes, Tableau n.º 11.

clairement consacré la pratique du sursis avec mise à l'épreuve pour lequel l'Institut de Réinsertion Sociale est aussi compétent ⁷⁸.

L'explication de cette préférence manifeste réside dans les difficultés d'interprétation du cadre légal du régime de probation qui ne pourrait pas, pour certaines juridictions, s'appliquer au vol qualifié. En appliquant à cette infraction le sursis avec accompagnement qui n'obéit pas au même cadre légal, la difficulté est contournée par les tribunaux ⁷⁹.

Soulignons qu'une étude concernant les peines de type probationnaire au Portugal prononcées par les tribunaux de 1983 à 1987, révèle qu'elles n'ont pas été, dans leur grande majorité, précédées par un rapport social pré-sentenciel ⁸⁰.

Faut-il en conclure que le rapport social n'a de véritable influence sur les juges que pour les décisions prises au stade pré-sentenciel? Il est trop tôt pour l'affirmer.

Mais, il est vrai que le nombre des peines alternatives à l'emprisonnement prononcées par les tribunaux ne représente qu'un pourcentage très faible ayant tendance à se maintenir, alors que les demandes de rapports pré-sentenciels ne cessent elles d'augmenter. Seules des recherches en sentencing partant de cette hypothèse pourront nous le dire.

Bien différent s'avèrent les mouvements de politique criminelle en France et au Portugal, même si on retrouve des constantes dans les pratiques judiciaires. En ce qui concerne les contentieux de masse on peut difficilement retrouver ces constantes, vu la dépénalisation opérée par la politique criminelle officielle du Portugal. Leur nature ne peut être que distincte.

§ 2 • *La persistance des réponses pénales dans les contentieux de masse*

Le terme de contentieux de masse est un terme récent. Il découle d'une construction empirique destinée à analyser le fonctionnement de la

⁷⁸ Voir l'arrêt du 29 mars 1989, confirmé par un autre arrêt du 12 juillet de la même année, *B.M.J.*, n.° 389, 1989, pp. 501-509.

Le projet de révision du code pénal a réglementé cette mesure sous le nom de *suspensão com regime de prova* (art. 53).

⁷⁹ L'étude de l'Institut de Réinsertion Sociale précitée montre qu'une majorité des sursis avec mise à l'épreuve a été prononcée de délinquants poursuivis pour vol qualifié.

⁸⁰ Dans 89% des cas en ce qui concerne la probation, voir **Luís de MIRANDA PEREIRA**, "Reações penais não detentivas", op. cit.

justice pénale⁸¹. Sont ainsi décrits par ce terme, les contentieux répressifs importants quantitativement pour lesquels les réponses institutionnelles apparaissent peu différenciées. Mais l'utilisation de ce concept permet également de s'interroger sur les effets mêmes de ces contentieux et de leur traitement, sur les institutions policières et judiciaires en ouvrant la voie à une réflexion en terme de dépenalisation.

Paradoxalement, il existe au Portugal des contentieux de masse auxquels sont apportées encore des réponses de type étatiques, contentieux que nous essaierons dans un premier temps de caractériser (A), avant de procéder à leur analyse (B).

A • Caractérisation des contentieux de masse

“Quel monde étrange que nous créons, dans lequel nos petits biens – et surtout l'intouchabilité de notre véhicule – constituent des valeurs plus importantes que notre intégrité physique...”

Ces quelques mots de Mme **Eliana GERSÃO**, en conclusion d'une étude sur la politique criminelle portugaise et les prisons⁸², montrait une surpénalisation du vol par rapport à d'autres infractions qui représentaient pourtant des pourcentages plus élevés dans les affaires traitées par les tribunaux portugais.

Il est vrai que le contentieux répressif portugais fait apparaître, encore à l'heure actuelle, le vol parmi les infractions majoritairement traitées. Pourtant il n'arrive qu'en troisième position lorsqu'on se penche sur les statistiques officielles de la Justice au Portugal de 1988 à 1991⁸³.

Pendant cette période, les trois infractions qui arrivent en tête des affaires donnant lieu à un procès pénal sont, par ordre décroissant: les chèques sans provision, les lésions (offenses) corporelles⁸⁴ et les vols⁸⁵.

⁸¹ Il apparaît pour la première fois en France lorsque la Direction des affaires criminelles et des Grâces du ministère de la Justice crée en son une “mission sur les contentieux de masse”. Cf. **ROBERT (M.)** et **FONCELLE (A. M.)**, *La justice pénale et les contentieux de masse*, Paris, Direction des affaires criminelles et des Grâces du ministère de la justice, mai 1993.

⁸² **GERSÃO (E.)**, “Política criminal e prisão”, *Boletim do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, 1987, n.º 1, pp. 31-43.

⁸³ *Estatísticas da Justiça*, Lisboa, Ministério da Justiça, Gabinete de Estudos e Planeamento, 1988, 1989, 1990 et 1991.

⁸⁴ Il s'agit des infractions des articles 142 à 148 du code pénal qui correspondent grosso modo aux coups et blessures.

⁸⁵ Le vol représente toute une gamme d'infractions que la législation pénale portugaise nomme *furto*: vol simple (art. 296 du C.P.), vol qualifié (art. 297), vol de l'usage du véhicule (art. 304) ... En dehors du vol accompli avec violence qui est appelé *roubo*.

En 1988, les chèques sans provision représentaient 38,2% des affaires pénales. Ce pourcentage est pratiquement identique en 1989 et 1991 (respectivement 38,6% et 38,4%) ⁸⁶.

Les lésions corporelles qui représentaient 19,6% du contentieux en 1988 et 1990, avaient légèrement augmenté en 1989 (20,8%) puis baissé en 1991 (18,5%).

Quant aux vols, le nombre d'affaires traitées a régulièrement progressé depuis 1988 (11,6% en 1988, 13,8% en 1989, 13,4% en 1990) et représentaient en 1991 15,1%.

Le contentieux de masse portugais est ainsi surtout caractérisé par deux types d'infractions concernant le patrimoine et par des infractions de violence sur les personnes ⁸⁷. Or, il est intéressant de voir comment s'opère un traitement différentiel de ces contentieux, en procédant alors à un analyse plus qualitative.

B • Analyse qualitative du traitement répressif

Ces contentieux de masse ont en commun la persistance d'un traitement répressif qui est de ce fait étatique. Mais ses modalités ne sont pas toujours identiques et il est bon alors de se questionner sur la proportion des condamnations dans chaque type d'infraction d'une part, et d'autre part sur la sanction qui est prononcée. On constate une différence de traitement qui révèle un pluralisme d'enjeux sous-jacents. Ainsi, le contentieux des chèques sans provision nous montre le fonctionnement en la matière d'un droit symbolique (1). Du côté des infractions de violence sur les personnes, on remarque la survivance de codes d'honneur qui semblent se superposer au code pénal (2). Quant aux vols, leur surpénalisation atteste des mutations dans la société portugaise (3).

⁸⁶ Cependant, en 1990, ce pourcentage était supérieur avec 42,2%

⁸⁷ En France, les contentieux de masse sont un peu différents. Dans un de ses articles, M^r **Philippe ROBERT** analyse trois types de contentieux: la circulation routière, en déplorant que ce contentieux ne soit pas réglé par transaction administrative; les chèques qui ont donné lieu à une décriminalisation de fait avant que l'on ait décidé de confier entièrement la police des chèques aux banques; les vols en regrettant qu'on n'ait pas su réorienter les pratiques policières dans ce domaine qui mobilise peu les professionnels. Cf. "La justice impuissante", *Le Monde*, Paris, 14 mai 1992.

1 – Les chèques sans provision ou l’existence d’un droit pénal symbolique

Cette idée de l’existence d’un droit pénal symbolique en matière de chèques sans provision nous renvoie à la distinction faite entre fonction symbolique et fonction instrumentale du droit pénal⁸⁸. La dimension instrumentale de la norme pénale conduit à apprécier ses mérites en terme d’efficacité, à savoir sa possibilité d’atteindre réellement le but qu’on lui avait donné. La dimension symbolique concerne les contenus véhiculés par la norme pénale, les images qu’elle appelle dans sa représentation du réel.

Mme **Pierrette PONCELA** a souligné la dimension symbolique dans laquelle s’inscrit la rétribution, à la différence de la prévention qui relève plutôt d’une dimension instrumentale⁸⁹.

Vu sous cet angle, le maintien d’une législation qui poursuivait un but de prévention générale et de réduction du nombre des infractions, alors qu’elles ne cessent d’augmenter, est la manifestation d’un effacement de sa fonction instrumentale au bénéfice de sa fonction symbolique. Surtout si en pratique peu d’infractions constatées donnent lieu à une condamnation.

Au Portugal, les chèques sans provision sont une illustration frappante de ces peines symboliques qui sont maintenues, mais qui sont rarement appliquées, alors que par ailleurs le nombre des infractions traitées ne cesse de s’accroître.

Cette augmentation révèle bien l’échec des mesures préventives qui accompagnaient l’incrimination de chèque sans provision, car le droit portugais n’envisageait pas que des mesures répressives dans sa législation. A l’image du droit français, des mesures d’ordre préventif étaient envisagées par le décret-loi 14/84 du 11 janvier 1984. La police des chèques était ainsi confiée aux établissements bancaires et à la Banque du Portugal qui était compétente pour prononcer l’interdiction de chéquier.

⁸⁸ **VAN DE KERCHOVE (M.)**, “Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste”, in *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Revue de l’Université de Bruxelles, éd. de l’Université de Bruxelles, 1984, 1-3, pp. 123-185.

BARRATA (A.), “Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal”, op. cit.

⁸⁹ **PONCELA (P.)**, “Par la peine, dissuader ou rétribuer”, *Archives de philosophie du droit*, tome 26, Paris, Sirey 1981, pp. 68 et 69.

D'un côté, échec de la prévention, de l'autre, inefficacité des sanctions pénales établies pour faire reculer le nombre des infractions, inefficacité sur laquelle les tribunaux s'accordent.

Ainsi, alors que cette infraction représentait en 1991, 38,4% de l'ensemble des procès, elle ne concernait que 16,1% des condamnés. Quant aux personnes poursuivies de ce chef, le taux de condamnation a toujours été, de 1988 à 1991, le plus bas 12% en 1991).

En ce qui concerne la sanction qui est prononcée lorsqu'il y a une condamnation, on peut dire que l'emprisonnement ferme est de rigueur pour 71% des personnes condamnées pour émission de chèques sans provision. C'est la rétribution de l'acte qui domine, attestant une fonction symbolique manifeste de l'incrimination.

L'explication de ce faible taux de condamnation est tirée des règles de procédure pénale applicables. En effet, le retrait de la plainte par la victime emporte extinction de la responsabilité criminelle ⁹⁰. De plus, la jurisprudence a tendance à envisager les modalités de ce retrait de la plainte d'une manière souple ⁹¹.

Mais surtout, il apparaît que si pendant toutes ces années, le traitement répressif s'est maintenu alors qu'il y avait un taux faible de condamnation, c'est que l'incrimination conservait sa fonction symbolique.

On entendait, en maintenant des peines symboliques, préserver la confiance du public dans les institutions de crédit et dans l'utilisation du chèque. Le fort pourcentage de condamnations à un emprisonnement ferme, lorsqu'il y avait condamnation, est la preuve, encore une fois, de cette dimension de la peine.

⁹⁰ A ce propos, il est intéressant de signaler que la question a donné lieu à des difficultés d'application dues aux conflits de lois dans le temps. En effet, le nouveau code pénal de 1982 contient des conditions plus restrictives que celui de 1886, sur ce retrait de la plainte. En effet, l'article 114 n.º 2 du nouveau code pénal dispose qu'il peut avoir lieu jusqu'à la publication de la sentence en première instance, tandis que pour l'ancien code pénal, il pouvait avoir lieu jusqu'à ce que la décision condamnatrice soit devenue définitive. Cette difficulté a donné lieu à un arrêt de règlement de la part du *Supremo Tribunal de Justiça*. Pour les infractions commises avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le retrait de la plainte peut avoir lieu jusqu'à ce que la décision condamnatrice soit définitive. La solution est conforme aux positions de la doctrine qui estime qu'il n'y a pas lieu d'appliquer immédiatement la loi nouvelle aux procès pendants, quand celle-ci aggrave la position du prévenu. Cf. l'arrêt du 16 décembre 1987, *O direito*, ano 122, 1990, n.º 1, pp. 159-167, note **Eridano DE ABREU**.

⁹¹ Cf. l'arrêt de la cour d'appel d'Évora du 14 mai 1991 qui estime que la demande d'indemnisation relative à un chèque sans provision, équivaut à un désistement de l'instance pénale. *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, tomo III, pp. 303-305.

Le décret-loi n.º 454/91 du 28 décembre 1991 avoue dans son préambule, que l'inefficacité de la loi ne peut pas laisser, le Législateur indifférent, surtout si elle provoque l'effet pervers de créer un climat de dis-crédit dans la population qui ne fait plus confiance au moyen de paiement qu'est le chèque.

C'est pourquoi ce texte a dépenalisé une partie des émissions de chèque sans provision, en suivant l'exemple de la loi française n.º 75-4 du 3 janvier 1975 et les différentes recommandations européennes. Désormais le banquier est obligé de payer tous les chèques inférieurs ou égaux à 5000 escudos (article 8 n.º 1 du décret-loi).

Cependant, il est à craindre que cette réforme ne produise pas les effets escomptés et qu'elle ne soit pas suffisante à réduire ce contentieux de masse ⁹².

Un autre type d'infraction connaît également un faible taux de condamnation dont l'explication n'est pas l'existence d'un droit pénal symbolique, mais la survivance des codes d'honneur.

2 – Les lésions corporelles ou la survivance des codes d'honneur

Mr. **Jacques FAGET**, dans une étude sur l'acculturation juridique des portugais en France ⁹³, insiste sur deux caractéristiques de la criminalité portugaise en France. Elle serait violente et précoce. L'auteur souligne l'importance dans cette criminalité des coups et blessures volontaires, du port d'armes prohibé, des infractions aux règles de la circulation.

⁹² Il est légitime d'avoir cette crainte, car l'exemple du droit français nous la confirme. Les dispositions de la loi du 3 janvier 1975 étaient impuissantes à réduire le nombre de chèques sans provision. En 1990, 6,4 millions d'incidents avaient été enregistrés par la Banque de France. La loi du 30 décembre 1991 a finalement dépenalisé la simple émission de chèque sans provision et institué une nouvelle interdiction bancaire ainsi que la pénalité libératoire. A propos de cette réforme, cf.

VÉRON (M.), "Le dispositif légal relatif à l'émission des chèques sans provision depuis la loi du 30 décembre 1991", *Droit pénal*, avril 1992, 4^e année, n.º 4, pp. 2-5.

GAUTHIER (P.), "La dépenalisation de l'émission des chèques sans provision, la sécurité des chèques et des cartes de paiement", *Les petites affiches*, 15 avril 1992, n.º 46, pp. 8-12.

⁹³ **FAGET (J.)**, "L'acculturation juridique des Portugais immigrés", in *Les Portugais en Aquitaine. Des soutiers de l'Europe à l'esquisse d'un partenariat privilégié*, Bordeaux, C.N.E.A.P.-S.E.S.U.R.B., éd. de la Maison Sciences de l'homme d'Aquitaine, pp. 283-300.

Cette criminalité violente avait déjà été décrite par **João FATELA** au Portugal, pendant la période 1926-1946 ⁹⁴. Elle est étroitement liée aux codes inséparables de l'honneur et de la vengeance. La plupart des conflits ont lieu dans un contexte de relations interpersonnelles où l'homme est plus une victime qu'un véritable agresseur. En 1938 lors de sa visite au Pénitencier de Lisbonne, **Ary DOS SANTOS** ⁹⁵ raconte comment les criminels de sang, voulant se différencier des condamnés pour vol qu'ils appelaient "fils du crime", se proclamaient victimes des trois "femelles": la femme, la terre et l'héritage ⁹⁶.

Le code pénal consacrait parfois ces codes d'honneur. L'article 372 du code pénal de 1886 permettait au mari de tuer sa femme ⁹⁷, lorsqu'il la surprenait en flagrant délit d'adultère, en encourageant seulement une interdiction de séjour dans la commune pendant six mois ⁹⁸. Cette atténuation ne pouvait être étendue à l'épouse que si la maîtresse de son mari était maintenue au domicile conjugal.

De nos jours, le traitement répressif des lésions corporelles montre la survivance de ces codes d'honneur qui se superposent au code pénal ou qui parfois sont encore induits. Les tribunaux répressifs semblent implicitement les reconnaître lorsqu'on analyse le taux de condamnation et les pénalités appliquées.

Alors que les lésions corporelles représentaient 18,5% des affaires pénales en 1991, leur pourcentage pour l'ensemble des personnes effectivement condamnées est moindre (10,3%).

Les lésions corporelles simples ⁹⁹ se caractérisent, en 1991, par un taux de condamnation des plus bas. Seulement 19% des personnes poursuivies de ce chef ont été condamnées. Ce faible taux de condamnation situe cette infraction juste après celle des chèques sans provision.

Pour les lésions corporelles aggravées ¹⁰⁰, le taux de condamnation est au contraire élevé, puisque 63% des prévenus sont condamnés.

⁹⁴ **FATELA (J.)**, "Le sang et la rue", op. cit.

⁹⁵ Ibid., p. 15.

⁹⁶ Terme féminin en portugais.

⁹⁷ ...et au père de tuer sa fille lorsqu'il la surprenait en "flagrante corruption".

⁹⁸ **PIZARRO BELEZA (T.)**, *A mulher no direito penal*, Cadernos Condição feminina, n.º 19, 1984, 50 p.

⁹⁹ La jurisprudence estime que cette infraction est constituée même s'il ne résulte pas des lésions corporelles, dans le cas d'une agression. Voir l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 27 octobre 1990, *Tribuna da Justiça*, out/dez 1990, n.º 6, p. 203 et s.

¹⁰⁰ Celles qui entraînent la mort de la victime (art. 145 du code pénal).

Quant à la sanction appliquée, elle est assez significative d'une tendance des tribunaux "à excuser" certaines de ces infractions de violence. Ainsi, les lésions corporelles simples ou privilégiées ¹⁰¹ donnent lieu, dans 61% des cas où une condamnation est prononcée, à une peine d'amende.

L'emprisonnement ferme n'intervient que pour environ 20% des condamnés.

Encore faut-il savoir si ce traitement répressif de ces infractions de violence correspond aux représentations des victimes.

Une enquête de victimisation met en évidence que seulement 17,6% des personnes agressées dénoncent ces infractions aux autorités ¹⁰². Parmi les raisons de la dénonciation arrive, après le peu de gravité des faits (pour 44%), la conviction que la police ne pourrait rien faire (25%) ou ne voudrait rien faire (23%) et enfin le désir de faire respecter sa vie privée (23%) ¹⁰³.

Nous constatons que 46% des personnes sont persuadées que la réponse pénale à l'infraction ne serait pas appliquée en raison de l'attitude des autorités policières à son égard.

Quant à la sanction qui est majoritairement souhaitée, les représentations des victimes démentent, à première vue, la pratique judiciaire en matière de lésions corporelles. C'est en premier lieu l'emprisonnement qui est souhaité (pour 15% des victimes). Cependant, il convient de remarquer que 31% des personnes interrogées ont suggéré des mesures non spécifiques au questionnaire.

On peut déduire de cette attitude de la part des victimes une volonté de traiter cette infraction en dehors des catégories pénales. Certainement par référence aux modes de règlement informels des conflits, qui attestent la survivance de ces codes inséparables de l'honneur et de la vengeance.

Le fait que les infractions de violence soient moins sévèrement réprimées que le vol, prête moins à réflexion. On sait que certains modes de règle-

¹⁰¹ Celles de l'article 147 du code pénal. Cet article envisage des circonstances atténuantes qui vont donner la possibilité au juge de ne prononcer que des peines d'amendes. C'est le cas lorsque les coups ont été motivés par une émotion violente, la compassion, le désespoir ou un autre motif d'une valeur sociale ou morale particulièrement contraignante. De même lorsqu'il y a des lésions réciproques, sans qu'on sache qui a agressé l'autre, le juge peut prononcer une dispense de peine.

¹⁰² *Inquérito de vitimação*, op. cit., p. 44. Sur le problème du renvoi au système pénal, voir: **CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.)**. *Uma estatística dos crimes chegados ao conhecimento das autoridades. A transparência enganadora dos números?*, Coimbra, 1988.

¹⁰³ *Ibid.*

ment social des conflits sont parfois plus dissuasifs et rétributifs que les réponses pénales. Surtout lorsque ces dernières sont symboliques...

3 – La surpénalisation du vol

La sévérité des tribunaux dans la punition du vol ne résulte pas uniquement des attitudes des tribunaux. Elle ne fait que refléter les options du législateur ¹⁰⁴ et les attentes du public exprimées dans les questionnaires de victimisation.

Ainsi, alors que le vol représentait en 1991, 15,5% de l'ensemble du contentieux, pour le cas des personnes effectivement condamnées son pourcentage est double (34,3%). D'une manière générale, le taux de condamnation est élevé puisque les individus poursuivis pour vols sont condamnés dans 58% des cas. Ce taux est encore plus remarquable pour le vol qualifié (70%), ce qui place cette infraction au premier rang des infractions donnant lieu à une condamnation effective.

Du côté de la peine appliquée, le vol qualifié est sanctionné dans 89% des cas par une peine d'emprisonnement ferme. Lorsqu'on observe la population carcérale, on constate une sur-représentation des infractions contre le patrimoine. Au 31 décembre 1992, plus de la moitié des détenus purgent leur peine pour ce type d'infraction ¹⁰⁵.

Il convient d'insister sur la remarquable harmonie entre le traitement répressif du vol et les attitudes des victimes à son égard.

L'enquête de victimisation fait apparaître que le vol, d'une manière générale, est dénoncé par 27,8% des victimes ¹⁰⁶. Cette dénonciation est beaucoup plus élevée pour le vol des véhicules (67,6%) ¹⁰⁷. Pour ce type de vol, il n'est pas sûr que l'existence des polices d'assurance – pas encore suffisamment généralisée – soit la seule explication de ce taux de renvoi au système pénal ¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Certains auteurs ont critiqué la trop grande sévérité du code pénal en ce qui concerne la punition du vol. Surtout lorsqu'on compare les pénalités qui sont encourues au niveau des infractions contre les personnes, cf.

PIZARRO BELEZA (T.), "A reinserção dos delinquentes: recuperação da utopia ou utopia da recuperação?", op. cit.

¹⁰⁵ Cf. en Annexes, Tableau n.° 8.

¹⁰⁶ *Inquérito de vitimação*, op. cit., p. 32.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 58.

¹⁰⁸ *Ibid.*

La pénalité majoritairement souhaitée par les victimes est assez révélatrice de la différence de représentation sociale opérée entre le vol en général et le vol des véhicules.

Ainsi, une majorité de victimes souhaitent comme mesure de réaction contre le vol, l'indemnisation (40% des victimes), suivie de la peine de travail en faveur de la communauté (18%). L'emprisonnement n'arrive qu'en troisième position (11%).

Mais, en ce qui concerne le vol du véhicule, l'attitude des victimes est davantage rétributive. Jamais aucune autre infraction n'a donné lieu à une aussi forte volonté de pénalisation. Pour une majorité de victimes (41%), c'est l'emprisonnement du voleur qui est désiré.

Tous ces constats sont révélateurs. Les options du Législateur, des tribunaux et des victimes convergent et contribuent à renforcer l'image stéréotypée du délinquant en tant que voleur. Dans une société en pleine mutation consumériste, voulant ainsi rattraper un retard de plusieurs décennies d'économie salazariste et se hisser au plan européen, le voleur est, parmi les délinquants, le principal agent d'insécurité.

La tendance à étatiser au Portugal, correspond à la tendance à socialiser en France. Ces directions différentes prises dans la politique criminelle des deux pays se retrouvent sous d'autres aspects. On les rencontre également dans le réseau pénal des deux pays lorsqu'on aborde les mouvements liés à l'équilibrage des pouvoirs au sein de l'État.

CHAPITRE 2

LA CONFRONTATION JUDICIARISER / LÉGALISER

Les dernières réformes pénales en France et au Portugal qui se proposaient de limiter le recours à la détention provisoire et d'éviter la peine privative de liberté, s'inspiraient de la Défense sociale nouvelle. Or, ce courant de pensée est essentiellement une remise en cause. Remise en cause qui dénonce les "excès de juridisme"¹ et proclame l'abandon d'une vision de la répression trop axée sur l'acte délinquant. Mais en s'affranchissant des pesanteurs du strict légalisme, un autre excès était concevable, celui d'une plus ou moins grande substitution de la loi par le juge.

Pourtant, il n'a jamais été question dans les positions de ce grand courant doctrinal qu'est la Défense sociale nouvelle, de faire table rase du principe de légalité. Bien au contraire il s'agit de l'entendre dans son sens téléologique, à savoir en tant qu'expression de l'État de droit.

Si bien que finalement les mouvements de politique criminelle touchant le réseau pénal, oscillent souvent entre deux pôles opposés. Soit ils privilégient le plan légal, en entourant les réponses pénales de règles strictes et ces dernières présentent alors une tendance légaliste. Soit au contraire, ils préfèrent conférer au juge un rôle important dans la détermination des

¹ ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 204.

solutions qui se veulent individualisées et les réponses pénales accusent une tendance à être judiciairisées.

Cette seconde tendance n'est pas sans évoquer le modèle tutélaire consacré par bon nombre de pays en matière de justice pour mineurs. C'est sans doute aussi, une des manifestations de l'État providence que de vouloir conférer au juge des fonctions protectrices de l'individu, puisque la priorité est donnée à la réinsertion sociale des délinquants.

En France, la loi du 24 août 1993 est revenue après moult hésitations, sur l'idée d'un juge unique disposant d'un maximum de prérogatives liées à l'instruction. Elle traduit bien cette tendance de la politique criminelle française qui est de plutôt judiciariser les réponses pénales (Section 1). Au Portugal, le processus judiciaire apparaît beaucoup plus fragmenté, avec une dissociation maximale des fonctions des différentes autorités processuelles strictement réglémentée. Pour ce qui est de l'individualisation judiciaire des peines, nombreuses sont les dispositions légales qui lient le juge.

C'est pour toutes ces raisons qu'on peut parler d'une opposition dans les mouvements de politique criminelle des deux pays. La tendance des réponses pénales portugaises étant davantage légaliste (Section 2).

Section 1:

La tendance en France à plutôt judiciariser les réponses pénales

Le principe de légalité a évolué en France depuis **BECCARIA**. Ce principe qui semble a priori incompatible avec les mesures d'individualisation judiciaire, a gagné en souplesse. Il permet ainsi de donner une meilleure définition légale aux pouvoirs du juge. Le Législateur de 1981 avait déjà réagi dans ce sens avec la loi du 2 février 1981. Plus récemment, la loi du 4 janvier 1993 et le nouveau code pénal ont multiplié les contraintes légales.

Cependant, le système qui s'est mis en place en matière d'alternatives fait la part belle à la liberté du juge. Liberté qui, évidemment n'est pas entière, que l'on se place du côté de l'option détention provisoire / contrôle judiciaire (§ 1) ou de l'option peine privative de liberté / mesures substitutives (§ 2).

§ 1 • *Liberté du juge et contrôle judiciaire*

Malgré les réformes successives légitimement animées par le souci légaliste, les atteintes à la liberté de la personne mise en examen restent “terre de jurisprudence”². Certes, le propos est provocateur. Pourtant, une lecture plus attentive des textes laisse entrevoir toutes leurs insuffisances³. Insuffisance, tout d’abord du principe de subsidiarité de la détention sans cesse affirmé (A). Insuffisance, ensuite de la motivation des décisions en matière d’atteintes à la liberté de la personne mise en examen, puisque celles-ci pâtissent souvent de carences (B).

A • Les insuffisances du principe de subsidiarité de la détention

Le livre de la loi voit ce principe inscrit sur sa première page, pour être aussitôt désavoué quand les suivantes s’effeuillent. En ce qui concerne d’abord la réforme du 9 juillet 1984, le débat contradictoire sensé limiter le recours à la détention par le juge d’instruction est bien fictif. L’énoncé de la procédure à suivre d’après l’article 145 est à lui seul significatif: il a lieu lorsque le juge envisage de placer en détention provisoire. Le préjugé existe déjà et, dans les faits, la personne mise en examen et son conseil auront à faire face à deux adversaires: le Ministère public et le juge d’instruction.

Cette procédure du débat contradictoire demeure aujourd’hui applicable, dans la mesure où la loi du 24 août 1993 est venue abroger les dispositions de la loi du 24 août 1993 est venue abroger les dispositions de la loi du 4 janvier 1993 qui dissociait la fonction d’enquête et la fonction juridictionnelle s’attachant à la détention provisoire.

² DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.), “Le principe de la légalité en matière d’atteinte à la liberté de l’inculpé: l’histoire d’un oubli”, op. cit., p. 15.

³ On écartera ici le phénomène qui atteste pourtant bien une incursion du principe légaliste: la multiplication ces dernières années des mainlevées de droit en matière d’atteintes à la liberté de la personne mise en examen (lois du 6 août 1975 et du 10 juin 1984). A nos yeux, il ne s’agit pas vraiment d’une intensification du principe légaliste au détriment des pouvoirs du juge. En effet, les mainlevées de droit poursuivent un objectif spécifique qui ne remet pas en cause les pouvoirs d’appréciation du juge. Elles fonctionnent en tant que garanties du respect des délais impartis aux juridictions pour statuer sur le bien fondé du maintien de la détention provisoire ou du contrôle judiciaire, pour juger l’affaire ou, en cas de recours, se prononcer sur la condamnation.

Quant à la limitation de sa durée, elle péchait également par défaut. Malgré les contraintes de l'art. 145-1 du C.P.P., le juge d'instruction restait libre de prolonger autant qu'il le souhaitait la détention provisoire en matière correctionnelle à l'image de ce qui se passait en matière criminelle.

C'est pourquoi le Législateur a parfois entendu instituer des barrières infranchissables, mais ses initiatives restent au demeurant bien timides.

La loi du 6 août 1975 prévoyait, dans certains cas, un délai préfixe de 6 mois (ancien art. 145-1 al. 2 du C.P.P.) au profit des prévenus dont le passé pénal était léger.

La loi n.° 89-461 du 6 juillet 1989 a essayé de poursuivre dans cette voie du plafonnement. En effet, l'art. 3 – I du projet de loi initial modifiait l'art. 145-1 al. 2 du C.P.P. en étendant ses dispositions en matière correctionnelle à toutes les personnes mises en examen, quel que soit leur passé pénal. L'Assemblée Nationale s'y opposa en se contentant d'assouplir la règle en vigueur. Le plafond de la condamnation antérieure de référence est désormais élevé à un au lieu de trois mois.

D'autres réticences s'étaient manifestées, quand suite à un amendement de la Commission des lois et de Mr. **J. P. MICHEL**, il fut question de fixer à deux ans le seuil maximal que pouvait atteindre la détention provisoire en matière correctionnelle.

Finalement ce seuil a été retenu pour les personnes mises en examen qui ne peuvent pas bénéficier des dispositions de l'art. 145-1 al. 2 du C.P.P. et qui encourent une peine inférieure à 5 ans d'emprisonnement (art. 145-1 al. 3 du C.P.P.).

Malgré un encadrement législatif beaucoup plus rigoureux des modalités de placement en détention provisoire, la règle demeure celle d'une totale liberté du juge quant à la durée de l'emprisonnement subi en matière criminelle. Quant aux délais préfixes qui sont prévus en matière correctionnelle, le délai de six mois n'est qu'exceptionnellement applicable puisqu'il dépend des caractéristiques pénales de la personne mise en examen. Par ailleurs, le délai de deux ans qui constitue un seuil infranchissable, n'est pas applicable à toutes les infractions correctionnelles, et l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ne fait qu'accentuer ce constant ⁴.

⁴ Dans la mesure où l'échelle des peines correctionnelles a été augmentée. Cf. l'article 131-4 du nouveau code pénal qui fixe le seuil de l'emprisonnement correctionnel à 10 ans.

Cette fiction de la détention provisoire mesure exceptionnelle s'aggrave si on analyse le régime de la motivation des atteintes à la liberté de la personne mise en examen.

B • Les insuffisances de la motivation des décisions

Indicateur fiable de l'existence d'une marge de liberté concédée au juge par rapport à la loi, l'absence de motivation des décisions initiales en matière d'atteintes à la liberté de la personne mise en examen était la règle.

En effet, l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire n'a pas à être motivée. Acte d'instruction et non pas juridictionnel, elle n'a pas à être précédée des réquisitions du parquet et n'est pas susceptible d'appel.

De même, pour les affaires donnant lieu à une qualification criminelle, la détention provisoire avait échappé pendant longtemps, à tout formalisme rigoureux puisqu'elle résultait d'un mandat sans ordonnance préalable.

C'était seulement en matière correctionnelle, depuis 1970, que les exigences étaient devenues plus strictes. Ainsi, l'article 145 du C.P.P. exigeait une motivation de la décision de placement en détention provisoire d'après les éléments de l'espèce, par référence aux dispositions de l'article 144 du C.P.P. qui énumère des motifs légaux. Cette motivation est une question de droit soumise au contrôle sévère de la Cour de cassation ⁵.

Mais, si on peut légitimement se féliciter de l'existence de cette motivation et du contrôle par voie de cassation qui double celui de la voie de l'appel, des zones d'ombres persistent.

En premier lieu, la large marge d'appréciation des juridictions d'instruction en raison de la formulation parfois générale des motifs légaux notamment la notion de trouble à l'ordre public ⁶.

⁵ Qui sanctionne régulièrement les décisions insuffisamment motivées qui se sont bornées par exemple à reproduire les termes légaux sans expliciter les circonstances de l'espèce. Pour une analyse de la jurisprudence voir:

AYDALOT (M.), "La liberté et la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *Mélanges Marc Ancel*, tome II, Paris, Pédone 1975, pp. 270-298.

Voir plus récemment quelques arrêts de la Cour de cassation illustrant bien cette sévérité: Crim. 9 octobre 1984, *Bull. Crim.* n.º 291 (deux arrêts); Crim. 23 octobre 1984, *Bull. Crim.* 291 (deux arrêts); Crim. 23 octobre 1984, *Bull. Crim.* n.º 312; Crim. 6 mars 1986, *Bull. Crim.* n.º 94 (2º arrêt); Crim. 25 octobre 1988, *Bull. Crim.* n.º 362; Crim. 13 février 1989, *Bull. Crim.* n.º 66.

⁶ Pour une approche critique de ce motif légal, cf. l'article de Mr. **Pierre CHAMBON**, "La loi n.º 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire: analyse et réflexion", *op. cit.*

Cette notion s'est curieusement maintenue. Lors du vote de la loi du 4 janvier 1993, le projet **SAPIN** qui suivait sur ce point les conclusions de la Commission "Justice pénale et droits de l'Homme", voulait supprimer le critère de "la nécessité de préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction" ⁷. Mais, finalement le texte n'a fait qu'invertir l'ordre des motifs contenus dans l'article 144 du C.P.P., sans en rajouter ou en supprimer.

Ce motif tiré de l'ordre public avait cependant disparu dans le cadre d'un maintien en détention ordonné au moment de l'ordonnance de règlement. Malheureusement, la loi du 24 août 1993 dans son article 37 a récemment rétabli ce critère, en complétant l'article 179 du C.P.P.

Par ailleurs, cette loi avait voulu renforcer la règle énoncée à l'article 137 du C.P.P., selon laquelle la liberté des personnes mises en examen est un principe fondamental et que le placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire doit demeurer l'exception.

Ainsi, au terme de l'article 137 al. 2 nouveau du C.P.P., le juge d'instruction qui ne suit pas les réquisitions du parquet en matière d'atteintes à la liberté n'est plus obligé de rendre une ordonnance spécialement motivée, contrairement au principe général contenu à l'article 82 du C.P.P. D'après la circulaire d'application de la loi du 24 août 1993, "c'est le placement en détention qui doit être spécialement motivé conformément aux dispositions de l'article 144 du C.P.P. et non pas l'inverse" ⁸. C'est sans doute là une illustration parfaitement claire de la liberté du juge d'instruction lorsqu'il entend placer la personne mise en examen sous contrôle judiciaire.

Notons également que la Cour de cassation n'a jamais voulu sanctionner le principe de subsidiarité de la détention provisoire par rapport au contrôle judiciaire. Elle n'exige pas un constat explicite des insuffisances du contrôle judiciaire dans les motivations des juridictions d'instruction ⁹.

En ce qui concerne la motivation des décisions de placement en détention provisoire, l'article 145 al. 1^{er} a été modifié par la loi n.° 89-461 du 6 juillet 1989. Depuis cette loi, les décisions de placement ou de maintien

⁷ Il était sur ce point, approuvé par le Syndicat des avocats de France, cf. *Gaz. Pal.* vendredi 13, samedi 14 mars 1992, p. 21.

⁸ Cf. la circulaire du 24 août 1993, *J.C.P.* 1993, III, 66356.

⁹ Cette jurisprudence s'est maintenue depuis l'arrêt Chalvet, Crim. 21 août 1971, *J.C.P.* 1971, II, 16945, note J. **ROBERT**.

de la détention provisoire doivent comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait constituant le fondement de la décision.

On peut déplorer que cette réforme n'ait pas suivi le projet de loi initial qui sanctionnait de manière expresse l'insuffisance de motivation par la nullité.

Par contre, on ne peut qu'approuver le Législateur de 1989 d'avoir unifié les règles applicables en matière correctionnelle et criminelle, en subordonnant le placement en détention de toute personne mise en examen à une ordonnance motivée ¹⁰.

Une des innovations de la loi du 24 août 1993 est d'instaurer une institution nouvelle: "le référé-liberté". Le Législateur a ainsi permis à la personne mise en examen ou au Procureur de la République, dans le cadre de l'appel contre une ordonnance de placement en détention, de demander au Président de la Chambre d'accusation de déclarer l'appel suspensif des effets du mandat de dépôt (art. 187-1 nouveau du C.P.P.). Pour que l'appel soit ainsi déclaré suspensif, il faut que le Président de la Chambre d'accusation estime "qu'il n'est manifestement pas nécessaire que la personne mise en examen soit détenue jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel". Sa décision, n'a pas à être motivée et n'est pas susceptible de recours ¹¹.

Si l'alternative détention provisoire / contrôle judiciaire est timidement orientée en France, la liberté du choix du juge n'en existe pas moins en raison de la souplesse du dispositif qui peut se vérifier dans les exigences liées à la motivation des décisions. Insuffisances légales qui deviennent inexistence légale quand on entre dans le domaine des mesures dont l'objectif est d'éviter le recours à la peine privative de liberté.

§ 2 • *Liberté du juge et alternatives à l'emprisonnement*

L'appréciation de cette liberté est fonction d'un double constat: l'absence de préceptes criminologiques guidant le choix des tribunaux (A) et l'exceptionnelle motivation spéciale du choix de la peine (B).

¹⁰ Voir l'art. 145 al. 2 du C.P.P.

¹¹ Ces dispositions de la loi du 24 août 1993 avaient été critiquées devant le Conseil Constitutionnel comme étant une atteinte aux droits de la défense du fait du caractère non contradictoire de l'ordonnance qui était prise par le Président de la chambre d'accusation. Mais le Conseil n'a pas suivi les auteurs de la saisine sur ces points. Cf. Conseil Constitutionnel, 11 août 1993, *J.C.P.* 1993, III, 66355.

A • L'absence de préceptes criminologiques contraignants

L'approche criminologique de la délinquance et l'influence des idées de la Défense sociale nouvelle ont commandé l'introduction du dossier de personnalité, en tant qu'instrument de l'individualisation judiciaire. Il aurait été logique de rendre obligatoire ce dossier, à chaque fois que l'éventualité d'une alternative à l'emprisonnement se présente aux juridictions.

Or, on assiste à une absence de contrainte légale sur ce point en France, résultat soit de la lacune des textes ou de l'interprétation qui est donnée par la jurisprudence.

En matière délictuelle, il résulte de l'art. 81 du C.P.P. que le juge d'instruction possède un pouvoir souverain d'appréciation vis-à-vis de l'enquête de personnalité.

Il est vrai que les textes réglementaires qui ont suivi le C.P.P. ont parfois manifesté le désir de limiter ce pouvoir. Ainsi, l'art. D. 17 du C.P.P., tel qu'il résulte d'un décret du 12 septembre 1972, impose aux autorités judiciaires de tenir compte, dans leur appréciation de l'opportunité de recourir à l'enquête sociale et aux examens médico-psychologiques, de l'éventualité d'une décision de sursis avec mise à l'épreuve ou d'admission au régime de semi-liberté.

On peut se poser la question de savoir pourquoi n'a-t-on pas songé, avec l'instauration des autres alternatives, à une disposition de même teneur.

En matière criminelle alors qu'au terme de l'art. 81 alinéa 6 du C.P.P., le dossier de personnalité est obligatoire, l'interprétation qui est donnée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, a fait perdre à ce principe toute sa rigueur¹². C'est pour cette raison que dans les propositions de la Commission "Justice pénale et droits de l'Homme", il était question de rendre obligatoire à peine de nullité, l'enquête de personnalité et l'examen médico-psychologique, dans toute procédure criminelle et correctionnelle lorsque la peine encourue est au moins égale à 7 ans d'emprisonnement.

¹² La chambre criminelle estime en effet, que l'inobservation de ce caractère obligatoire ne doit pas être sanctionnée par la nullité de la procédure. Voir, Crim. 29 avril 1960, *Bull. Crim.* n.° 223 et Crim. 1^{er} décembre 1960, *Bull. Crim.* n.° 556. Cette jurisprudence constante de la Cour de cassation a été plus récemment confirmée dans un arrêt de la chambre criminelle du 7 novembre 1989.

Malheureusement cette proposition n'a pas été reprise par la loi du 4 janvier 1993, ni par celle du 24 août 1993 qui, pourtant, modifient le régime des nullités¹³.

De même, dans le domaine de la justice des mineurs, alors que les enquêtes de personnalité sont imposées par les textes, la pratique judiciaire est tout autre. Une récente étude des pratiques montre que 80% des magistrats n'ordonnent jamais les examens de personnalité¹⁴.

En ce qui concerne les enquêtes sociales rapides, qui peuvent aussi être prescrites au stade du jugement, la loi n.º 89-461 du 6 juillet 1989 qui modifie les art. 41 alinéa 5 et 81 alinéa 6 du C.P.P., ne retient pas l'obligation de procéder à ces enquêtes lorsqu'une alternative à l'emprisonnement est envisageable.

Si on poursuit plus loin la réflexion, on peut également regretter l'absence de références explicites à la personnalité du délinquant pour guider le choix du juge vers une mesure visant à substituer la peine privative de liberté.

La rationalité de ce choix est important, car elle conditionne le retentissement des objectifs politico-criminalistes sur le système pénal. La question des principes directeurs est de plus en plus abordée de nos jours. Les principes directeurs des choix judiciaires n'en sont pas exclus.

Trois principes directeurs semblent importants pour la réussite des alternatives à l'emprisonnement: le principe de proportionnalité (entre la gravité de l'infraction et la sanction), de subsidiarité de la peine privative de liberté par rapport aux autres mesures et enfin le principe d'utilité (lien entre la mesure et l'infraction).

L'exigence de rationalité commande que les alternatives soient perçues "comme des moyens d'atteindre un but défini au préalable, et si possible par une loi"¹⁵.

Cette pauvreté de la loi est ici significative. Le Législateur français est en fait encore trop imprégné par les conceptions classiques de la peine, trop attentif à l'infraction en tant que telle. En effet, le domaine des mesures

¹³ Ces réformes se contentent de prévoir la possibilité pour les parties de demander l'enquête de personnalité ou l'examen médico-psychologique au juge d'instruction, qui est tenu, à défaut d'y procéder, de répondre dans un délai d'un mois par une ordonnance spécialement motivée. Faute de quoi, la partie requérante peut saisir directement la Chambre d'accusation (art. 81 alinéas 8 et 9 nouveaux du C.P.P.).

¹⁴ Voir SALAS (D.), "Modèle tuteur ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs", *op. cit.*, p. 242, note 5.

¹⁵ DELMAS-MARTY (M.), *R.S.C.*, 1984, n.º 3, p. 588.

est toujours soigneusement délimité en fonction de la gravité objective de l'infraction, à savoir la peine encourue. Si la législation fait parfois référence à des éléments qui se rapportent à la personne du délinquant, ce sont uniquement les éléments relatifs au passé criminel. Une fois de plus, l'infraction en est le centre.

Il faut quand même observer que le nouveau code pénal qui sera en vigueur le 1^{er} mars 1994 va dans le sens de cette rationalisation du prononcé des peines. Mais, cette avancée vers plus de légalisme reste timide et contredite par la reconnaissance par ailleurs d'une liberté plus grande du juge dans la détermination du quantum des peines.

Ainsi, l'article 132-24 du nouveau code pénal fixe comme règle générale aux modes de personnalisation des peines, que celles-ci sont prononcées par la juridiction de jugement en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Cependant, il convient de remarquer que le nouveau code pénal reste peu explicite sur le choix concret de la peine en fonction de ces deux axes que sont les circonstances de l'infraction et la personnalité de son auteur.

C'est dommage que la codification nouvelle, n'ait pas retenu le critère de proportionnalité en tant que critère principal de détermination de la peine ¹⁶.

En même temps, une des innovations contenues dans la réforme est la suppression des peines minimales, et par conséquent elle consacre la liberté du juge en matière de détermination de la sanction ¹⁷. Les juridictions pourront descendre autant qu'elles le souhaitent en dessous du maximum légal, sans avoir à motiver leur choix par l'octroi de circonstances atténuantes.

Peu de préceptes criminologiques précis et aucune rationalisation des modalités concrètes du choix de la peine en matière correctionnelle, alors que l'éventail des peines a été élargi par le nouveau code pénal en faisant des mesures substitutives des peines à part entière.

Ce n'est pas étonnant de constater des insuffisances dans la motivation des choix opérés par le juge quant au prononcé des sanctions. Une autre incartade vis-a-vis de l'option légaliste.

¹⁶ PONCELA (P.), "Nouveau code pénal, Livre I – Dispositions générales", *R.S.C.* 1993, n.° 3, p. 467.

¹⁷ Voir entre autres les dispositions de l'art. 132-9 alinéa 1^{er} et 132-20 du nouveau code pénal.

B • L'exceptionnelle motivation spéciale du choix de la peine

La motivation spéciale de la décision d'emprisonnement n'est pas une inconnue des systèmes répressifs. Elle constitue une sorte de motivation soit pénologique, soit criminologique des sanctions prononcées.

Ainsi, le droit anglais exige ce type de motivation de la part des tribunaux, lorsqu'ils condamnent un délinquant primaire à une peine de prison. L'article 14 du Criminal Justice Act de 1972 subordonne le prononcé de la peine privative de liberté à l'épuisement des autres possibilités, en tenant compte à la fois des circonstances de l'infraction et de la personnalité du délinquant. Le cas n'est pas isolé ¹⁸.

En France, aucune prescription législative générale n'impose au juge une telle motivation. Bien sûr, les juridictions sont tenues de motiver leur décision, mais pendant longtemps elles n'avaient pas à motiver le choix opéré en faveur de la peine d'emprisonnement.

Il ne faut pas non plus oublier que d'après l'art. 526 alinéa 2 du C.P.P., la procédure simplifiée en matière contraventionnelle qu'est l'ordonnance pénale, n'a même pas à être motivée.

Avant la réforme opérée par le nouveau code pénal, la décision d'octroi ou de refus du bénéfice du sursis devait dans tous les cas être motivée, puisqu'il ne s'agissait pas d'un droit pour le délinquant qui en remplit les conditions légales.

Mais, la réalité de cette motivation démontrait le pouvoir souverain d'appréciation du juge en la matière. La jurisprudence estimait que l'obligation ainsi faite aux juges était satisfaite lorsque se trouvait énoncée la réunion des conditions légales qui commandent l'application du sursis. Le juge n'avait pas à expliquer les motifs d'opportunité tenant soit à la personnalité du délinquant soit aux circonstances de l'espèce, qui l'ont inspiré ¹⁹.

Le projet de code pénal de 1986 avait songé à pareille motivation. Dans ce projet, l'art. 132-22 consacré aux modes de personnalisation des

¹⁸ Les droits suisse (art. 63-64 du code pénal), italien (art. 133 du code pénal, hollandais (art. 359-4 et 5 du C.I.C.), allemand (art. 72 du code pénal) et portugais (art. 71 du code pénal) sont autant d'exemples de cette motivation pénologique.

¹⁹ Dans un arrêt du 9 février 1955, *J.C.P.* 1955, IV, 42, la chambre criminelle de la cour de cassation a estimé qu'il était inutile de motiver en fait les décisions de refus du sursis.

peines disposait tout d'abord, que la juridiction prononce les peines et en fixe le régime en tenant compte notamment des circonstances de l'infraction, de la personnalité du prévenu et de son comportement après l'infraction, entre autres à l'égard de la victime.

Ensuite, l'art. 132-18 al. 2 du projet interdisait à la juridiction de prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis inférieure ou égale à 4 mois, sans avoir au préalable motivé le choix de cette peine.

Le nouveau code pénal tel qu'il est issu des lois du 22 juillet 1992, a repris cette idée d'une motivation spéciale de la décision d'emprisonnement ferme. D'après l'article 132-19 alinéa 2, en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine.

Malheureusement, le nouveau code pénal a été bien timide et n'a pas généraliser (art. 132-24 du nouveau code pénal).

Espérons, que la Cour de cassation vienne contrôler le respect de cette motivation spéciale contenue à l'article 132-19 al. 2, ce qui représenterait "l'amorce d'une contrepartie aux larges pouvoirs reconnus aux juges"²⁰.

Si bien qu'avec la nouvelle codification, on pourrait dire que l'ouverture de l'éventail des sanctions mises à la disposition du juge pénal français n'est pas forcément synonyme d'un total pouvoir d'appréciation du juge.

Ce contrôle, en raison de la hiérarchie judiciaire que constitue la motivation, milite en faveur de ce retour au principe légaliste, propre à rassurer les farouches opposants des mesures d'individualisation judiciaire.

Mais, à part cet exemple isolé tiré du nouvel article 132-19 du code pénal, la motivation spéciale des décisions qui touchent le choix de la peine demeure pratiquement inexistante.

Ainsi, le juge reste en France maître des alternatives qui lui sont offertes par la profusion des textes. Cette situation semble logique et n'est en fait que l'application du principe des vases communicants. Si l'intensité du rapport au juge s'accroît, le rapport à la loi s'affaiblit. Mais ce principe n'est pas automatique, universel. Procédant d'une meilleure rationalité en ce qui concerne les alternatives à l'emprisonnement, le système

²⁰ DELMAS-MARTY (M.), "Nouveau code pénal, avant propos", *R.S.C.* 1993, n.° 3, p. 436.

portugais en est la preuve. Certes, on y trouve un meilleur équilibre dans le jeu des tendances; mais lorsqu'on compare les politiques criminelles respectives, celles du Portugal accusent une tendance plus légaliste.

Section 2:

La tendance davantage légaliste des réponses pénales portugaises

Les alternatives à l'enfermement sont la clé de voûte de la politique criminelle portugaise depuis les nouvelles codifications. Elles participent aussi à la consécration de l'État de droit d'essence démocratique, tel qu'il transparaît dans la Constitution de 1976, le droit pénal étant présenté comme l'ultima ratio des réactions sociales.

Dans le code de procédure pénale de 1987, les pouvoirs du juge apparaissent étroitement limités tout au long de l'instruction, en raison de la célérité processuelle. Le choix entre la détention, provisoire et ses substituts est par conséquent lui aussi soigneusement réglementé, ce qui manifeste bien le poids des contraintes légales en matière de recours à l'enfermement (§ 1).

Contraintes légales qui existent, par ailleurs, en ce qui concerne les alternatives à la peine privative de liberté (§ 2), puisqu'elles sont des peines à part entière dans le code pénal de 1982, lequel oriente d'une façon rationnelle les diverses options du juge quant au choix de la peine.

§ 1 • Les contraintes légales en matière d'utilisation de la détention provisoire

Une des originalités du code de procédure pénale de 1987 est de procéder à une répartition des rôles entre le Ministère public et le juge d'instruction. Ainsi, l'instruction est devenue facultative et les affaires sont désormais instruites par le Ministère public ²¹. Quant au juge d'instruc-

²¹ Système qui suscita quelques controverses au Portugal, notamment de la part du Syndicat des Magistrats du Ministère public. Cf. les questions soulevées lors des journées tenues à Lisbonne le 26-27 juin 1986, *Revista do Ministério Público*, Jornadas de processo penal, Cadernos, 2, 356 p.

En France, **Jean PRADEL**, propose une réforme de l'instruction allant dans un sens comparable. Voir "De la réforme de l'instruction préparatoire", op. cit.

tion, il conserve ses compétences en matière d'atteintes à la liberté de l'inculpé et pour les actes de nature juridictionnelle ²².

La lecture du nouveau code de procédure pénale permet de dire que si des pouvoirs importants sont attribués au juge, les prescriptions légales s'avèrent parfois très rigoureuses. Ainsi, les principes directeurs qui oeuvrent dans le sens d'une rationalisation des atteintes à la liberté de l'inculpé ²³. Cette avancée du principe légaliste se manifeste aussi dans la multiplication des délais préfixes qui restreignent la prolongation de la détention provisoire (A) et dans l'existence d'une motivation spéciale (B).

A • La rigueur des délais préfixes

Alors qu'en France les délais préfixes sont exceptionnels, ils assortissent les différentes phases du procès pénal au Portugal. L'innovation semble bien audacieuse puisque ces délais limitent simultanément la durée de la détention provisoire ²⁴.

D'après l'art. 215 n.º 1 du code de procédure pénale, elle ne pourra pas dépasser:

- 6 mois sans que l'accusation ait été décidée;
- 10 mois lorsque l'instruction a lieu sans qu'une clôture ait été décidée;
- 18 mois sans qu'il y ait eu une condamnation en première instance;
- 2 ans sans qu'il y ait eu condamnation définitive.

En raison de la nature particulière de certaines infractions ou de la complexité de l'affaire, ces délais se trouvent parfois majorés. Toutefois, la détention provisoire ne peut en aucun cas dépasser 4 ans, sauf en cas

²² Ces actes sont énumérés par les art. 268 et 269 du code de procédure pénale, mais aussi dispersés. Ainsi les articles 116 n.º 2, 273 n.º 3, 280 n.º 1, 281 n.º 1...

Sur le problème général de la distribution des compétences entre la Ministère public et le juge d'instruction:

DE SOUTO DE MOURA (J.), "Inquérito e instrução" op. cit.

²³ Ces principes directeurs ont déjà été évoqués dans le Livre premier, Titre 1, Chapitre 1, section 2, § 2-B. Ce sont les principes de légalité, de proportionnalité et de subsidiarité.

²⁴ En France, il est vrai que la loi du 4 janvier 1993 entendait également insister sur la célérité processuelle. Cf. les articles 82-1, 116-1 et 175-1 nouveau du C.P.P.

de recours devant le Tribunal constitutionnel ou d'un renvoi préjudiciel devant une autre juridiction.

Le respect de ces délais est en outre assuré par le recours exceptionnel qu'est l'*Habeas Corpus* de l'art. 222 et suivants du code. En effet, si les délais impartis sont dépassés, la détention devient illégale et peut donner lieu à une libération immédiate. Ce recours est assuré par une pétition qui est adressée au Président du *Supremo Tribunal de Justiça* (Cour de cassation) qui convoque la chambre criminelle, laquelle est obligée de statuer dans les 8 jours de la pétition, en audience contradictoire.

Mis à part ces seuils astreignants, la procédure pénale portugaise connaît aussi le système des "mandats renouvelables" du droit français (art. 145-1 al. 1 du C.P.P.).

Ainsi, le juge est tenu de trois en trois mois de réexaminer les conditions légales de l'incarcération (art. 213 n.º 1 du C.P.P.). Il peut afin de motiver la décision de maintien, de révocation ou de substitution de la détention provisoire, demander à l'Institut de Réinsertion sociale une enquête sociale (art. 213 n.º 3 du C.P.P.).

Au cours de l'exécution de la détention une mainlevée peut être sollicitée, soit par le Ministère public, soit par l'inculpé si les conditions requises pour la révocation ou la substitution sont remplies (art. 212 du C.P.P.). Le juge a alors la faculté de solliciter aux services de réinsertion sociale ou à tout autre institut spécialisé, l'expertise de personnalité définie à l'art. 160 du code de procédure pénale.

Ces rapports présentenciels sont ainsi intimement liés à la motivation des décisions concernant la détention provisoire. Il faut dire qu'en droit portugais, surtout après l'oeuvre de codification nouvelle, des exigences légales strictes sont posées dans la motivation des décisions de justice.

B • L'existence d'une motivation spéciale

En raison du légalisme poussé qui existe au Portugal, la motivation et son contrôle revêtent une importance primordiale. Au point que la Constitution elle-même prévoit dans son article 208 n.º 1, que les décisions des tribunaux sont motivées dans les cas et dans les termes prévus par la loi.

C'est surtout avec la publication du nouveau code de procédure pénale que s'est réglée la question de l'obligation de motivation dans le procès

pénal avec le principe général contenu à l'article 97 n.° 4 selon lequel les actes décisifs doivent être motivés. Par ailleurs, plusieurs articles du code de procédure pénale prévoient expressément cette motivation, dans des moments processuels les plus divers ²⁵.

Cette obligation de motiver répond à une double dimension d'après Mr. **MARQUES FERREIRA** ²⁶. La première fonction est endoprocesuelle et permet aux sujets du procès et au tribunal supérieur un examen du processus logique ou rationnel qui sous-tend la décision par le biais du recours. La seconde est extraprocesuelle, car "la motivation doit assurer par son contenu le respect effectif du principe de la légalité dans la sentence et la propre indépendance et impartialité des juges, une fois que les destinataires de la décision ne sont plus seulement les sujets processuels, mais la société elle-même" ²⁷.

La nature juridictionnelle des mesures qui portent atteinte à la liberté de l'inculpé suscite moins d'interrogations qu'en France.

En effet, d'après l'art. 219 du code de procédure pénale portugais, les décisions qui appliquent ou maintiennent les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale sont toujours susceptibles de recours. Leur nature juridictionnelle ne posant pas problème, celles-ci doivent évidemment être motivées ²⁸. Il en est de même pour les décisions du juge qui applique à

²⁵ Comme ceux qui restreignent ou excluent la publicité des actes déclarés publics par la loi (art. 87 n.° 1 et 2 du C.P.P.), ceux où apparaissent des divergences entre la conviction du juge et les avis des experts (art. 163 du C.P.P.), ceux qui décident la substitution, la révocation ou le maintien de la détention provisoire (art. 213 n.° 3 du C.P.P.), ou encore ceux qui, entre autres, prévoient une détention en dehors du flagrant-délit (art. 257 et 258 n.° 1-c) du C.P.P.).

Et en ce qui concerne la sentence, la motivation est obligatoire à peine de nullité et doit contenir l'énumération des faits prouvés et non prouvés, et une exposition, si possible complète et concise, des motifs de faits et de droit qui fondent la décision ainsi que l'indication des preuves qui ont servi à la conviction du tribunal (art. 379-a) du C.P.P.).

²⁶ **MARQUES FERREIRA (M.)**. "Os meios de provas", *Jornadas de direito processual penal. O novo Código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 230.

²⁷ **MARQUES FERREIRA (M.)**, *ibid.*

²⁸ Et ceci même si une tendance de la jurisprudence portugaise affirme la liberté du juge en matière d'atteintes à la liberté de l'inculpé. Ainsi, la cour d'appel de Lisbonne a estimé que dans l'application des mesures coercitives, le juge n'est ni limité, ni obligé à appliquer uniquement celles qui ont été proposées par le Ministère Public, dans la mesure où c'est lui qui a le pouvoir de décision sur leur respective applicabilité. Arrêt du 6 novembre 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tomo V, p. 149.

l'inculpé une mesure de liberté provisoire. Celles-ci doivent être également motivées d'après la jurisprudence ²⁹. Le droit portugais s'éloigne ici de ce qui a été récemment prévu dans l'article 137 du C.P.P. français par la loi du 24 août 1993. C'est l'illustration de la tendance plus légaliste des réponses pénales au Portugal.

C'est pour cette raison que le code de procédure pénale prévoit expressément la possibilité de recourir à l'enquête sociale quand le juge doit vérifier, tous les trois mois, si les motifs de la détention provisoire sont toujours réunis ³⁰. L'enquête sociale vise à la fois à aider le juge dans sa prise de décision quant aux atteintes à la liberté de l'inculpé, mais est aussi un instrument de motivation.

Quant aux motifs légaux qui commandent les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale, le critère tiré de l'ordre public est beaucoup plus explicite qu'en France. Il renvoie, entre autres, à la personnalité de l'inculpé ³¹.

L'obligation légale de revoir tous les trois mois si les motifs de la détention provisoire sont réunis n'est que la traduction du principe constitutionnel selon lequel elle a un caractère exceptionnel et subsidiaire (article 28 n.º 2 de la Constitution de la République portugaise).

Le contrôle du respect de ces principes par les tribunaux est assuré par une plus ample ouverture des voies de recours.

D'abord, la voie de recours contre les décisions qui concernent la liberté de l'inculpé est l'appel qui doit être interjeté dans un délai de 10 jours

²⁹ Cf. l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 28 novembre 1989, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV, tomo V, p. 152, qui estime que dans ce cas l'ordonnance du juge applique une mesure de coercition avec un contenu vide et qui est soumis au principe de l'opportune altérabilité de l'article 212 du C.P.P.

³⁰ Cette enquête sociale est de plus en plus demandée par les tribunaux à l'Institut de Réinsertion Sociale. Ainsi, le nombre des demandes d'enquêtes est passé de 205 en 1990 à 354 en 1992, ce qui correspond à une augmentation de presque 75% en deux ans. Il faut mettre en relation cette augmentation des demandes de la part des tribunaux avec la forte poussée de la détention provisoire au Portugal ces deux dernières années. Voir les tableaux, en Annexes, n.º 10.

³¹ Cf. l'article 204-c) qui est la troisième série de motifs qui peuvent conduire à l'application des mesures coercitives. Le juge appliquera ces mesures, s'il vérifie dans le cas concret: "Un risque, en raison de la nature et des circonstances du crime ou de la personnalité de l'inculpé, de perturbation de l'ordre et de la tranquillité publiques, ou de poursuite de l'activité criminelle".

devant le *Tribunal da Relação* (cour d'appel) qui doit se prononcer dans les 30 jours ³².

Une des particularités du nouveau code est d'avoir simplifié des voies de recours, simplification inspirée par les objectifs de célérité processuelle qui sous-tendent toute la procédure pénale portugaise. La réforme de la procédure pénale portugaise montre également une tendance à l'autonomie des principes du droit pénal en matière de recours qui s'affranchissent des carcans de la procédure civile ³³.

L'idée est d'unifier les voies de recours qui doivent dans la mesure du possible concerner aussi bien les faits que le droit, qu'ils soient portés devant le *Tribunal da Relação* ou devant le *Supremo Tribunal de Justiça* (Cour de cassation). La voie de recours ordinaire est une voie de recours unique dont le régime dépend de la compétence du tribunal supérieur, pour en connaître ³⁴.

Mais une autre voie est ouverte lorsque l'inculpé est incarcéré et qu'il estime illégale son incarcération: l'*Habeas Corpus*. Ce recours prend la forme d'une pétition devant le *Supremo Tribunal de Justiça* qui peut être aussi formulée en vertu de l'art. 222 n.º 2-b) du code de procédure pénale, lorsque l'incarcération est motivée par un fait non autorisé par la loi.

Les conditions de cette pétition ont été explicitées par la jurisprudence, qui a rappelé son caractère à la fois exceptionnel et additionnel. Ainsi, il faut que la décision d'incarcération résulte d'une ordonnance du

³² Art. 219 du code de procédure pénale. En vertu des principes généraux concernant l'ouverture des recours devant le *Tribunal da Relação*, les personnes admises à recourir contre les mesures portant atteinte à la liberté de l'inculpé sont: l'inculpé, le Ministère public, l'assistant et la partie civile contre les décisions prononcées à leur encontre.

Les recours contre les mesures coercitives ou de garantie patrimoniale ne sont pas suspensifs, sauf pour l'ordonnance qui déclare la caution révoquée (art. 408-2-b) du C.P.P.).
³³ CUNHA RODRIGUES (J. N.), "Recursos", *Jornadas de direito processual penal. O novo Código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 384.

³⁴ Ainsi, en droit portugais, le principe général du double recours (appel + cassation) n'existe pas. Lorsque le recours s'effectue devant la cour d'appel, elle statue en dernier ressort, sans voie de recours possible devant le *Supremo Tribunal de Justiça*. Lorsque le recours est directement porté devant cette instance suprême, elle est saisie aussi bien en fait qu'en droit. A côté de ses recours ordinaires, il existe des recours spéciaux comme ceux qui visent à fixer la jurisprudence. Sur la question des voies de recours, cf.:

GOÑÇALVES DA COSTA (J.), "Recursos", *Jornadas de direito processual penal. O novo Código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, pp. 401-471 et CUNHA RODRIGUES (J. N.), "Recursos", *ibid.*, pp. 379-400. SIMAS SANTOS (M.) et LEAL-HENRIQUES (M.), *Recursos em processo penal*, Lisboa, Rei dos Livros, 1988.

juge et que celle-ci ne soit pas susceptible de recours ³⁵. Dès lors, cette pétition exceptionnelle sera irrecevable, chaque fois que la décision qui cause une détention provisoire est susceptible d'un recours ordinaire ³⁶.

En plus de cette motivation "ordinaire", une motivation spéciale est prévue par l'art 209 du code de procédure pénale. Lorsque la peine maximale applicable au crime est supérieure à 8 ans, le juge doit spécialement indiquer les motifs qui l'ont amené à ne pas prononcer la détention provisoire. La même motivation est exigée pour une série de crimes dont la pénalité est moins grave et qui, grosso modo, recouvre l'ancienne catégorie des "crimes incautionnables".

Il est intéressant de remarquer que la jurisprudence portugaise affiche une volonté de revenir aux excès du principe légaliste qui voulaient que la détention provisoire soit de droit pour certains types d'infractions. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel d'Évora a estimé que dans les cas prévus à l'article 209 du C.P.P., la détention provisoire n'a pas à respecter les conditions légales de l'article 204 du C.P.P. ³⁷. La cour d'appel de Coimbra, quant à elle, tire de cette obligation de motivation spéciale contenue à l'article 209 du C.P.P., une présomption de détention provisoire ³⁸.

Pour Mr. **LABORINHO LÚCIO** ³⁹, l'obligation de motivation répond ici à un critère négatif complexe, car la détention provisoire a normalement une nature exceptionnelle et seule la mesure exceptionnelle devrait justifier une pareille motivation.

C'est vrai qu'on peut légitimement regretter l'absence de disposition similaire, lorsque le maximum de la peine est supérieur à 3 ans et qu'une alternative s'ouvre entre la détention provisoire et une autre mesure coercitive ou de garantie patrimoniale.

Ce type de disposition, en inversant sa motivation spécialement requise, aurait le mérite de consacrer un contrôle beaucoup plus strict du principe de subsidiarité de la détention.

³⁵ Le *Supremo Tribunal de Justiça* a ainsi estimé que le prévenu en détention provisoire en vertu d'un mandat d'arrêt du juge doit lui être présenté dans le délai de 48 heures. Cette omission constitue une irrégularité de la procédure qui n'entraîne pas, en elle-même, la recevabilité de la pétition d'*Habeas Corpus*. Arrêt du 10 octobre 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tomo IV, p. 28.

³⁶ Voir l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 19 décembre 1990, citée par **TOLDA PINTO (A. A.)**, op. cit., p. 203 en note.

³⁷ Arrêt du 28 juin 1989, *B.M.J.*, n.º 388, 1989, p. 613.

³⁸ Cf. l'arrêt du 15 février *B.M.J.*, n.º 384, 1989, p. 660.

³⁹ **LABORINHO LÚCIO (A.)**, "Subjectividade e motivação no novo processo penal português", *Revista portuguesa de Ciência criminal*, abril-junho, 1991, pp. 205-220.

Mais, cette apparente contradiction ne doit pas faire perdre de vue la volonté qui résulte des textes de limiter le risque de subjectivité dans les pouvoirs conférés au juge. Motiver c'est "persuader un auditoire, qu'il faut connaître, que la décision est conforme à ses exigences. Mais celles-ci peuvent varier en fonction de l'auditoire: purement formelles et légalistes, comme relatives aux conséquences. Il s'agit de démontrer qu'elles sont opportunes, équitables, raisonnables, acceptables"⁴⁰.

Les prescriptions légales précédemment décrites montrent la tendance plus légaliste des réponses pénales portugaises, malgré la reconnaissance d'une certaine subjectivité dans le procès pénal. Cette extension des contraintes légales semble encore plus manifeste au regard des alternatives à la peine privative de liberté.

§ 2 • *Les contraintes légales en matière d'alternatives à l'emprisonnement*

Toute absence, toute lacune de la loi est perçue au Portugal comme un égarement démocratique et une réminiscence de l'ancien régime autoritaire.

"La démocratie n'est pas une oeuvre achevée, elle est une conquête qui va en s'approfondissant et se perfectionnant". Ces propos du Président de la République portugaise, Mr. **Mário Soares**⁴¹ illustrent parfaitement les angoisses d'une démocratie jeune qui se tourne vers un avenir meilleur, qui s'accroche à tous les symboles du libéralisme, comme peuvent l'être les dispositions de la Loi fondamentale, qu'on n'hésite pas à remanier.

Si le code pénal de 1982 accorde au juge une place de choix dans les réponses pénales, le législateur a entendu à la fois guider ses options de politique criminelle (A) et contrôler son choix de la peine (B).

A • Le juge est guidé dans ses options de politique criminelle

Le nouveau code pénal portugais trace un système punitif basé sur l'idée que les peines doivent être exécutées dans un esprit pédagogique et resocialisateur⁴². C'est pour cette raison qu'il définit des options claires

⁴⁰ LABORINHO LÚCIO (A.), op. cit., p. 217.

⁴¹ Déclaration faite au sujet du vote par l'Assemblée de la République de la 2^e révision constitutionnelle. *O Primeiro de Janeiro*, 5 juin 1989.

⁴² Voir n.° 7 de l'introduction, partie générale.

de politique criminelle qui doivent guider le juge. Dans la mesure où l'emprisonnement est considéré comme une ultima ratio, en cas d'incident dans la mise en oeuvre des alternatives, il ne s'applique pas automatiquement (2). Des priorités sont prévues par ailleurs, dans le prononcé des peines (1).

1 – *Les priorités dans le prononcé des peines*

Le discours punitif du Législateur de 1982 fait une préférence expresse donnée à la peine d'amende (a). De la même façon l'article 71 du code pénal énonce les critères qui commandent la décision finale du juge lorsqu'une mesure détentive est en concours avec une peine alternative (c). Cet article est inséré dans un titre de la partie générale du code, spécifique au choix et à la mesure de la peine dans lequel se trouve aussi réglementée la dispense de peine. La partie spéciale du code prévoit en outre des cas d'exemption de peine parfois de plein droit, parfois facultatifs qui ne recouvrent pas exactement les modalités de la dispense de peine (b).

a) *L'amende*

L'article 43 n.º 1 du code pénal prévoit la substitution de principe de l'amende aux peines de prison concrètement applicables lorsqu'elles sont inférieures à 6 mois. Cette substitution est obligatoire pour le juge sauf si l'exécution de l'emprisonnement s'avère nécessaire pour prévenir de nouvelles infractions.

Cependant, dans le cadre des infractions routières, une jurisprudence constante du *Supremo Tribunal de Justiça* estime que cette substitution ne doit pas avoir lieu, lorsque le crime est commis avec une culpabilité grave ⁴³.

b) *L'exemption de peine*

A côté de la traditionnelle dispense de peine ⁴⁴, la partie spéciale du code pénal de 1983 énumère de façon exhaustive les comportements de

⁴³ Cf. les arrêts du 24 mars 1983, *B.M.J.*, n.º 325, p. 413, du 21 mars 1990, *Revista portuguesa de ciência criminal*, abril-junho, 1991, p. 243, et plus récemment l'arrêt du 23 octobre 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVI, tomo IV, p. 41.

⁴⁴ Inspirée par le droit français et les recommandations du Conseil de l'Europe, cette mesure fit son apparition dans l'article 75 du nouveau code pénal. Voir supra, Livre 1, titre 2, chapitre 2, section 1, § 3 – B.

l'agent infracteur ainsi que les circonstances des infractions donnant lieu à une exemption de peine.

Visible renforcement du principe légaliste dans ce pardon du juge, puisqu'il existe même des cas d'exemption de peine de plein droit⁴⁵. Excepté l'art. 171 du code pénal, ils concernent des hypothèses particulières de désistement de l'infraction ou de repentir actif⁴⁶.

Ce sont des considérations du même type qui président à la plupart des cas d'exemption de peine facultatifs. La qualité formelle des différents articles sous-tend une priorité de choix donnée par le Législateur vis-à-vis de cette mesure.

C'est l'illustration du postulat qui orientait toute la réforme pénale portugaise selon lequel la culpabilité n'est pas en soi une condition suffisante de l'application d'une peine⁴⁷.

Les infractions pouvant donner lieu à une exemption de peine sont les suivantes:

- Lésions corporelles privilégiées⁴⁸ (art. 147 n.º 2).
- Lésions corporelles par négligence (art. 148 n.º 2).
- Rétorsion (art. 172).
- Infractions créant un danger commun (art. 268).
- Contamination et empoisonnement de l'eau (art. 269).
- Corruption de substances alimentaires ou médicinales (art. 273 n.º 6).
- Altération des ordonnances médicales (art. 275 n.º 5).
- Refus d'assistance médicale (art. 276 n.º 3).
- Entrave aux services de transport par air, eau, et chemin de fer (art. 277 n.º 8).
- Conduite dangereuse d'un moyen de transport (art. 278 n.º 4).
- Entrave à la circulation routière (art. 279 n.º 5).

⁴⁵ Art. 171 (diffamation ou injure); art. 290 n.º 3 (participation à des émeutes); art. 382 n.º 2 et 3 renvoyant à l'art. 356 n.º 2 (altération violente de l'État de droit); art. 404 n.º 1 renvoyant aux art. 401 (fausse déposition) et 402 (faux témoignage, fausses déclarations, fausse expertise, fausses interprétation ou traduction); art. 420 n.º 4 (corruption passive) et art. 423 n.º 3 et 4 (corruption active).

⁴⁶ Sur la question, cf. **BARREIROS (J. A.)**, "Le problème des repentis; crime et châtiement, statut des repentis", op. cit.

⁴⁷ **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)**, "La réforme pénale portugaise", op. cit., p. 18.

⁴⁸ Lorsqu'elles sont réciproques sans qu'on puisse prouver qui a en premier agressé l'autre.

- Associations criminelles (art. 287 n.º 4),
- Organisations terroristes (art. 288 n.º 7),
- Terrorisme (art. 289 n.º 3),
- Restitution de l'objet du vol ou de l'appropriation illicite (art. 301 n.º 2),
- Vol par nécessité et menu vol (art. 302 n.º 1),
- Vol familial (art. 303 n.º 5),
- Atteintes à la chose d'autrui (art. 310 n.º 2),
- Altération de bornes (art. 312 n.º 2),
- Escroquerie à l'assurance (art. 315 n.º 3),
- Gestion déloyale (art. 319 n.º 2),
- Usure (art. 323),
- Complicité de recel (art. 330 n.º 2),
- Administration nuisible d'une unité économique du secteur public ou coopératif (art. 333 n.º 4),
- Crimes contre la sûreté de l'Etat (art. 382 n.º 1),
- Fausse déposition en justice et faux témoignage (art. 403 n.º 2 et art. 404 n.º 2),
- Corruption active (art. 423 n.º 2),

C. Les peines non détentives (article 71 du code pénal)

Tout comme pour la détention provisoire, une disposition expresse du code pénal portugais entend mettre en oeuvre un moyen légal incitatif qui illustre la priorité donnée aux peines non détentives. Autre traduction des principes constitutionnels de nécessité et de subsidiarité de la peine privative de liberté ⁴⁹. Ainsi, d'après l'article 71 du code pénal (critère pour le choix de la peine), en cas de concours entre une peine détentive, le tribunal doit normalement préférer la deuxième modalité chaque fois que celle-ci s'avère suffisante pour promouvoir la récupération sociale du délinquant et puisse satisfaire les exigences de réprobation et de prévention du crime.

C'est surtout lorsqu'à la peine de prison peut être substituée l'amende que le Supremo Tribunal de Justiça s'est prononcé à propos de l'inter-

⁴⁹ Voir l'article 27 de la Constitution de la République portugaise.

prétation de l'article 71 du code pénal. Le choix de l'amende n'est possible que si le tribunal formule un jugement favorable au délinquant quant à la prévention des futures infractions⁵⁰. C'est sans doute en raison de ses positions jurisprudentielles qui suivaient scrupuleusement les dispositions de l'article 43 n.º 1, que le projet de révision du code pénal de février 1991, altère le texte de l'article 71⁵¹.

Mais si toutes ces priorités de choix sont autant de limites légales du pouvoir du juge, par contre, lorsqu'une alternative est prononcée par le juge, elles se doublent de dispositions prévues par la loi visant à rendre l'emprisonnement subsidiaire exceptionnel.

2. – L'emprisonnement subsidiaire exceptionnel

Cette idée est véhiculée dans le code pénal à propos de toutes les peines qui assument le rang de peines principales. La réglementation de l'amende et celle du travail en faveur de la communauté tendent à éviter en cas d'échec la conversion de la peine alternative en peine privative de liberté.

Ainsi, face à l'interdiction constitutionnelle de la conversion de l'amende en emprisonnement⁵², le code pénal de 1982 se devait de prévoir d'autres solutions.

D'après l'art. 46 n.º 3, le juge peut, si la situation économique le justifie, accorder au délinquant un délai d'un an au plus pour s'acquitter de l'amende, ou son fractionnement.

Si le non-paiement est volontaire, l'art. 47 énumère les modalités de recouvrement de l'amende. D'abord une saisie des biens, ensuite, si le con-

⁵⁰ Cf. l'arrêt du 18 mai 1983, cité par **DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES (M.)** et **CARRILHO DE SIMAS SANTOS (M. J.)**, *O Código penal de 1982*, vol. 1, Lisboa, Rei dos Livros, 1986, p. 368, et l'arrêt du 11 mai 1983, *ibid.*: "Ainsi, le tribunal ne doit pas opter pour l'amende au lieu de la prison, lorsqu'il n'existe pas d'éléments suffisamment convaincants pour dire que le délinquant ne va pas à nouveau commettre des infractions et qu'il s'avère nécessaire que celui-ci souffre le mal de la peine, en tant que punition pour lui et dissuasion pour les autres" (traduction personnelle).

⁵¹ Cf. l'article 70 du projet qui oblige le tribunal à préférer la peine non détentive "chaque fois que celle-ci est apte à réaliser d'une manière suffisante les finalités de la punition" (traduction personnelle).

⁵² Art. 27 n.º 2 de la Constitution de 1976: "Nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est en conséquence d'une condamnation judiciaire pour la commission d'un acte puni par la loi d'une peine de prison" (traduction personnelle).

damné est en condition de travailler, le remplacement total ou partiel de l'amende par des journées de travail ⁵³.

Ce n'est que lorsque toutes ces possibilités seront épuisées que la prison est prévue en alternative à l'amende impayée. D'ailleurs, l'article 46 n.º 3 dispose qu'à chaque fois qu'il y a condamnation à une peine d'amende, le tribunal doit dans sa décision fixer l'emprisonnement correspondant aux jours prévus réduits des deux tiers ⁵⁴.

Mais à ce stade, la loi portugaise fait encore preuve de souplesse. En effet, si la preuve est apportée par le condamné que la raison du non-paiement ne lui est pas imputable, l'art. 47 n.º 4 donne aux juridictions la possibilité de réduire l'emprisonnement jusqu'à 6 jours ou même de décréter la dispense de peine.

Signalons enfin qu'une incrimination spéciale est prévue pour l'individu qui s'est intentionnellement mis dans l'impossibilité de payer totalement ou partiellement l'amende ou dans l'hypothèse du délinquant qui délibérément a rendu impossible la substitution de l'amende impayée par des journées de travail ⁵⁵.

De même, en ce qui concerne l'éventuel échec de la peine de travail en faveur de la communauté, l'emprisonnement n'est prévu que si l'intéressé s'est délibérément mis hors de condition de travailler ou s'il refuse,

⁵³ C'est le Ministère Public qui est normalement compétent pour vérifier, s'il l'entend, l'existence des emplois permettant cette substitution de l'amende impayée en tant que préalable à sa conversion en emprisonnement. Si dans les délais légaux il n'établit pas l'existence des conditions permettant une substitution en journées de travail ou s'il ne justifie pas que l'impossibilité de cette substitution a des causes indépendantes de la volonté du prévenu, il oblige le tribunal à délivrer les mandats adéquats pour exécuter l'emprisonnement correspondant prévu. Cour d'appel d'Évora, 19 mars 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, X, II, p. 304. La jurisprudence a également considéré que le travail auquel le prévenu peut être condamné en cas d'amende impayée, n'est pas nécessairement rémunéré. Voir l'arrêt de la cour d'appel de Lisbonne du 24 avril 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, X, II, p. 171.

⁵⁴ Ceci afin de contourner l'interdiction constitutionnelle précédemment décrite. Voir sur les difficultés posées par cette interdiction nos développements du Livre premier, Titre 2, Chapitre 2, section 1, § 1 – B.

⁵⁵ L'art. 47 n.º 5 renvoie à la peine prévue en cas de désobéissance qualifiée à l'art. 388 n.º 2. Dans le projet de révision du code pénal déposé en février 1991 par la Commission de révision, cette incrimination a disparu. Le projet prévoit un régime autre, dans lequel l'exécution de l'emprisonnement subsidiaire peut être assorti du sursis avec mise à l'épreuve, dans le cas où l'individu de bonne foi, n'a pu ni payer l'amende, ni accomplir les journées de travail prévues en substitution. Si le non paiement ou le non accomplissement du travail est intentionnel, c'est l'emprisonnement subsidiaire qui est alors appliqué et ceci, même si l'infraction n'est pas punissable d'une peine de prison.

sans juste cause, l'accomplissement du travail (art. 60 n.º 6). Il s'agit ici d'un autre cas de désobéissance qualifiée incriminé par l'art. 388 n.º 3 du code pénal ⁵⁶.

Par contre, si l'agent ne peut pas accomplir le travail pour une cause autre qui ne lui est pas imputable, le tribunal pourra le condamner à une peine d'amende ou le dispenser de peine (art. 60 n.º 7).

Pour ce qui est du sursis et de la probation, la révocation tend à devenir comme en droit français, exceptionnelle. Il existe ainsi des sanctions autres que la révocation qui n'est que facultative. C'est le cas lorsque le délinquant ne se soumet pas aux obligations qui lui sont imposées (art. 50 et art. 56) et même s'il est puni pour un autre crime pendant la période de suspension de l'exécution de la peine ou de la probation.

La condamnation qui entraîne cette révocation facultative pour le tribunal est une condamnation soit à une peine de prison pour un fait pratiqué avec négligence et punissable par la loi, soit à une peine autre que l'emprisonnement pour un crime dolosif.

La juridiction pourra alors prononcer à la place un avertissement solennel ou proroger la mesure (jusqu'à 5 ans) pour la probation et, pour le sursis, jusqu'à la moitié du délai initialement prévu ⁵⁷.

Par contre, si le délinquant commet un crime dolosif pour lequel il vient à être puni d'une peine d'emprisonnement, la révocation aura lieu de plein droit (art. 51 n.º 1 et 57 n.º 1) ⁵⁸.

⁵⁶ Le projet de révision du code pénal déposé en février 1991, a ici aussi supprimé l'incrimination de désobéissance qualifiée. Le régime qui est prévu est, encore une fois soucieux d'éviter l'emprisonnement subsidiaire puisque dans le cas où l'individu ne peut pas accomplir le travail non intentionnellement, la P.T.F.C. peut être remplacée soit par une amende, soit par un sursis avec mise à l'épreuve. S'il y a mauvaise volonté de sa part, le tribunal révoque tout simplement la peine de P.T.F.C. et ordonne l'accomplissement de l'emprisonnement subsidiaire.

⁵⁷ Sans que ce délai de prorogation soit inférieur à un an (art. 50 - c) du code pénal).

⁵⁸ Le projet de révision du code pénal de février 1991 semble ne prévoir que des cas de révocation facultative, dans la mesure où, en plus des conditions posées par la loi, il faut que les finalités qui étaient à la base du sursis n'aient pas pu être atteintes par ce moyen. Dans le cas d'un défaut d'accomplissement des devoirs imposés, seules des violations grossières et répétées peuvent donner lieu à une révocation du sursis. Le projet ne fait que consacrer ici la jurisprudence qui s'était dessinée à propos de la révocation facultative. Cf. l'arrêt de la cour d'appel de Coimbra du 13 mars 1985, *Colectânea de Jurisprudência*, ano X, tomo II, p. 72.

Quant à la commission de nouvelles infractions par le sursitaire, le projet est beaucoup plus sévère que le code pénal actuel, puisqu'il suffit que ce dernier commette un crime pour lequel il est condamné, sans plus de précisions (art. 56 nouveau du projet).

Les conséquences de cette révocation sont différentes pour le sursis et pour la probation. Dans le premier cas, elle donne lieu à l'accomplissement de la peine dont l'exécution avait été suspendue. Dans le second cas, elle donne lieu à la continuation du procès et à la fixation de la peine applicable.

Mais le nouveau code pénal ne se contente pas de simples orientations dénuées de valeur astreignante en l'absence de tout contrôle effectif.

B. Le juge est contrôlé dans le choix de la peine

Contrairement au juge français, le juge portugais voit son pouvoir en matière d'alternatives à la peine privative de liberté doublement contrôlé. D'abord par des préceptes criminologiques qui conditionnent le prononcé des peines (1), mais aussi par l'existence de motivations spéciales (2) qui lui sont désormais imposées depuis la réforme du code pénal.

1. – De nombreux préceptes criminologiques

Si la pauvreté de la loi en France a retenu l'attention, les textes portugais vont apparaître comme extrêmement riches en indications de type criminologique, générales ou ponctuelles, renvoyant soit à des considérations de prévention de la criminalité, soit à la personnalité du délinquant et aux circonstances de l'infraction.

Ainsi, l'article 71 du code pénal précédemment cité qui pose le critère du choix de la peine. Les objectifs politico-criminalistes y sont clairement explicités, satisfaisant par ailleurs deux des trois principes directeurs souhaités pour une meilleure rationalité des options judiciaires (le principe de subsidiarité de la peine de prison et le principe d'utilité ⁵⁹).

De même, l'article 43 pose comme exception à la substitution automatique des courtes peines de prison les exigences de prévention spéciale et générale ⁶⁰. C'est pour cette raison que s'est développée sur ce point la jurisprudence précédemment décrite en matière de circulation routière.

⁵⁹ Dans la mesure où est déterminé un lien entre l'infraction et la mesure. En effet, l'option du juge en faveur des mesures non détentives ne lui est permise que si elles sont satisfaisantes compte tenu des exigences de réprobation de l'infraction et de prévention de la criminalité.

⁶⁰ Voir sur ce point, l'arrêt de la cour d'appel d'Évora du 29 novembre 1983, *B.M.J.*, n.º 333, p. 540, qui rappelle cette exception posée par le nouveau code pénal à l'instar de son prédécesseur.

A côté de ces préceptes criminologiques d'ordre général, les dispositions concernant certaines peines alternatives contiennent des références à l'auteur de l'acte autres que son passé pénal.

En matière de sursis ou de probation, les dispositions du nouveau code pénal ordonnent au tribunal de tenir compte de la personnalité de l'agent, de ses conditions de vie, de sa conduite antérieure et postérieure au fait punissable et ses circonstances ⁶¹. Il ne peut d'ailleurs prononcer ces peines que s'il les estime satisfaisantes eu égard aux exigences de prévention spéciale et générale et de réprobation du délinquant.

Pour ce qui est de l'admonestation, l'art. 59 n.° 2 indique qu'elle ne sera prononcée que lorsqu'elle facilite la récupération de l'individu poursuivi, si le dommage causé par l'infraction a été réparé et si l'utilisation des autres mesures pénales ne s'avère pas nécessaire.

Et ici le Législateur portugais semble frappé d'amnésie quant à l'infraction. Attaché aux idées de la Défense sociale nouvelle, commandant l'individualisation judiciaire, il devait aussi régler de façon cohérente le dossier de personnalité dans le nouveau code de procédure pénale ⁶².

A l'instar du droit danois et norvégien ⁶³, l'enquête de personnalité est devenue obligatoire, lorsqu'est éventuellement applicable une peine alternative. Malheureusement, cette obligation se trouve actuellement doublement limitée: aux délinquants de moins de 21 ans et seulement pour les mesures nécessitant un contrôle de la part des services spécialisés ⁶⁴.

La réforme semblait timide sur ce point ⁶⁵. Mais, il est intéressant de noter que la jurisprudence portugaise sanctionne, contrairement à ce qui

⁶¹ Art. 48 n.° 2 et 53 n.° 1.

⁶² Voir les développements précédents sur ce point. Le contenu de l'enquête sociale est désormais défini à l'art. 1 n.° 1 al. g) du nouveau code de procédure pénale quant à son objectif et son contenu, quant aux personnes qui en sont l'objet et aux services compétents. D'après ce texte, il contient aussi des éléments sur la personnalité. L'art. 160 du code définit par ailleurs les expertises de personnalité qui sont élaborées dans le but de révéler les caractéristiques psychiques du délinquant indépendantes de causes pathologiques.

⁶³ Cf. les articles 800 a) du code de procédure pénale danois et 264 § 2 du code de procédure pénale norvégien.

⁶⁴ Cf. l'art. 370 n.° 2 du code de procédure pénale.

⁶⁵ Elle n'a pas suivi les propositions de certains auteurs qui étaient aussi celles de l'Institut de réinsertion sociale. Voir à ce propos l'étude de M^r **José António BARREIROS** qui estimait utile, pour plus de cohérence du nouveau système de pénalité, de rendre obligatoire l'enquête de personnalité si une alternative à l'emprisonnement est envisageable ou si l'application de la sanction dépend de la connaissance de la personnalité du délinquant. Cf.:

BARREIROS (J. A.), "A ressocialização e o processo penal" in *Cidadão delinquente: Reinserção social?*, Lisboa, I.R.S., sept. 1983, pp. 101-131.

se passe en France, l'absence d'enquête sociale lorsqu'elle est obligatoire ⁶⁶. On retrouve également un contrôle sévère de la part du Supremo Tribunal de Justiça (Cour de cassation), à propos de l'expertise psychiatrique. Celle-ci a été considérée obligatoire pour que les tribunaux puissent envisager l'imputabilité diminuée d'une prévenue, soi-disant psychopathe ⁶⁷.

Certaines des lacunes législatives ont été ainsi corrigées. Il ne faut pas oublier que la réforme de la procédure pénale était placée sous le signe de la célérité processuelle. Visiblement il est apparu préférable de mener en ce domaine une politique incitative pour éviter les pesanteurs d'un formalisme trop rigoureux multipliant les actes de procédure.

Mais, à travers les contraintes de la motivation, les insuffisances textuelles ont pu être palliées. Sur ce point, le juge portugais paraît être davantage contrôlé que le juge français, autre illustration de la tendance plus légaliste des réponses pénales au Portugal.

2. – L'existence de motivations spéciales

Contrairement à son homologue français, le nouveau code pénal portugais a généralisé l'obligation de motiver le choix de la peine aussi bien dans sa mesure que dans sa nature.

Pour le choix de la nature de la peine, l'article 71 du code pénal, nous l'avons vu, consacre par voie législative la primauté des formes de punition de caractère éducatif sur les types de punition de nature expiratoire ⁶⁸.

Mais, l'intérêt de cet article est la motivation spéciale qui est exigée de la part du juge dans l'option peine privative de liberté / peine non détentive lorsqu'il préfère – comme il lui est imposé de faire – cette dernière.

⁶⁶ Ainsi, le Supremo Tribunal de Justiça a étendu cette exigence légale. Alors que le dossier de personnalité n'est obligatoire pour les mineurs de 21 ans que lorsque le tribunal envisage certaines peines qui sont énumérées par l'article 370 n.º 1 – g), la juridiction suprême semble dire qu'il est également obligatoire dans le cas du sursis. A défaut de la présence de ce rapport social dans le procès, la décision des juges qui appliquaient au délinquant une peine de sursis a été considérée comme insuffisamment motivée. Cf. l'arrêt du 22 mai 1991, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVI, tomo III, p. 20.

⁶⁷ Voir l'arrêt du Supremo Tribunal de Justiça du 9 mai 1990, *Tribuna da Justiça*, oct.-dez., 1990, n.º 6, p. 334, dans lequel il casse la décision des juges comme étant insuffisamment motivée en fait, faute d'expertise psychiatrique.

⁶⁸ **ROBALO CORDEIRO (A.)**, "Escolha e medida da pena", *Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal Português e Legislação complementar*, fase I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, p. 238.

Certes, on peut regretter avec Mme **Teresa PIZARRO BELEZA** ⁶⁹ que cette motivation ne soit pas requise quand le tribunal porte son choix sur la prison.

Cependant, pareille exigence légale atteste bien, dans les réponses pénales au Portugal, un renforcement du principe légaliste et une limitation des risques de subjectivité dans le procès pénal.

Cette idée d'une possibilité de contrôle sur le choix de la mesure par les juridictions supérieures est présente aussi dans les dispositions concernant le sursis.

En effet, à la différence du droit français, l'art. 48 n.° 3 impose aux juridictions de spécifier les motifs de l'octroi du sursis.

Ce contrôle est effectif et son exercice montre la tendance de la jurisprudence à limiter l'importance du critère lié à la personnalité du délinquant dans le choix de la peine ⁷⁰.

En effet, les critères de prévention du crime et les nécessités de réprobation tempèrent cette référence à la personnalité. C'est pour cette raison que le champ d'application du sursis se trouve désormais davantage délimité, puisque le Supremo Tribunal de Justiça a exclu de son bénéfice certains types d'infractions ⁷¹.

Quant à la motivation du choix de la mesure de la peine, le droit portugais connaît des directives bien précises que le juge doit respecter dans sa motivation laquelle est soumise au contrôle des tribunaux supérieurs ⁷².

D'après le n.° 3 de l'article 72, le tribunal est obligé de se référer expressément dans la sentence aux motifs du quantum de la peine.

Cet article du nouveau code pénal portugais illustre bien une réelle volonté de rationaliser le choix de la peine au niveau de son montant. Rationalisation qui est loin d'être théorique, puisqu'il est admis que le

⁶⁹ **PIZARRO BELEZA (T)**, "A reinserção social dos delinquentes: recuperação da utopia ou utopia da recuperação", in *Cidadão delinquente: Reinserção social?*, Lisboa, I.R.S., 1983, p. 170.

⁷⁰ Voir l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 26 mars 1985, *B.M.J.*, n.° 345, p. 260, dans lequel la personnalité du condamné (un homme au bon comportement, estimé et respecté de tous, de nature pacifique et de bonne moralité) n'a pas suffi à faire bénéficier du sursis.

⁷¹ Ainsi, les infractions sexuelles, qui ne donnent lieu que dans des cas très exceptionnels à l'application du sursis. Cf. l'arrêt du 9 novembre 1983, *B.M.J.*, n.° 331, p. 229.

⁷² Cf. l'article 72 n.° 1 et 2 et nos développements du § 2 de la section 1 du Chapitre 2 du Titre 1 de ce même Livre.

recours contre la décision prise par les juges puisse uniquement porter sur le choix de la peine ⁷³.

Comme nous l'avons déjà signalé, ce sont les raisons de prévention spéciale qui vont justifier le montant final de la peine, mais aussi déterminer le choix de sa nature. Car, le but que le Législateur a assigné aux peines est celui de la résocialisation du délinquant ⁷⁴.

Les alternatives répondent ainsi au Portugal aux trois principes directeurs qui semblaient importants pour leur réussite (proportionnalité, subsidiarité et utilité). Alors qu'en France, ces principes directeurs sont encore à l'état d'ébauche.

Il faut dire que les deux pays jouent des gammes sur des partitions séparées, à partir desquelles on peut deviner une identité territoriale: entre étatiser et sociétaliser, entre judiciariser et légaliser.

Au croisement de leurs politiques criminelles, souffle l'air des hymnes nationaux. L'hymne français est fait de variations autour du juge et de la société civile. L'hymne lusitanien, moins improvisé, apparaît comme une mélodie où les voix de l'État et de la loi s'enchaînent. Mais ils se sont autrefois rencontrés et se rencontrent toujours sur un thème central, celui du libéralisme et de l'autoritarisme.

Mystère de l'unicité à partir de la dualité. A l'image d'une trinité nouvelle, dans laquelle l'Europe retrouve son essence divine.

⁷³ Il convient de noter que c'est sans doute là une des illustrations de l'autonomie que tend à prendre la détermination de la peine par rapport à celle de la culpabilité. Cf. les art. 369, 370 et 371 du C.P.P.

⁷⁴ Voir la note de Mme **Anabela MIRANDA RODRIGUES**, sous l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* du 21 mars 1991, précédemment cité.

CONCLUSION

Le croisement des politiques criminelles française et portugaise est une espace de communion et de dispersion, et finalement peut-être aussi, de construction. En effet, au carrefour de ces deux ordres nationaux se situe le chemin nouveau de l'Europe des droits de l'Homme, emprunté par la Convention européenne de sauvegarde et consolidé par la jurisprudence des Cours européennes et constitutionnelles.

Si le statut de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme varie d'un État européen à un autre, la France et le Portugal s'accordent sur statut supralégislatif et son applicabilité directe. De telle sorte que les rapprochements constatés dans la structure fondamentale de leur politique criminelle illustrent, dans ces deux pays mieux qu'ailleurs, la réalité des idéaux européens.

Aux ordres juridiques qui composent l'Europe, et que traditionnellement on oppose dans une vision dichotomique de la procédure pénale (pays romano-germaniques et pays de Common Law), ces idéaux permettent de retrouver une "âme" commune dans l'adhésion à des principes directeurs¹, manifestant l'apparition d'un modèle européen de procès pénal (I).

Mais cette identité européenne ne s'arrête pas à des directions procédurales communes. Elle transparait également à travers "l'esprit" qui est souhaité de la part des États, quand ils mettent en oeuvre les réponses au

¹ Cf. **PRADEL (J.)**, " Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes", *Mélanges Georges Levasseur, Droit pénal Droit européen*, Paris, Litec, 1992, pp. 459-472.

phénomène criminel. Dans la mesure où les droits de l'Homme sont autant d'éléments de contrainte, limitant à la fois les pouvoirs de l'État sur l'individu et sa souveraineté nationale, ils assurent l'esquisse d'un ordre public démocratique européen (II).

I. L'apparition d'un modèle européen de procès pénal

Au-delà des affrontements culturels et de la diversité des héritages procéduraux, de l'opposition système accusatoire, système inquisitoire, la Convention européenne est un instrument d'harmonisation des politiques criminelles européennes, tout en respectant l'identité nationale de chaque pays.

Malgré une ratification tardive ², la France et le Portugal n'ont cessé de réaffirmer, ces dernières années, leur adhésion à l'ordre normatif issu des organes de Strasbourg ³.

Son intégration y est des plus fortes. Ainsi, en France les juridictions de l'ordre judiciaire aussi bien que de l'ordre administratif se reconnaissent aujourd'hui une compétence pour contrôler effectivement la valeur supralégislative de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme ⁴. Au Portugal, elle est la principale source du catalogue constitutionnel des droits fondamentaux, ce qui permet ainsi une double protection: par la voie constitutionnelle, dans la mesure où le contrôle de la constitutionnalité des lois y est des plus étendu et par le biais de l'applicabilité directe et de la suprématie de la Convention de Sauvegarde des droits de l'Homme sur la loi portugaise ⁵.

² En 1974 pour la France, avec une réserve quant au recours individuel levée par un décret du 9 octobre 1981. Le Portugal ratifia la C.E.S.D.H. et les cinq premiers Protocoles additionnels, le 13 octobre 1978. A cette époque huit réserves furent formulées jusqu' à ce que la loi n.° 12/87 du 7 avril 1987 n'en conserve que deux, relatives aux sanctions disciplinaires des militaires et à l'incrimination des agents et responsables de la P.I.D.E.-D.G.S.

³ Au fur et à mesure des ratifications des Protocoles additionnels. En effet, la France et le Portugal font partie des États membres qui ont ratifié le plus grand nombre des Protocoles additionnels (Protocoles 1 à 8). Le Protocole n.° 9 a été signé en France.

⁴ Depuis que le Conseil constitutionnel a décidé, le 15 janvier 1975, que ce type de contrôle ne relevait pas d'un contrôle de la constitutionnalité des lois.

⁵ Voir à ce sujet: **CAVAGNA (E.)** et **MONTEIRO (E.)**, "Résistance des Etats-Péninsule ibérique: Espagne et Portugal", in *Raisonnement la raison d'État, Vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1989, pp. 277-312.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg et son interprétation originale des textes européens, confortée par le développement d'un droit pénal constitutionnel ⁶, permet d'entrevoir les grandes lignes de ce que certains appellent un modèle européen ⁷ de procès pénal bâti autour d'une unité de principes.

Ces principes directeurs sont très proches des dix principes fondamentaux proposés par la Commission "Justice pénale et droits de l'Homme".

On peut placer en tête de ces principes, la Présomption d'innocence ⁸ qui s'adresse à la fois au juge et au délinquant. Du côté du délinquant, il assure le respect de la prééminence de la liberté ⁹ et de l'État de droit et a pour corollaire une limitation des conditions dans lesquelles peuvent intervenir les mesures attentatoires à la liberté pendant le procès pénal (détention provisoire ¹⁰, garde à vue ¹¹).

Du côté du juge, il exige que la preuve de la culpabilité soit rapportée par le poursuivant. L'interprétation faite par les juges de Strasbourg de ce second aspect de la présomption d'innocence est d'ailleurs assez souple,

⁶ Sur le thème de la constitutionnalisation du droit pénal en France et au Portugal, cf.: **PHILIP (L.)**, "La constitutionnalisation du droit pénal français", *R.S.C.*, 1985, n.º 4, pp. 711-723.

FAVOREU (L.), "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal", in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain*, Paris, éd. Cujas, 1989, pp. 169-209.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), "Principes directeurs de la politique criminelle portugaise", op. cit.

⁷ Cf. **DE GOUTTES (R.)**, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Justice Française en 1992", *Gaz. Pal.*, vendredi 6, samedi 7 mars 1992. Voir également: **DELMAS-MARTY**, "Vers un modèle européen de procès pénal", in *Procès pénal et droits de l'Homme, Vers une conscience européenne*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992, pp. 291-301.

⁸ Ce principe est proclamé dans l'article 6 § 2 de la C.E.S.D.H. et dans l'article 32 n.º 2 de la Constitution de la République portugaise. En France, il est contenu dans l'article 9 de la D.D.H.C., et le Conseil constitutionnel dans sa décision Sécurité et Liberté du 19-20 janvier 1981, reconnaît sa valeur constitutionnelle afin de limiter le recours à la procédure de la saisine directe.

⁹ Article 5 de la C.E.S.D.H. et article 27 de la Constitution de la République portugaise. En France, le Conseil constitutionnel a progressivement précisé les garanties constitutionnelles de la liberté individuelle, en se basant sur l'article 66 alinéa 1^{er}. Cf. **FAVOREU (L.)**, op. cit., pp. 189-190.

¹⁰ La détention provisoire est ainsi limitée dans l'article 5 § 1-c de la C.E.S.D.H. et dans l'article 28 de la Constitution de la République portugaise.

¹¹ Article 5 § 3 de la C.E.S.D.H. et article 27 n.º 4 de la Constitution de la République portugaise. Voir en France la décision du Conseil constitutionnel Sécurité et Liberté du 19-20 janvier 1981.

puisque ne sont pas totalement interdites les présomptions de fait ou de droit pouvant être analysées comme de véritables présomptions de culpabilité¹².

Le principe de la présomption d'innocence est à la base de toute la réforme opérée en France par la loi du 4 janvier 1993. Cette loi entendait également neutraliser la terminologie employée, en bannissant le terme "inculpé" pour le remplacer par celui de "personne mise en examen".

Le principe du *Tribunal impartial et indépendant* fait partie de ce que la jurisprudence européenne entend comme étant une des garanties du procès équitable. Elle interprète d'ailleurs cette notion d'une manière particulièrement rigoureuse en faisant prévaloir un critère objectif ou organique¹³.

En France, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle élargit sa notion de tribunal impartial en se fondant sur l'article 6 § 1 de la C.E.S.D.H. Ainsi, dans un arrêt du 16 octobre 1991, elle a décidé que ne pouvait siéger dans une Cour d'Assises un magistrat qui avait déjà accueilli une demande en divorce en se fondant exclusivement sur des faits de viol, lesquels revenaient devant la Cour¹⁴.

Au Portugal, cette notion de tribunal impartial et indépendant explique la dissociation des fonctions juridictionnelles pendant l'instruction. Par ailleurs, le code de procédure pénale portugais dans son article 40, interdit au juge d'instruction qui a présidé le débat d'instruction, d'intervenir au jugement¹⁵.

Strictement contrôlée par la Cour européenne, la célérité processuelle est un autre des principes directeurs du procès pénal. Souvent saisies sur

¹² Voir sur ce point l'arrêt de la Cour européenne du 7 octobre 1988 dans une affaire *Salabiaku*, concernant l'article 392-1 du code français des douanes, *R.S.C.*, 1993, n.° 3, p. 581.

¹³ Voir notamment les affaires concernant la Belgique, *Piersack, De Cubber et Ben Yaacoub*, jugées respectivement par la Cour européenne, le 1^{er} octobre 1982, le 26 octobre 1984 et le 27 novembre 1987, citée par: **KOERING-JOULIN (R.)**, "La notion européenne de" tribunal impartial et indépendant "au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme", *R.S.C.*, 1990, n.° 4, pp. 765-774.

¹⁴ Sur cette notion de tribunal impartial et indépendant en droit français, Cf.:

PRADEL (J.), "La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français", *R.S.C.*, 1990, n.° 4, pp. 692-706.

¹⁵ Sur la notion de tribunal impartial et indépendant au Portugal, voir: **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)** et **ANTUNES (M. J.)**, "La notion européenne de tribunal impartial et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale", op. cit.

ce motif, les instances de Strasbourg ont dégagé les grandes lignes de cet autre aspect du procès équitable. Elles procèdent à une analyse in concreto, en tenant compte “des circonstances de la cause” et de données concrètes, comme la complexité de l’affaire, le comportement du requérant pendant la procédure, la façon dont les autorités judiciaires ont mené l’affaire, en égard aussi au contexte politique et social. Finalement, l’inobservation du délai raisonnable sera seulement constatée, lorsque les lenteurs sont imputables aux organes judiciaires ou à l’État.

La France a été ainsi plusieurs fois condamnée pour des durées de détention excessives ¹⁶. Au Portugal, le code de procédure pénale insiste sur cette notion de célérité processuelle qui est contenue dans la Constitution ¹⁷ en tant que garantie du procès pénal. Par ailleurs, le code de procédure pénale répond sur beaucoup de points à ces exigences, notamment dans la fixation des délais préfixes qui assortissent le déroulement du procès pénal et limitent en même temps la détention provisoire. Au demeurant, c’est surtout en matière civile que le Portugal a été condamné par la Cour européenne, pour la durée excessive des procédures ¹⁸.

Concernant les garanties fondamentales reconnues aux justiciables, on peut situer le grand principe de l’égalité des armes entre parties. Il a tendance à se démultiplier dans les constructions jurisprudentielles européennes ¹⁹ et constitutionnelles relatives aux droits de la défense ²⁰. La Cour européenne et la Commission veillent au respect des droits suivants: droits de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer la défense; droit de

¹⁶ Affaire *Letellier* du 26 juin 1991, et affaire *Kammache* du 27 novembre 1991, *Gaz. Pal.*, 7–8 février 1992.

¹⁷ Article 32 n.º 2 de la Constitution de la République portugaise.

¹⁸ Voir les affaires *Guincho* du 10 juillet 1984, *Baraona* du 8 juillet 1987, *Martins Moreira* du 26 octobre 1988, *Neves e Silva* du 27 avril 1989 et *Moreira de Azevedo* du 23 octobre 1990. Citées par: **DUARTE (M. L.)**, “O Conselho da Europa e a protecção dos direitos do homem”, *Documentação e Direito Comparado, B.M.J.*, n.º 39–40, 1989, pp. 191–242.

¹⁹ Depuis l’arrêt de la Cour européenne dans l’affaire *Neumeister*, du 27 juin 1968.

²⁰ L’article 32, n.º 1 de la Constitution de la République portugaise contient le principe général selon lequel le procès criminel assurera toutes les garanties de la défense. En France, le principe des droits de la défense est considéré comme un principe à valeur constitutionnelle, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 1976. C’est ainsi que dans sa décision à propos de la loi *Sécurité et Liberté* (19–20 janvier 1981), il a reconnu que le Législateur portait atteinte aux droits de la défense en permettant à un Président de tribunal, pour préserver la sérénité des débats, d’en écarter un avocat qui n’a pas manqué aux obligations que lui impose son serment. Voir **FAVOREU (P.)**, op. cit., p. 183.

se défendre d'une manière adéquate; droit de faire convoquer et interroger des témoins à charge et à décharge ²¹; droit au service gratuit d'un interprète ²².

Au Portugal, c'est le principe de la structure accusatoire et contradictoire expressément consignée dans l'article 32 n.º 5 de la Constitution de la République portugaise qui postule l'égalité des armes. C'est pourquoi le nouveau code de procédure pénale a réglementé le statut de l'inculpé et du Ministère Public dans le procès pénal, d'une façon tendancielle égalitaire ²³.

La réforme de la procédure pénale française opérée par la loi du 4 janvier 1993, développe les droits de la défense et se situe parfaitement dans le cadre d'une égalité processuelle entre les parties (entre le Ministère Public, la personne mise en examen et la partie civile).

La protection de la victime est en effet un autre trait de ce modèle européen de procès pénal. Cette protection commence par une position plus égalitaire dans le procès pénal. Sur ce point, le statut que réserve le droit portugais à l'assistant est un bon exemple. Mais, la protection de la victime consiste également, dans l'affirmation de son droit à voir le dommage résultant de l'infraction pénale, toujours indemnisé. Ce droit se manifeste dans les encouragements successifs du Conseil de l'Europe dans cette direction (Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 28 septembre 1977 et Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 24 novembre 1983).

²¹ Dans l'arrêt Delta du 19 décembre 1990, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme, parce que ni le requérant, ni son conseil, n'avaient eu une occasion suffisante d'interroger les témoins et de les contredire. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a beaucoup évolué sur le domaine du droit d'interroger et d'être confronté aux témoins. Cf. l'arrêt du 12 janvier 1989 et du 7 mars 1991, Cités par: **DE GOUTTES (R.)**, op. cit.

²² Avant que le nouveau code de procédure pénale ne réglemente dans son article 92 n.º 2 le droit à l'assistance gratuite d'un interprète, le Tribunal de Cascais dans deux arrêts de 1982, avait appliqué directement l'article 6 § 3 de la C.E.S.D.H.

En France, la Cour de cassation a de même consacré ce droit dans un arrêt Dikye-Gora du 24 février 1988. Cité par **DE GOUTTES (R.)**, ibid.

²³ **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)**, "Principes directeurs de la politique criminelle portugaise", op. cit., p. 90.

Sur l'application du principe d'égalité des armes au Portugal, voir: **DA CUNHA RODRIGUES (J. N.)**, "Sobre o princípio da igualdade de armas", *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano I, janeiro-março 1991, n.º 1, pp. 77-103.

Finalement, c'est une véritable Citoyenneté du délinquant qui est proclamée dans le modèle européen de procès pénal. La notion de procès pénal n'est pas limitative pour les instances de Strasbourg, car elle englobe aussi la phase post-sentencielle. Même si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ne vise pas directement le régime d'exécution des peines privatives de liberté, et que la normativité européenne est plutôt ici incitative²⁴, la Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme développent toute une jurisprudence qui tend à limiter la privation des droits et libertés des détenus²⁵.

Ainsi, "la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons"²⁶. Les règles du procès équitable et des droits de la défense sont applicables en cas de sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre du délinquant incarcéré²⁷.

Le Portugal consacre cette idée d'une citoyenneté du délinquant dans différents principes clés qui visent à limiter le domaine d'intervention du droit pénal. Celui-ci étant considéré comme une *ultima ratio* de l'intervention sociale, il est orienté en fonction du principe de culpabilité et de socialisation du délinquant. Le premier postule qu'il ne peut y avoir une peine sans culpabilité et qu'aucune peine ne peut dépasser la mesure de la culpabilité. Le second implique une obligation de la part de l'État qui fait usage de son pouvoir de punir, d'accorder un maximum de conditions au délinquant afin qu'il puisse poursuivre sa vie sans commettre de nouvelles infractions²⁸.

De plus, la deuxième révision constitutionnelle a ajouté un n.º 5 à l'article 30 de la Constitution portugaise qui apparaît comme la traduction pure et simple de la jurisprudence européenne précédemment évoquée²⁹.

²⁴ Cf. les Règles pénitentiaires européennes adoptées par Recommandation du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe le 14 février 1987.

²⁵ Soit sur la base de l'article 6 de la C.E.S.D.H., soit sur celle de l'article 8 et du droit au respect de la vie privée.

²⁶ Arrêt de la Cour européenne dans l'affaire Campbell et Fell du 28 juin 1984.

²⁷ Cf. arrêts Golder du 21 février 1975, Campbell et Fell, précité, Boyle et Rice du 28 avril 1988 et Schönenberger du 20 juin 1988.

²⁸ **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)**, "Principes directeurs de la politique criminelle portugaise", *op. cit.*, pp. 88-89.

²⁹ D'après l'article 30 n.º 5: " Les condamnés à qui on applique des peines ou des mesures de sûreté privatives de liberté, conservent le bénéfice des droits fondamentaux, excepté les limitations inhérentes à la condamnation et aux exigences de son exécution propre" (traduction personnelle).

C'est également cette notion de citoyenneté du délinquant qui engendre le principe de subsidiarité de la détention provisoire dont la valeur est, cependant, différente en France et au Portugal ³⁰.

Tous ces principes directeurs du procès pénal contribuent à une identité européenne dans la procédure pénale de chaque État membre. Elle se vérifie aussi dans un autre versant de l'édifice jurisprudentiel réalisé par les organes européens, dans l'esquisse d'un ordre public démocratique fondé sur l'idéal libéral.

II. *L'esquisse d'un ordre public démocratique européen*

Même si le Droit européen des droits de l'Homme n'entend pas uniformiser les droits des États membres, puisque la Cour et la Commission ont toujours affirmé le caractère subsidiaire de la Convention européenne par rapport au droit interne en raison de la "marge nationale d'appréciation" qui leur est reconnue, il présente néanmoins des aspects particulièrement contraignants.

Le but de la Convention est en effet, de lutter contre l'arbitraire de l'État ³¹. C'est pourquoi, elle exige une qualité démocratique de la loi pénale et de la Justice pénale, conformément à son attachement à "un régime politique véritablement démocratique", avoué dès le Préambule.

La loi pénale doit alors obéir à trois impératifs: l'impératif de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, de précision et de proportionnalité. Ces impératifs de la loi pénale se retrouvent dans le grand principe qui est à la base de l'État de droit, à savoir la suprématie de la légalité criminelle, qui fait l'objet d'une affirmation constitutionnelle en France et au Portugal ³².

Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère apparaît dans l'article 7 de la Convention de sauvegarde à côté du principe de la légalité des délits des peines. Ces droits font partie des droits à pro-

³⁰ En France ce principe est contenu dans le code de procédure pénale alors qu'au Portugal il a valeur constitutionnelle (article 28 n.º 2).

³¹ Cf. L'arrêt Bozono de la Cour européenne du 18 décembre 1986 dans lequel la France a été condamnée pour la première fois en raison d'une extradition déguisée en expulsion.

³² Cf. FAVOREU (L.), *op. cit.*, p. 175 et s. ainsi que DE FIGUEIREDO DIAS (J.), "Principes directeurs de la politique criminelle portugaise", p. 87.

tection absolue qui n'admettent aucune mesure de dérogation ou de restriction. Les États nationaux sont liés par une obligation de conformité ³³.

Le principe de précision et de proportionnalité sont, quant à eux, davantage construits au fur et à mesure des interprétations données par les juges de Strasbourg, notamment à propos des "mesures de dérogation et de restriction nécessaires dans une société démocratique".

Cette idée d'une certaine qualité démocratique de la loi pénale apparaît surtout dans l'arrêt de la Cour européenne du 2 août 1984, dans l'affaire Malone. La logique est ici bien différente, dans la mesure où les États sont liés par une obligation de compatibilité à "l'esprit" européen ³⁴.

Mais cet "esprit" ne touche pas que la loi pénale. Il concerne également, d'une manière plus vaste, la justice pénale.

La qualité démocratique de la justice pénale, doit être entendue d'une manière vaste, d'après le sens qui est donné par la jurisprudence européenne à la matière pénale ³⁵. On peut regrouper dans cette notion, les impératifs liés à la dignité de la personne humaine, au principe "non bis in idem" et au principe de garantie et d'égalité judiciaire.

En effet, les impératifs découlant des principes de *dignité de la personne humaine* et *non bis in idem*, font partie des droits à protection absolue et sont contenus dans les articles 3 et 4 de la Convention de sauvegarde et dans l'article 4 du Protocole additionnel n.º 7.

La règle *non bis in idem* semble être cependant spécifiquement pénale et ne pas interdire un cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives. C'est dans une conception strictement pénale que le droit portu-

³³ Voir le catalogue des droits énumérés par la C.E.S.D.H. et ses Protocoles, in *Raisonner la raison d'État, Vers une Europe des droits de l'Homme*, op. cit., en Annexe I.

Sur l'obligation de conformité, cf.: **DELMAS-MARTY (M.)**, *Légalité pénale et prééminence du droit, selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, op. cit.

³⁴ C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour européenne est à la fois souple et sévère. Ainsi, toujours à propos des écoutes téléphoniques, elle n'hésite pas à condamner la France sur la base d'une violation de l'article 8 de la C.E.S.D.H. dans l'affaire Kruslin et Huvig du 24 avril 1990, *Dalloz* 1990, p. 353, tout en admettant que la jurisprudence française et non pas seulement la loi française puisse offrir de meilleures garanties aux justiciables. Cette affaire illustre bien toute l'oeuvre d'harmonisation menée par les instances de Strasbourg au niveau des différents systèmes juridiques. La loi pénale au sens de la C.E.S.D.H., est la loi écrite et d'origine jurisprudentielle, même si le pays concerné n'est pas un pays dans lequel la jurisprudence est la principale source du droit.

³⁵ Sur ce point voir: **DELMAS-MARTY (M.)**, "Réflexions sur la matière pénale", in *L'enseignement des Sciences criminelles aujourd'hui*, sous la direction de Christine Lazerges, Toulouse, éd. Érès, coll. Criminologie et Sciences de l'Homme, 1991, pp. 15-30.

gais confère une valeur constitutionnelle à la règle *non bis in idem* ³⁶. Or en France, le Conseil constitutionnel n'a pas voulu consacrer la valeur constitutionnelle de ce principe ³⁷.

La Convention de sauvegarde interdit aussi les traitements inhumains ou dégradants et protège l'intégrité physique de la personne. Elle protège ainsi la *dignité de la personne humaine* et permet à la Cour européenne de censurer les châtiments corporels ³⁸ et certaines techniques d'interrogations policières ³⁹.

La France a fait l'objet d'une condamnation dans l'affaire *Tomasi* du 27 août 1992, en raison entre autres, des traitements que les autorités policières avaient fait subir à un militant Corse pendant la garde à vue. La Cour a considéré que les difficultés de la lutte contre le terrorisme ne sauraient conduire à méconnaître les exigences du respect des droits de l'Homme.

Au Portugal, la Constitution consacre dans son article 25 les droits relatifs à la dignité de la personne humaine ⁴⁰. Mais, le droit portugais dans son catalogue des droits fondamentaux va beaucoup plus loin que la Convention européenne de sauvegarde et ses protocoles additionnels.

Ainsi, la Constitution portugaise proclame dans son article 24 n.° 1, que la vie humaine est inviolable et qu'en aucun cas, il ne peut y avoir de peine de mort. De plus l'article 30 n.° 1 interdit les peines ou mesures de sûreté restrictives ou privatives de liberté, à caractère perpétuel ou d'une durée illimitée ou indéfinie.

³⁶ Cf. l'article 29 n.° 5 de la Constitution de la République portugaise qui édicte que "nul ne peut être jugé plus d'une fois pour la commission du même crime" (traduction personnelle).

Par ailleurs, le droit portugais édicte une règle générale de non cumul entre la sanction pénale et la sanction administrative, lorsque les faits constituent à la fois un crime et une infraction administrative, sauf pour ce qui est des sanctions accessoires qui seraient prévues dans la sanction administrative. Cf. l'article 20 du décret-loi n.° 433/82 du 27 octobre 1982.

³⁷ Cf. la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 1991, analysée in **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 164.

En France, la règle *non bis in idem* est prévue traditionnellement entre sanctions pénales et entre sanctions administratives.

³⁸ Voir affaire *Tyrer* du 25 avril 1978, où la peine de fouet en vigueur dans l'île de Man, a été considérée comme dégradante. Citée par **DE GOUTTES (R.)**, op. cit.

³⁹ Comme celles pratiquées par les forces armées britanniques en Irlande du nord, cf. l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, citée par: **DE GOUTTES (R.)**, *ibid.*

⁴⁰ Au terme du n.°1 de cet article, "l'intégrité morale et physique des personnes est inviolable". Le n.° 2 ajoute que "nul ne peut être soumis à la torture, ni aux traitements ou peines cruelles, dégradantes et inhumaines (traduction personnelle).

Même si le protocole additionnel n.º 6 abolit la peine de mort, il est admis une exception en cas de guerre ou de “danger imminent de guerre”. C’est pourquoi, l’interdiction de la peine de mort fait partie des droits à protection quasi-absolue contenus dans la Convention européenne de sauvegarde. Néanmoins, il est incontestablement lié à l’impératif de dignité de la personne humaine.

En France, le Conseil constitutionnel, saisi à propos de la ratification par la France du protocole additionnel n.º 6, n’a pas déclaré la valeur constitutionnelle de l’interdiction de la peine de mort, même s’il a déclaré l’engagement international conforme à la Constitution ⁴¹.

Le dernier impératif de qualité démocratique de la loi pénale, concerne le principe de *garantie et d’égalité judiciaire*.

C’est d’abord, le droit à avoir accès à un tribunal qui est protégé par la Convention de sauvegarde au titre du procès équitable. Les obstacles juridiques ou de fait à l’exercice de ce droit peuvent faire l’objet d’un contrôle européen. Mais, ce droit n’est pas pour autant illimité. Ainsi, l’amende civile qui est prévue par le droit français en cas de pourvoi en cassation jugé abusif, n’a pas été considérée comme contraire à la Convention par la Commission européenne des droits de l’Homme ⁴².

La Constitution portugaise dans son article 20 intègre cette notion du droit d’accès à un tribunal et du juge naturel, laquelle est posée en termes égalitaires ⁴³.

Le principe de l’égalité entre justiciables, pilier de l’État libéral, découle de l’interdiction des discriminations, contenue dans l’article 14 de la Convention européenne et a pleine valeur constitutionnelle, aussi bien en France qu’au Portugal. Le Conseil constitutionnel consacre depuis sa décision *Juge Unique* du 23 juillet 1975, le principe d’égalité devant la justice, qu’il considère comme découlant du principe d’égalité devant la loi. Sa récente décision à propos de l’introduction d’un régime dérogatoire en matière de terrorisme et de stupéfiants, quant au bénéfice de l’avocat pendant la garde à vue, se situe dans cette lignée jurisprudentielle.

⁴¹ Sur l’hypothèse d’un rétablissement de la peine de mort en France, voir **DE BÉCHILLON (D.)**, “Le rétablissement de la peine de mort. Aspects de droit public”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, éd. Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 83-103.

⁴² Cf., l’affaire *Rio* du 2 juillet 1991, citée par **DE GOUTTES (R.)**, op. cit.

⁴³ L’article 20 n.º 1 dispose: “Il est assuré à tous l’accès au droit et aux tribunaux pour la défense de leurs droits et intérêts légitimes, la justice ne pouvant pas être déniée en raison d’une insuffisance de moyens économiques”.

Ainsi se manifeste cet ordre public démocratique européen qui assure la prééminence du libéralisme. Et de la flèche unique de la cathédrale de Strasbourg se lève un tourbillon de réformes qui ceinture chaque étoile européenne. L'Europe est cette identité défiant la diversité. Cet ordre nouveau qui naît du désordre.

Car, comme le pensait si justement Mr. **Gustav RADBRUCH**, "La meilleure réforme du droit pénal consisterait en la substitution non pas d'un droit pénal meilleur, mais de quelque chose de meilleur".

ANNEXES

FRANCE					PORTUGAL				
Date	Effectif	Prévenus	%	D	D	Effectif	Prévenus	%	Date
1981	38957	17313	44,4	–	–	5352	1583	29,5	1981
1982	30340	15274	50,3	5,8	8,0	5402	1544	28,5	1982
1983	34579	17643	51,0	5,2	5,3	4957	1554	31,3	1983
1984	38634	20084	52,0	5,5	8,5	6391	2686	42,0	1984
1985	42937	22060	51,4	5,7	10,5	7993	3161	39,5	1985
1986	42617	21146	49,6	6,3	9,0	9150	3476	37,9	1986
1987	47694	21411	44,9	6,5	10,2	7936	3586	45,1	1987
1988	49328	20251	41,1	6,5	9,9	7965	3169	39,7	1988
1989	44981	19526	43,4	6,9	10,1	7960	2583	32,4	1989
1990	43913	19909	45,3	–	–	8358	2625	31,4	1990
1991	47160	19047	40,4	–	–	8874	2507	28,2	1991

TABLEAU 1

Evolution en France et au Portugal du nombre de détenus de 1981 à 1991 (1^{er} janvier) et durée moyenne de détention (d) au 1^{er} septembre, de 1982 à 1989 calculée en mois.

Sources: Statistiques sur les populations carcérales des Etats membres du Conseil de l'Europe, *Bulletin d'information pénitentiaire*, n° 13 et 14, p. 13 et 18; n° 15, p. 13; n° 16, p. 34
Infostat Justice, n° 25, octobre 1991, p. 2
Estatísticas da justiça, 1990, Ministério da Justiça, p. 81
Estatísticas prisionais, 1992, D.G.S.P., juillet 1993

FRANCE

	Ensemble	Tribunal correctionnel	Chambre d'accusation	Non-lieu
Détention provisoire	25473	22422	2170	880
ab initio*	18565	16502	1506	557
en cours	5865	5039	536	290
autre**	1043	881	129	33
Contrôle judiciaire	16630	15270	282	1078
ab initio*	7154	6582	44	528
en cours	8637	7918	226	493
autre**	839	770	12	57

TABLEAU 2 *Mesures ordonnées ab initio et en cours d'instruction*

* Mesures ordonnées dès la saisine du juge d'instruction.

** Mesures ordonnées avant la saisine du juge d'instruction (inculpés impliqués dans des affaires ayant fait l'objet d'une jonction ou d'un dessaisissement) et non déclarées.

SOURCE: Répertoire de l'instruction

CHAMP: Affaires terminées en 1990

PUBLICATION: Infostat Justice, n° 26, p. 5

	Ensemble		Tribunal correctionnel		Chambre d'accusation		Non-lieu	
	Français	Etrangers	Français	Etrangers	Français	Etrangers	Français	Etrangers
Ensemble	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Liberté	41,1	21,8	37,4	19,6	7,2	6,1	77,8	53,8
Cont. Jud. seul	18,8	14,3	20,7	14,1	3,3	1,6	11,1	20,0
Détention	40,1	63,9	41,9	66,3	89,5	92,3	11,1	26,2

TABLEAU 3 *Mesures prises à l'égard des étrangers et des Français*

SOURCE: Répertoire de l'instruction

CHAMP: Affaires terminées en 1990

PUBLICATION: Infostat Justice, n° 26, p. 2

PORTUGAL

Situation pénale	HOMMES		FEMMES		TOTAL	
	N	%	N	%	N	%
Prévenus	3045	34,1	420	61,9	3465	36,1
Condamnés*	5887	65,9	258	38,1	6145	63,9
TOTAL	8932	100,0	678	100,0	9610	100,0

TABLEAU 4 *Population carcérale selon la situation pénale et le sexe*

* y compris les non-imputables (221): 62 en établissement pénitentiaire et 159 en établissement non pénitentiaire.

SOURCE: Ministère de la Justice Portugais, D.G.S.P., juillet 1993

CHAMP: Population carcérale au 31 décembre 1992

FRANCE

Situation pénale	Ensemble			Contrôle judiciaire	
	Effectif	%	Liberté	Détention	Seul
de 18 ans à moins de 20 ans	6012	100,0	33,1	43,6	23,3
de 20 ans à moins de 25 ans	15306	100,0	31,4	49,2	19,4
de 25 ans à moins de 30 ans	11774	100,0	33,1	50,5	16,4
de 30 ans à moins de 35 ans	8706	100,0	37,7	46,5	15,9
de 35 ans à moins de 40 ans	6887	100,0	45,5	39,0	15,5
de 40 ans à moins de 45 ans	5458	100,0	49,4	34,3	16,2
de 45 ans à moins de 50 ans	3145	100,0	52,8	30,6	16,6
de 50 ans à moins de 60 ans	3332	100,0	58,4	26,9	14,7
60 ans et plus	1446	100,0	66,1	26,9	14,9

TABLEAU 5 *Mesures prises selon l'âge* de l'inculpé*

* âge de l'inculpé à la date de la saisine du juge d'instruction.

SOURCE: Répertoire de l'instruction

CHAMP: Affaires terminées en 1990

PUBLICATION: Infostat Justice, n° 26, p. 2

PORTUGAL

Peines	HOMMES		FEMMES		TOTAL	
	N	%	N	%	N	%
week-end en prison	1	0,0	0	0,0	1	0,0
jusqu'à 6 mois	128	2,2	6	2,3	134	2,2
de 6 à 12 mois	198	3,4	9	3,5	207	3,4
de 1 à 3 ans	1457	24,7	46	17,8	1503	24,5
de 3 à 6 ans	1514	25,7	45	17,4	1559	25,4
de 6 à 9 ans	1027	17,4	82	31,8	1109	18,0
de 9 à 12 ans	502	8,5	23	8,9	525	8,5
plus de 12 ans	742	12,6	40	15,5	782	12,7
Indéterminée	101	1,7	3	1,2	104	1,7
Mesure de sûreté	217	3,7	4	1,6	221	3,6
TOTAL	5887	100,0	258	100,0	6145	100,0

TABLEAU 6 *Population carcérale selon la situation pénale et le sexe*

SOURCE: Ministère de la Justice Portugais, D.G.S.P., juillet 1993

CHAMP: Population carcérale au 31 décembre 1992

FRANCE

Peine	Effectif	%
moins de 3 mois	1523	5,4
de 3 mois à moins de 6 mois	3217	11,5
de 6 mois à moins d'un an	4211	15,1
d'un à moins de 3 ans	7285	26,0
de 3 ans à moins de 5 ans	3085	11,0
de 5 ans à moins de 10 ans	5021	17,9
Réclusion de 10 à 20 ans	3177	11,4
Réclusion à perpétuité	457	1,6
TOTAL	27976	100,0

TABLEAU 7 *Répartition des condamnés selon la peine en cours d'exécution*

SOURCE: Infostat Justice, n° 25, octobre 1991, p. 3

CHAMP: Condamnés incarcérés au 1^{er} janvier 1991

PORTUGAL

Type d'infraction	HOMMES		FEMMES		TOTAL	
	N	%	N	%	N	%
Contre les personnes	1133	19,3	49	19,0	1182	19,2
Contre les intérêts de la vie en société	337	5,7	8	3,1	345	5,6
Contre le patrimoine	3151	53,5	83	32,2	3234	52,6
En relation avec la drogue	1075	18,3	70	27,1	1145	18,6
Autres	191	3,2	48	16,6	239	3,9
TOTAL	5887	100,0	258	100,0	6145	100,0

TABLEAU 8 *Condamnés* incarcérés d'après le type de crime et de sexe*

* y compris les non-imputables.

SOURCE: Ministère de la Justice portugais, D.G.S.P., juillet 1993

CHAMP: Condamnés incarcérés au 31 décembre 1992

FRANCE

Infraction principale	Effectif	%
Vol	6545	23,4
Infraction à la législation sur les stupéfiants	4819	17,2
Meurtre, assassinat, parricide	3018	10,8
Vol qualifié	2331	8,3
Viol, attentats aux moeurs	2465	8,8
Coups et blessures volontaires	1590	5,7
Escroquerie, abus de confiance	888	3,2
Recel	724	2,6
Infraction à la législation sur les étrangers	1083	3,9
Proxénétisme	455	1,6
Infraction d'ordre militaire	831	3,0
Infraction à la législation sur les chèques	397	1,4
TOTAL	27976	100,0

TABLEAU 9 *Répartition des condamnés selon l'infraction principale*

SOURCE: Infostat Justice, n° 25, octobre 1991, p. 4

CHAMP: Condamnés incarcérés au 1^{er} janvier 1991

PORTUGAL

Nouvelles
demandes

ENQUETE SOCIALE

MESURES
d'ACCOMPAGNEMENT

Année	TOTAL général des demandes	Pour réexaminer les motifs de la détention provisoire			Autres	Examen de personnalité	Pendant la suspension provisoire du procès	Pendant la liberté provisoire
			Pour le jugement					
1992	8995	354	5593	113	318	74	87	
1991	7661	225	4125	114	339	73	40	
1990	7277	205	4293	36	314	72	56	
1989	5345	–	3412	–	175	61	20	
1988	3294	–	1777	–	45	28	27	

TABLEAU 10 *Activité de l'Institut de Réinsertion Sociale*

SOURCES: Difusão Estatística, Actividade Operativa, 1992, I.R.S.

Departamento de Coordenação Técnica de Estudos e Planeamento

CHAMP: Demandes des tribunaux au niveau présentenciel de 1988 à 1992 (majeurs et jeunes de 16 à 21 ans)

PORTUGAL

Nouvelles
demandes

SUIVI DES MESURES

Année	TOTAL général des demandes	Travail en faveur de la communauté	Substitution	Sursis probatoire	Liberté condition- nelle	Mesures de sûreté en milieu ouvert	Mesures	Rapport	Rapport	
			de Journées de travail à l'amende				appliquées aux jeunes de 16 à 21 ans D.L. 401/82	pour la concession de la grâce	pour la réhabilita- tion judiciaire	
1992	8995	40	193	103	275	1388	148	7	279	23
1991	7661	22	364	96	240	1547	67	16	362	31
1990	7277	23	402	121	191	1397	54	8	52	53
1989	5345	9	255	68	85	1182	-	-	-	78
1988	3294	14	120	37	58	1168	-	-	-	20

TABLEAU 11 *Activité de l'Institut de Réinsertion Sociale*

SOURCES: Difusão Estatística, Actividade Operativa, 1992, I.R.S.

Departamento de Coordenação Técnica de Estudos e Planeamento

CHAMP: Demandes des tribunaux au niveau post-sentenciel de 1988 à 1992 (majeurs et jeunes de 16 à 21 ans)

PORTUGAL

Cas suivis	Phase Pré-sentencielle					Phase post-sentencielle					Liberté définitive
	TOTAL général des cas suivis	Suspension provisoire du procès	Prévenus en liberté provisoire	Travail en faveur de la communauté	Substitution de journées de travail à l'amende	Probation	Sursis probatoire	Liberté conditionnelle	Mesures de sûreté	Mesures appliquées aux jeunes de 16 à 21 ans D.L. 401/82	
Année											
1992	4630	61	80	21	49	151	410	2458	252	14	160
1991	3952	56	47	10	11	155	287	2603	109	11	130
1990	3571	59	57	10	37	144	207	2545	113	13	85
1989	2803	57	25	2	15	86	117	2501	-	-	-
1988	2631	19	17	5	50	48	59	2433	-	-	-

TABLEAU 12 *Activité de l'Institut de Réinsertion Sociale*

SOURCES: Difusão Estatística, Actividade Operativa, 1992, I.R.S.

Departamento de Coordenação Técnica de Estudos e Planeamento

CHAMP: Cas suivis au 31 décembre, de 1988 à 1992 au niveau de la justice pénale (majeurs et jeunes de 16 à 21 ans)

PORTUGAL

Nouvelles demandes	Total général des demandes Protection judiciaire des mineurs	Total des demandes Procès tutélaires	Enquête sociale	Observation psychologique	Suivi durant la suspension du procès	Suivi des mesures tutélaires non institutionnelles
Année						
1992	8323	2698	2186	42	116	354
1991	6492	2362	1953	31	90	288
1990	3339	1493	1273	16	72	132

TABLEAU 13 *Activité de l'Institut de Réinsertion Sociale*

SOURCES: Difusão Estatística, Actividade Operativa, 1992, I.R.S.

Departamento de Coordenação Técnica de Estudos e Planeamento

CHAMP: Demandes des tribunaux au niveau de la Protection judiciaire des mineurs de 1990 à 1992
(procès tutélaires)

PORTUGAL

Nouvelles demandes	Total général des demandes Protection judiciaire des mineurs	Procès tutélares civils				Procès administratifs		
		Total	Enquête sociale	Observation psychologique	Suivi	Total	Enquête sociale	Suivi
Année								
1992	8323	5182	4967	14	201	443	441	2
1991	6492	4034	3889	25	120	96	96	–
1990	3339	1846	1797	14	35	–	–	–

TABLEAU 14 *Activité de l'Institut de Réinsertion Sociale*

SOURCES: Difusão Estatística, Actividade Operativa, 1992, I.R.S.

Departamento de Coordenação Técnica de Estudos e Planeamento

CHAMP: Demandes des tribunaux au niveau de la Protection judiciaire des mineurs de 1990 à 1992 (procès tutélares civils et procès administratifs)

PORTUGAL

Cas suivis	Procès tutélares			Procès tutélares civils
	Total général des cas suivis	Suspension du procès	Mesures tutélares	
Année				
1992	4630	164	485	325
1991	3952	101	328	104
1990	3571	98	163	40

TABLEAU 15 *Activité de l'Institut de Réinsertion Sociale*

SOURCE: Difusão Estatística, Actividade Operativa, 1992, I.R.S.

Departamento de Coordenação Técnica de Estudos e Planeamento

CHAMP: Cas suivis au 31 décembre, de 1990 à 1992 au niveau de la Protection judiciaire des mineurs

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES

A. En langue française

AGOSTINI (E.), *Droit comparé*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, Droit politique et théorique, 1988.

ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle, Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, 3^e éd., Cujas, 1981.

ANCEL (M.), *La défense sociale*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1985.

ANCEL (M.), *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, éd. Ides et Calendes, 1971.

ARENDET (H.), *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, Paris, rééd. Le Seuil, coll. Points, 1972.

ARMIJON (P.), NOLDE (B. B.) et WOLFF (M.), *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie générale du droit, 1950.

BAECHLER (J.), *Qu'est-ce que l'idéologie?*, Paris, éd. Gallimard, coll. Idées, 1976.

BAUDOIN (J. M.), *Le juge des enfants, Punir ou protéger?*, Paris, E.S.F. éditeur, coll. la vie de l'enfant, 1990.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, Cujas, 1966.

BERSTEIN (S.), et MILZA (P.), *Histoire de la France au XXe siècle, tome 2 (1930-1945)*, Paris, éd. Complexe, 1991.

BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Bossange, 1802, 3 vols.

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, 3^e éd., 1991.

BERNAT DE CELIS (J.), et HULSMAN (L.), *Peines perdues, Le système pénal en question*, Paris, éd. Le centurion, 1982.

BOULOC (B.), *Pénologie*, Paris, Précis Dalloz, 1991.

BON (P.), et autres, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, coll. Droit Public positif, 1989.

BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle*, Paris, 1864.

CABALLERO (F.), *Droit de la drogue*, Paris, Précis Dalloz, 1989.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit, Pour une sociologie sans rigueur*, Paris, 7^e éd. revue et augmentée, L.G.D.J., 1992.

CHARVIN (R.), *Justice et politique (évolution de leur rapport)*, Paris, L.G.D.J., 1968.

CONSTANTINESCO (L. J.), *Traité de droit comparé*, tome I, Introduction au droit comparé, Paris, L.G.D.J., 1972, tome II, La méthode comparative, Paris, L.G.D.J., 1974.

CROZIER (M.) et **FRIEDBERG (E.)**, *L'acteur et le système*, Paris, éd. Du Seuil, coll. Points, 1977.

CUCHE (P.), *Traité de Science et législation pénitentiaire*, Paris, L.G.D.J., 1905.

DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, Librairie générale du Droit, 1950.

DAVID (R.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, 9^e éd., Précis Dalloz, 1988.

MÉLANGES DEBUYST, *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale*, Bruxelles, éd. P. Mardaga, 1990.

DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1983.

DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1986.

DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 1992.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.), *Leçons de droit pénal*, photocopie de 1^{re} année D.E.U.G. droit, Bordeaux, Librairie Montaigne, 1989, VI - 7.

DELPERRIE DE BAYAC (J.), *Histoire de la Milice, 1918-1945*, Paris, éd. Fayard, 1969.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La politique criminelle des Etats autoritaires, La crise moderne du droit pénal*, Paris, Sirey, 1938.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Paris, Sirey, 1937.

FAGET (J.), *Justice et travail social, Le rhizome pénal*, Toulouse, éd. Érès, coll. Trajets, 1992.

FAVOREU (L.), et **PHILIP (L.)**, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Paris, 6^e éd., Sirey, 1991.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

HOFFMANN (S.), *Essais sur la France, déclin et renouveau*, Paris, éd. Le Seuil, 1974.

JUNG (C. G.), *Mysterium conjunctionis*, tome 1, Paris, Albin Michel, 1985.

KOTZ (H.) et **OTTENHOF (R.)**, *Les conciliateurs, la conciliation. Une étude comparative*, Paris, Economica, 1983.

LASCOUMES (P.) et **PONCELA (P.)**, et **LENOEL (P.)**, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, éd. Hachette, 1989.

LASCOUMES (P.) et **ZANDER (H.)**, *Marx: du vol de bois à la critique du droit*, Paris, P.U.F., 1984.

- LAZERGES (C.)**, *La politique criminelle*, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1987.
- MERLE (R.)** et **VITU (A.)**, *Traité de droit criminel*, tome I, Problèmes généraux de la Science criminelle, Droit pénal général, Paris, 6^e, éd., Cujas, 1988.
- MILZA (P.)**, *Fascisme français, Passé et présent*, Paris, Flammarion, 1987.
- MORIN (E.)**, *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982.
- OLIVENSTEIN (Dr.)**, *Il n'y a pas de drogués heureux*, Paris, Laffont, 1977.
- OST (F.)** et **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1988.
- PAXTON (R. O.)**, *La France sous Vichy, 1940-1944*, Paris, Le Seuil, coll. Points-Histoire, 1973.
- PRADEL (J.)**, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1989.
- PRADEL (J.)**, *Introduction générale, droit pénal général*, Paris, 8^e éd., Cujas, 1991.
- PRADEL (J.)**, (sous la direction de), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Paris, Cujas, 1992.
- PRADEL (J.)** et **VARINARD (A.)**, *Les grands arrêts du droit criminel*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1992.
- RASSAT (M. L.)**, *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, Paris, La table ronde, coll. Les idées de la liberté, 1983.
- RÉMY (H.)**, *Les principes généraux du Code pénal de 1971*, Paris, 1910.
- RENUCCI (J.F.)**, *Le droit pénal des mineurs*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1991.
- RENUCCI (J.F.)**, *Enfance délinquante et enfance en danger*, Paris, éd. du C.N.R.S., 1990.
- ROSAVALLON (P.)**, *La crise de l'État providence*, Paris, Le seuil, 1981.
- SALAS (D.)**, *Du procès pénal: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992.
- SALVAGE (P.)**, *Droit pénal général*, 2^e éd. à jour, du nouveau Code pénal, Paris, Presses Universitaires de Grenoble, 1993.
- SAUSER-HALL (G.)**, *Fonction et méthode du droit comparé*, Genève, 1913.
- SCHNAPPER (B.)**, *Voies nouvelles en histoire du droit: la justice, la famille, la répression pénale (XIV^e-XX^e siècles)*, Paris, P.U.F., 1991.
- SOYER (J. C.)**, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- STEFANI (G.)**, **LEVASSEUR (G.)** et **BOULOC (B.)**, *Droit pénal général*, Paris, Précis Dalloz, 1992.

SZABO (D.), *Criminologie et politique criminelle*, Paris, Vrin, 1978.

TIMIST (G.), *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1991.

VAN DE KERCHOVE (M.), *Le droit sans peines, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987.

B. En langue portugaise

ACURSIO DAS NEVES (J.), *História geral das invasões dos Franceses em Portugal e da restauração deste reino*, II, Lisboa, 1811.

BACELAR (A.), *Novo regime jurídico dos cheques sem provisão, Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro 1991, anotado*, Lisboa, Rei dos Livros, 1991.

BARREIROS (J. A.), *Processo penal-1*, Coimbra, Almedina, 1981.

BIGOTE CHORÃO (M.), “*Probation*”, *Alguns aspectos jurídicos, criminológicos e sociais*, Coimbra, separata do vol. XII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1959.

CARVALHO MARTINS (A.), *O debate instrutório no Código de Processo Penal português de 1987*, Coimbra Editora Limitada, 1989.

CARRILHO DE SIMAS SANTOS (M. J.), e **DE OLIVEIRA LEAL HENRIQUES (M.)**, *O Código Penal de 1982*, 4 vols., Lisboa, Rei dos Livros, 1986.

CARRILHO DE SIMAS SANTOS (M. J.), e **DE OLIVEIRA LEAL HENRIQUES (M.)**, *Recursos em processo penal*, Lisboa, Rei dos Livros, 1988.

CAVALEIRO DE FERREIRA (M.), *Lições de Direito penal, Parte geral*, I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982, Lisboa, Editorial Verbo, 1988.

CORREIA (E.), *Direito Criminal*, tomos I, II, Coimbra, Livraria Almedina, 1971.

CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.), *Uma estatística dos crimes chegados ao conhecimento das autoridades. A transparência enganadora dos números?*, Coimbra, 1988.

CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.), *Estudo sobre uma amostra de indivíduos em liberdade condicional*, Lisboa, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, 1990.

DA COSTA PINTO (F.), *Furto de uso de veículo*, Lisboa, A.A.F.D.L., 1987.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), *Direito processual penal*, I, Coimbra, 1974.

DE SOUSA BRANDÃO (M.), *Direito penitenciário*, Porto, Athena Editora, 1982.

DE SOUSA BRITO (J.), *Direito criminal*, Sumários, Lisboa, 1963.

ESPINOZA GOMES DA SILVA (N.), *História do pensamento jurídico*, Lições policopiadas na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica, 1981-82.

FATELA (J.), *O sangue e a rua*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1989.

FRANCES (R.), *O caso Otelo. Um recurso perante o Tribunal Constitucional*, Lisboa, Edições Salamandra, 1989.

LOPES MAIA GONÇALVES (M.), *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra, Almedina, 1987.

LUZ SORIANO (S.), *História da guerra civil e do estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal*, Segunda época: Guerra da Península, I, Lisboa, 1870.

PIZARRO BELEZA (T.), *Direito penal*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, A.A.F.D.L., 1985.

SARDINHA (M. J.), *O terrorismo e as restrições dos direitos fundamentais em processo penal*, Coimbra Editora, 1989.

TAIPA DE CARVALHO (A.), *Condicionalidade socio-cultural do Direito penal*, Coimbra, 1985.

TOLDA PINTO (A. A.), *O novo processo penal*, 2ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1992.

VERA JARDIM (M. A.), *Trabalho a favor da comunidade. A punição em mudança*, Coimbra, Almedina, 1988.

THESES, RAPPORTS, ÉTUDES ET COLLOQUES

A. En langue française

ANCEL (M.), *Les grands systèmes pénitentiaires en Europe occidentale*, Paris, La Documentation Française, Notes et Études documentaires, 10 décembre 1981.

ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, Colloque Pau 9-10 novembre 1990, in *Études de droit constitutionnel franco-portugais: à propos de la révision de la Constitution portugaise*, Paris, Economica, 1992.

ALLINNE (J. P.), "Laver le sang. Vindicta privée et violence d'État en anthropologie juridique", intervention au Colloque: Le sang, vendredi 11 et samedi 12 juin 1993, Le Parvis, Tarbes.

AVE (I.) et **COUSIN (F.)**, *Les enquêtes rapides au T.G.I. de Bordeaux ou l'implantation d'un greffon social*, Rapport de recherche pour le D.E.A. de droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux I, février 1989.

BARBEGER (C.), et **LASCOUMES (P.)**, *Le temps perdu à la recherche du droit pénal. Les changements en droit pénal administratif comme mode de changement du droit pénal, 1983-1987*, Paris, Ministère de la Justice, 1991.

BERTT (F.) et **GUILLOM (M.)**, *La décriminalisation en Europe: une nouvelle option de politique criminelle. (vols dans les Grands magasins)*, rapport de recherche pour le D.E.A. de droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux I, septembre 1982.

BONNEMAISON (G.), *La modernisation du service public pénitentiaire*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, février 1989.

COMITÉ D'ÉTUDES SUR LA VIOLENCE, LA CRIMINALITÉ ET LA DÉLINQUANCE, *Réponses à la violence*, tomes I et II, Paris, Presses-Pocket, 1977.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*, C.R.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1976.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Dédommagement des victimes d'infractions pénales*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1978.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Rapport sur la décriminalisation*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *La participation du public à la politique criminelle*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *La position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Crise économique et criminalité*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1986.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Études sur la responsabilité et le traitement psychiatrique des délinquants malades mentaux*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1986.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Interactions au sein du système de justice pénale*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1987.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Simplification de la justice pénale*, C.E.P.C., Conseil l'Europe, Strasbourg, 1988.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Assistance aux victimes et prévention de la victimisation*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Lenteurs dans le système de justice pénale*, C.E.P.C., Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991.

COMMISSION Gilbert BONNEMAISON, *Face à la délinquance: Prévention, répression, solidarité*, Paris, *La Documentation Française*, 1983.

COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME, Rapport sur *La mise en état des affaires pénales*, juin 1990.

CONSEIL D'ÉTAT, *Statut et Protection de l'enfant*, Section du rapport et des études, Paris, *La documentation française*, mai 1990.

CORREIA (E.), “La déjudiciarisation, la dépénalisation, la décriminalisation, l’institutionnalisation, etc., dans le nouveau Code pénal portugais”, Journées d’Aix-en-Provence, 1982.

CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.), “Les relations entre victimes et système de justice criminelle au Portugal”, rapport lors de la Rencontre Internationale de Bordeaux sur les dynamiques pénales ibériques, 2 et 3 avril 1992.

DANA (A.-C.), *Essai sur la notion d’infraction pénale*, Paris, L.G.D.J., 1982.

EKEU (J. P.), *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, éd. Cujas, vol. XII, 1992.

EL AOUFIR (C.), *La politique criminelle française (1975-1981), Discours et pratiques*, Thèse de Doctorat de 3^e cycle en droit, Université de Bordeaux I, novembre 1983.

FAGET (J.), *La probation et le contrôle judiciaire: la justice buissonnière*, Thèse de Doctorat d’État en droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux I, 22 juin 1979.

FAGET (J. P.) et **KIEFFER (F.)**, *La permanence d’orientation pénale. Évaluation de la pratique Toulousaine*, GERICO, n.º 2, 1992.

FAUGERON (C.), *Les politiques pénales*, Paris, La Documentation Française, coll. Problèmes politiques et sociaux, n.º 688, 2 octobre 1992.

FONCELLE (A. M.) et **ROBERT (M.)**, *La justice pénale et les contentieux de masse*, Direction des Affaires criminelles et des Grâces du Ministère de la Justice, mai 1993.

GEMINEL (P.) et **REPOS (P.)**, *Rapport d’enquête sur le contrôle judiciaire socio-éducatif à Bordeaux*, Bordeaux, 1984.

GERSÃO (E.), “La détention avant jugement”, rapport présenté à la 5^e section du VIII^e Congrès de l’Académie Internationale de Droit comparé (Pescara, 29 août-5 septembre 1970).

JOURNÉES LATINES DE DROIT PÉNAL ET DE DÉFENSE SOCIALE (IV^e), Coimbra (Portugal) 16-19 mars 1989, sur le thème: La liberté conditionnelle: Quel futur?, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV.

LAHALLE (A.), *Les règles internationales et les grands systèmes de droit des mineurs en Europe occidentale (approche comparative)*, Vaucresson, C.R.I.V., juin 1990.

LOPES ROCHA (M. A.), “Le mouvement de décriminalisation en temps de crise économique”, Journées d’Aix-en-Provence, 1982.

MESTROT (M.), *Action associative et justice pénale*, Thèse de Doctorat en droit nouveau régime, Université de Bordeaux I, 1992.

MONTEIRO (E.), “La localisation du traitement de la délinquance au Portugal”, rapport lors de la Rencontre Internationale de Bordeaux sur les dynamiques pénales ibériques, Bordeaux, 2 et 3 avril 1992.

PIZARRO BELEZA (T.), “La révolution de 1974 aurait-elle épargné les juges? La construction du concept” femme “dans le discours judiciaire pénal portugais”, rapport lors de la Rencontre Internationale de Bordeaux sur les dynamiques pénales ibériques, 2 et 3 avril 1992.

POUGET (P.), *L'inculpé détenu en droit français et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse de Doctorat en droit nouveau régime, Université de Bordeaux I, 1987.

PRADO COELHO (H.), rapport portugais aux séminaires européens d'Helsinki sur les alternatives à l'emprisonnement, sous l'égide des Nations Unies, *Revue de l'H.E.U.N.I.*, n.º 14, pp. 285-308, et n.º 15, pp. 143-166.

TOUHAMI (A.), La fiscalisation de la réaction pénale. L'amende comme indicateur, Thèse de Doctorat d'État en droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux I, février 1988.

TOURNIER (P.), “Statistiques sur les populations carcérales dans les États membres du Conseil de l'Europe”, in *Bulletin d'information pénitentiaire*, n.º 13 et 14, Conseil de l'Europe, 1989.

VOUIN (V.), *La chambre des demandes de mise en détention provisoire*, Rapport de recherche pour le D.E.A. de droit pénal et Sciences criminelles, Université de Bordeaux I, février 1989.

B. En langue portugaise

COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL, *Actas das sessões da Comissão revisora do Código penal*, Parte geral, vol. 1, A.A.F.D.L.

COSTA (M. C.), *A importância dos relatórios sociais e de personalidade nas decisões judiciais. A experiência Francesa*, Lisboa, I.R.S., 1989.

COSTA (M. C.), *Relatórios sociais, instrumentos de apoio técnico aos tribunais para diminuição da prisão preventiva*, Lisboa, I.R.S., Ministério da Justiça, outubro 1990.

DE MIRANDA PEREIRA (L.), “Comportamentos desviantes, reinserção social na administração da justiça”, I Colóquio Nacional sobre “A problemática da droga em Portugal”, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 4 de Dezembro 1985.

DE MIRANDA PEREIRA (L.), “Reacções penais não detentivas”, Jornadas em honra do Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra 22-24 abril 1991.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), *Liberdade, Culpa, Direito penal*, Biblioteca jurídica, Coimbra Editora, 2ª ed., 1983.

DOMINGUES (C.), **NOGUEIRA (L.)**, “Protection des droits de l'Homme des victimes de la criminalité et de l'abus de pouvoir”, communication au Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 39-40, B.M.J., 1989, pp. 439-468.

GABINETE DE ESTUDOS E PLANEAMENTO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Inquérito de vitimação*, Lisboa, 1991.

GERSÃO (E.), “Protecção tutelar de menores em Portugal. Velhas respostas, novas respostas – Para onde vamos?”, rapport lors de la Rencontre Internationale de Bordeaux sur les Dynamiques pénales ibériques, 2 et 3 avril 1992.

GOMES LEANDRO (A.), “O tratamento comunitário da toxicomania em Portugal”, rapport lors de la Rencontre Internationale de Bordeaux sur les Dynamiques pénales ibériques, 2 et 3 avril 1992.

PIZARRO BELEZA (T.), *Mulheres, Direito e crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, A.A.F.D.L., 8 de Janeiro, 1993.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS, *Legislação repressiva e anti-democrática do regime fascista*, Lisboa. Comissão do Livro Negro sobre o Regime Fascista, Fevereiro de 1985.

ARTICLES

A. En langue française

ALEXANDRE (C.), “Le rôle du magistrat du parquet: l’injonction thérapeutique”, in *Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, éd. Érès, coll. Questions actuelles de Criminologie, 1991, pp. 11-50.

ALMEIDA COSTA (A. M.) et **DE FIGUEIREDO DIAS (J.)**, “La réforme pénale portugaise”, *R.D.P.C.*, janvier 1985, pp. 3-25.

ALONSO (M. P.) et **HESPANHA (A. M.)**, “Les peines dans les pays ibériques (XVII^e-XIX^e siècles)”, in *Recueils de la Société Jean Bodin*, LVII. La peine, Bruxelles. De Boeck Université, 1989, pp. 195-225.

AMOR (M. P.), “Le ‘Probation system’ ou système de l’épreuve surveillée”, *R.P.D.P.*, 1948, p. 6 et s.

ANCEL (M.), “Examen de conscience de la Défense sociale: le problème du traitement des délinquants”, *R.S.C.*, 1978, p. 945-955.

ANCEL (M.), “Criminologie comparative. Droit pénal comparé et Politique criminelle”, *Mélanges Jean Pinatel*, Paris, Pédone, p. 15 et s.

ANCEL (M.), “Pour une étude systématique des problèmes de Politique criminelle”, *A.P.C.*, 1975, n.º 1, pp. 15-42.

ANCEL (M.), “La contribution de la recherche à la définition d’une Politique criminelle”, *R.I.C.P.T.*, 1975, xxviii, n.º 3, pp. 225-236.

ANCEL (M.), “Réforme pénale et Politique criminelle dans les dernières années du 20^e siècle”, *Mélanges Legros*, Bruxelles, 1985, pp. 2-11.

ANCEL (M.), “Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative”, *Mélanges en l’honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pédone, 1980, pp. 3-11.

ANCEL (M.), “Réflexions sur l’utilisation de la recherche comparative en droit pénal”, *Mélanges Léon Juliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 9-21.

ANCEL (M.), “La déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 et la Politique criminelle”, *A.P.C.*, 1990, n.° 12, p. 11-21.

ANCEL (M.), “La révision du Programme minimum de Défense sociale”, *R.S.C.*, 1983, p. 533 et s.

ANCEL (M.), “Comment aborder le Droit comparé (à propos d’une nouvelle Introduction au Droit comparé)”, *Mélanges René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 3-7.

ANDENAES (J.), “Droit pénal, Criminologie et Politique criminelle”, *R.D.P.C.*, janvier 1962, pp. 3-16.

ANTUNES (M. J.) et DE FIGUEIREDO DIAS (J.), “La notion de tribunal impartial et indépendant. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale”, *R.S.C.*, 1990, pp. 733-741.

AUBUSSON DE CAVARLAY (B.), “L’impact des peines alternatives à l’emprisonnement. Approche statistique”, *Actes*, n.° 73, décembre 1990, pp. 17-22.

AUBY (J. M.), “La loi n.° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et leurs conditions d’hospitalisation”, *J.C.P.*, 1990, I, 3463.

ATTHENONT (J. P.), “Le contrôle judiciaire socio-éducatif”, *Les Cahiers du droit*, tome I, Bordeaux 1985, pp. 151-182.

AYDALOT (M.), “La liberté et la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, *Mélanges Marc Ancel*, tome II, Paris, Pédone, 1975, pp. 270-298.

BADINTER (R.), “Beccaria, l’abolition de la peine de mort et la révolution française” *R.S.C.*, 1989, pp. 235-251.

BARBERGER (C.), “Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l’avant projet du Code pénal et dans le Code de procédure pénale”, *R.S.C.*, 1984, pp. 19-46.

BARBERGER (C.) et LASCOUMES (P.), “De la sanction à l’injonction. Le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices”, *R.S.C.*, 1988, pp. 45-65.

BARRATA (A.), “Les fonctions symboliques et les fonctions instrumentales du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique”, *Déviance et Société*, 1991, vol. xv, n.° 1, pp. 1-25.

BARREIROS (J. A.), “La phase préparatoire du procès pénal au Portugal”, *R.I.D.P.*, 1985, 1^{er} et 2^e trimestre, pp. 201-212.

BARREIROS (J. A.), “Le problème des repentis. Crime et châtiments, statut des repentis”, *R.S.C.*, 1986, pp. 753-755.

- BEAU (C.)**, “La Convention internationale des droits de l’enfant et le traitement de la délinquance juvénile en France”, *R.I.D.P.*, 1991, 3^e et 4^e trimestre, pp. 903-913.
- BEMMELEN (V.)**, “Les rapports de la Criminologie et de la Politique criminelle” *R.S.C.*, 1963, pp. 467-480.
- BÉRAUD (R.)**, “Le Droit pénal et les dictateurs”, *R.S.C.*, 1938, pp. 672-684.
- BERISTAIN (A.)**, “La Politique criminelle et la théologie devant le progrès social”, *A.P.C.*, 1977, n.º 2, pp. 61-82.
- BERNAT DE CELIS (J.)**, “La Politique criminelle à la recherche d’elle-même”, *A.P.C.*, 1977, n.º 2, pp. 3-60.
- BERNAT DE CELIS (J.)**, “Les grandes options de la Politique criminelle: la perspective de Louk Hulsman”, *A.P.C.*, 1982, n.º 5, pp. 13-60.
- BERNAT DE CELIS (J.)**, “La question des alternatives”, *R.S.C.*, 1986, pp. 309-317.
- BERNAT DE CELIS (J.)**, “L’expérience des enquêtes rapides au Tribunal de Paris”, *R.S.C.* 1980, p. 957 et s.
- BISIOU (Y.)**, “D’un produit, l’autre: à propos de deux siècles de contrôle de la drogue en Europe”, *R.S.C.*, 1991, pp. 279-295.
- BOUDRY (P.)**, “Le Travail d’intérêt général et les alternatives à l’emprisonnement”, *Actes*, février 1985, pp. 46-48.
- BOULAN (J.)**, “Le double visage de l’action civile exercée devant le tribunal répressif”, *J.C.P.*, 1973, I, 2563.
- BOYER (J.)**, “Présentation de la loi n.º 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale”, *J.C.P.* du 10 février 1993, n.º 6, Actualités.
- BRAIBANT (G.)**, “Le principe d’égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État”, in *La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1989, pp. 97-110.
- BRIDGE (W. G.)**, “Les substituts aux courtes peines d’emprisonnement aux U.S.A., un aperçu”, *R.S.C.*, 1979, p. 533 et s.
- BYK (C.)**, “La bioéthique en Europe: un paysage éclaté?”, *J.C.P.*, 1991, I, 3526.
- CABALLERO (F.)**, “Plaidons par procureur”, *R.T.D.C.*, 1985, p. 247 et s.
- CALAIS-AULOIS (J.)**, “Les actions en justice des associations de consommateurs”, *Dalloz* 1988, chr., p. 193.
- CAMBASSEDES (M. J.)**, “Les sanctions de substitution dans la loi du 11 juillet 1975 et dans l’avant projet de Code pénal”, *J.C.P.*, 1980, I, 2977.
- CANESTRI (E.)**, “Criminologie, Politique criminelle et administration de la justice”, *R.I.C.P.T.*, 1980, xxxiii, n.º 2, pp. 119-132.

CARIO (R.), “Le délinquant, acteur social. Concept opérationnel en Criminologie?”, *R.S.C.*, 1991, pp. 826-832.

CARIO (R.), “Le rétablissement de la peine de mort: considérations d’ordre pénologique et criminologique”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 123-141.

CASADAMONT (G.), “Savoir criminologique et savoir pénal: par-delà bien et mal”, *Actes*, été 1986, n.° 54, pp. 80-83.

CASADAMONT (G.), Autour de “Surveiller et punir”: entre les pierres d’attente et des points de suspension”, *Actes*, été 1986, n.° 54, pp. 90-91.

CASSANI (U.), “De la dogmatique à la démagogie: une Politique criminelle progmatique”, *Déviance et société*, 1983, vol. 7, n.° 2, pp. 171-180.

CAVAGNA (E.) et MONTEIRO (E.), “Résistance des États – Péninsule ibérique: Espagne et Portugal”, in *Raisonner la raison d’État. Vers une Europe des droits de l’Homme*, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1989, pp. 277-312.

CHAMBON (P.), “La loi n.° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire: analyse et réflexion”, *J.C.P.*, 1989, I, 3417.

CHATELET (F.), “Hypothèses concernant les relations de l’État dit libéral et de l’État fasciste”, in *Éléments pour une analyse du fascisme*, tome 1, séminaires de Maria A. Macciochi, Paris VIII-Vincennes, 1974-75, p. 113 et s.

CHEVALIER (J.), “L’État de droit”, *R.D.P.*, 1989, p. 313 et s.

CERVELLO (C.), “Analyse comparée des législations pénales des pays membres du groupe Pompidou en matière de lutte contre l’usage et le trafic de stupéfiants”, *R.S.C.*, 1990, pp. 538-547.

CHARTIER (Y.), “L’indemnisation des victimes d’infractions pénales”, *Gaz. Pal.* 1985, 2, Doc., p. 346.

COMMAILLE (J.), “D’une sociologie de la famille à une sociologie des régulations sociales”, *Sociologies et société*, 1986, n.° 1, p. 113 et s.

CONSTANTINESCO (L. J.), “Les critères de classification des ordres juridiques en systèmes et familles juridiques”, *Mélanges Georges Langrod*, Paris, Les éditions d’organisation, coll. Ménagement public, 1980, pp. 93-103.

CORREIA (E.), “La peine de mort. Réflexions sur sa problématique et sur le sens de son abolition au Portugal”, in *Pena de morte. Colloque commémoratif du centenaire de l’abolition de la peine de mort au Portugal*, 11-16 septembre 1967, Faculdade de Direito de Coimbra, tome I, pp. 23-37.

CORREIA (E.), “La peine de mort”, *R.S.C.*, 1968, pp. 19-35.

CORREIA (E.), “La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code pénal portugais de 1963”, in *Estudos in memoriam do Professor Beleza dos Santos*. Coimbra 1965, pp. 5-90.

COSTA ANDRADE (M.), “Droit pénal et techniques biomédicales. Portugal. Rapport national.” *R.I.D.P.*, 1988, n.º 3 et 4, pp. 1113-1131.

COULOMBEL (M. P.), “Force et but dans la pensée juridique de Ihering”, *R.T.D.C.*, 1957, pp. 609-631.

COUVRAT (P.), “La Politique criminelle pénitentiaire à l’image de l’expérience française depuis 1945”, *R.S.C.*, 1985, pp. 231-239.

COUVRAT (P.), “Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la Commission Justice pénale et droits de l’Homme”, *A.P.C.* 1991, n.º 13, pp. 67-73.

COUVRAT (P.), “Quelques réflexions sur la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire”, *R.S.C.*, 1987, p. 925 et s.

COUVRAT (P.), “Les temps des sursis: apports jurisprudentiels”, *R.S.C.*, 1988, pp. 836-839.

COUVRAT (P.), “A propos de deux décrets du 14 mars 1986. Les prescriptions du sursis avec mise à l’épreuve et de la libération conditionnelle”, *R.S.C.*, 1986, pp. 665-669.

COUVRAT (P.), “La protection des victimes d’infractions: essai d’un bilan”, *R.S.C.*, 1983, p. 577 et s.

COUVRAT (P.), “La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d’infractions”, *A.L.D.*, 1990, p. 143 et s.

CSONKA (P.), “La peine de mort: le point de vue des droits de l’Homme”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme”, 1993, pp. 105-121.

DAGA (L.), “Différentes formules pénales visant à remplacer la privation de liberté dans les systèmes juridiques européens”, *R.I.C.P.T.*, 1984, pp. 181-194.

DE CUNHA RODRIGUES (J. N.), “Les rapports entre l’organisation judiciaire et la procédure pénale au Portugal”, *R.I.D.P.*, 1989, 3^e et 4^e trimestre, pp. 943-952.

DAMADE (M.), “Délinquance et toxicomanie”, in *Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, Érès, coll. Questions actuelles de Criminologie, 1991, pp. 45-58.

DAUTRICOURT (J. Y.), “De la loi pénale à la loi de Politique criminelle”, *A.P.C.*, 1977, n.º 2, pp. 83-103.

DE BÉCHILLON (D.), “Le rétablissement de la peine de mort: aspects de droit public”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 83-103.

DECOQ (A.), “Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal”, *R.S.C.*, 1976, pp. 5-28.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), “La protection des droits de l’Homme dans la procédure pénale”, *R.I.D.P.*, 1978, n.º 3, pp. 260-283.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), “Principes directeurs et Politique criminelle portugaise”, *R.S.C.*, 1987, pp. 85-92.

DE GOUTTES (R.), “De l’espace judiciaire pénal européen à l’espace judiciaire pénal pan-européen”, *Mélanges Georges Levasseur*, Droit pénal, Droit européen, Paris, Litec, 1992, pp. 3-22.

DE GOUTTES (R.), “La Convention européenne des Droits de l’Homme et la Justice française en 1992”, *Gaz-Pal.*, vendredi 6, samedi 7 mars 1992.

DE LA CUESTA (J. L.), “La peine de mort pour les trafiquants de drogue”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 151-157.

DELMAS-MARTY (M.), “Permanence ou dérive du modèle libéral de Politique criminelle”, *A.P.C.*, 1983, n.° 6, pp. 13-69.

DELMAS MARTY (M.), “L’analyse systémale et la Politique criminelle”, *A.P.C.*, 1985, n.° 8, pp. 27-45.

DELMAS-MARTY (M.), “L’enjeu d’un Code pénal. Réflexion à propos de l’inflation des lois pénales en France”, *Mélanges Legros*, Bruxelles, 1985, p. 165 et s.

DELMAS-MARTY (M.), “Pour des principes directeurs de la législation pénale”, *R.S.C.* 1984, pp. 586-588.

DELMAS-MARTY (M.), “Code pénal d’hier, Droit pénal d’aujourd’hui, matière pénale de demain”, *Dalloz*, 1986, chr., p. 27.

DELMAS-MARTY (M.), “Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria”, *R.S.C.*, 1989, pp. 252-260.

DELMAS-MARTY (M.), “La durée de la sentence, structure et stratégie du système pénal français”, *R.D.P.C.*, 1984, p. 227 et s.

DELMAS-MARTY (M.), “Des victimes: repères pour une approche comparative”, *R.S.C.*, 1984, pp. 209-223.

DELMAS-MARTY (M.), “Quelques politiques européennes? Analyse juridique comparée des politiques de la drogue et de l’alcool: les raisons du Droit”, in *Individus sous Influence*, Paris, éd. Esprit, 1991, pp. 319-343.

DELMAS-MARTY (M.), “Nouveau Code pénal, avant propos”, *R.S.C.*, 1993, pp. 433-443.

DELMAS-MARTY (M.), “Ni victimes, ni procureurs, qui sont-ils?”, *A.P.C.*, 1988, n.° 10, pp. 11-18.

DELMAS-MARTY (M.), “La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et le droit pénal de fond”, *Mélanges Georges Levasseur*, Droit pénal, Droit européen, Paris, Litec, 1992, pp. 195-203.

DELMAS-MARTY (M.), “La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la déclaration de 1789”, in *La déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1989, pp. 151-169.

DELMAS-MARTY (M.), “Réflexions sur la matière pénale”, in *L’enseignement des Sciences criminelles aujourd’hui*, sous la direction de Christine Lazerges, Toulouse, Érés, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1991, pp. 15-30.

DELMAS-MARTY (M.), “Vers un modèle européen de procès pénal”, in *Procès pénal et droits de l’Homme. Vers une conscience européenne*, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992, pp. 291-301.

DELMAS-MARTY (M.), “Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales”, in *Mélanges en l’honneur d’André Vitu*. Droit pénal contemporain, Paris, Cujas, 1989, pp. 151-167.

RAPPORT DELMAS-MARTY, “Extraits du rapport Delmas-Marty sur la mise en état des affaires pénales”, *A.P.C.*, 1990, n.º 13, pp. 75-114.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.), “Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal”, *Mélanges en l’honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, pédone, 1980, pp. 149-165.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.), “Le principe de la légalité en matière d’atteinte à la liberté de l’inculpé: l’histoire d’un oubli”, *Les cahiers du droit*, tome 1, Bordeaux, 1985, pp. 13-30.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.), “1789: un nouveau droit pénal est né...”, *Mélanges Pierre Jaubert*, en cours de publication, pp. 732-736.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J. P.), “Chroniques de jurisprudence”, *R.S.C.*, 1989, pp. 732-736, et *R.S.C.*, 1990, pp. 66-70.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.P.), “Le rétablissement de la peine de mort? La réforme du droit pénal français”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érés, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 73-81.

DEPAIX (M.), “Le placement d’office des aliénés et les questions qu’il pose au juge administratif”, *A.J.D.A.*, 1989, pp. 169-171.

DE SOUSA SANTOS (B.), “La justice informelle et ou technocratique. Les transformations récentes dans la nature du pouvoir de l’État dans les pays capitalistes avancés”, in *Etre juge demain*, Presses Universitaires de Lille, 1983, pp. 65-76.

DE SOUTO DE MOURA (J.), “Le procès pénal au Portugal”, in *Procès pénal et droits de l’Homme. Vers une conscience européenne*, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1992, pp. 91-107.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), Numéro spécial du *J.C.P.*, 1992 sur le nouveau Code pénal.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), “Premier aperçu de la loi du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale”, *J.C.P.*, du 15 septembre 1993, n.º 37, Actualités.

D’HAUTEVILLE (A.), “Victimes mieux aidées, mieux indemnisées: des perspectives nouvelles”, *R.S.C.*, 1989, p. 172 et s.

D'HAUTEVILLE (A.), "L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions", *R.S.C.*, 1991, pp. 149-158.

DI MARINO (G.), "Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application", *R.S.C.*, 1991, pp. 505-517.

DOMINGUES (C.) et **NOGUEIRA (L.)**, "Protection des droits de l'Homme, des victimes de la criminalité et de l'abus de pouvoir", *Documentação e Direito Comparado*, n.º 39-40, *B.M.J.*, 1989, pp. 439-468.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), "La réforme de l'instruction préparatoire", *R.S.C.*, 1949, pp. 499-511.

DUPREEL (J.), "Les orientations actuelles de la Politique criminelle dans le cadre européen", *A.P.C.*, 1977, n.º 2, pp. 161-172.

ESTOUP (P.), "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge français", *Gaz. Pal.* 1990, 1, pp. 110-115.

FAGET (J.), "Les enjeux sociaux du contrôle judiciaire", *Les cahiers du droit*, tome 1, Bordeaux, 1985, pp. 183-203.

FAGET (J.), "Contrôle judiciaire et démocratie", *Bulletin*, 1989, 1^{er} trimestre, n.º 21, pp. 79-82.

FAGET (J.), "La POP justice. Permanence d'orientation pénale et rationalité judiciaire", *R.S.C.*, 1990, pp. 844-849.

FAGET (J.), "La bureaucratisation du Travail d'intérêt général", *Actes*, décembre 1990, n.º 73, pp. 23-27.

FAGET (J.), "Les régulations communales de la délinquance", *Bulletin*, 1989, n.º 19, p. 56 et s.

FAGET (J.), "Contrôle judiciaire et travail social", *R.S.C.*, 1986, pp. 319-331.

FAGET (J.), "L'acculturation juridique des Portugais immigrés", in *Les portugais en Aquitaine. Des soutiers de l'Europe à l'esquisse d'un partenariat privilégié*, C.E.N.P.A. – S.E.S.U.R.B., éd. De la Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, pp. 283-300.

FAGET (J.) et **MONTEIRO (E.)**, "Identité régionale et traitement de la délinquance: Analyse comparative des pratiques françaises et portugaises", in *L'identité régionale*, Paris, éd. du C.N.R.S, 1991, pp. 289-298.

FARGE (A.), "Naissance du monde libéral et Politique criminelle", *A.P.C.*, 1987, n.º 9, pp. 11-17.

FATELA (J.), "Le sang et la rue. Éléments pour une anthropologie de la violence au Portugal", *Droit et Cultures*, 1986, n.º 11, pp. 9-36.

FAUCONNET (L.) "Le contrôle judiciaire socio-éducatif", *I.D.S.Z.*, cahier n.º 10, Wuppertal, 1987, pp. 67-75.

FAUCONNET (L.) "Le contrôle judiciaire: les ambiguïtés de l'intervention de l'associatif dans une mission de service public", *Actes*, décembre 1990, n.º 73, pp. 28-32.

FAUGERON (C.) et **LE BOULAIRE (J. M.)**, “Prisons, peines de prisons et ordre public”, *Revue française de Sociologie*, vol. xxxiii, 1, 1992, pp. 3-32.

FAVOREU (L.), “La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal”, in *Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Droit pénal contemporain, Paris, Cujas, 1989, pp. 129-209.

FIRCHOW (T. A.), “Les conflits de Politique criminelle en matière de lutte contre les toxicomanies” *R.S.C.*, 1987, pp. 951-955.

FIRCHOW (T. A.), “Y a-t-il une place pour le magistrat dans une dynamique de prévention”, *R.S.C.*, 1990, pp. 197-198.

FOYER (J.), “Les mesures d’assistance éducatives en droit international privé”, *R.C.D.I.P.*, 1965, pp. 39-57.

FRANCILLON (J.) et **SALVAGE (P.)**, “Les ambiguïtés des sanctions de substitution”, *J.C.P.*, 1984, I, 3133.

FREITAS (H.) et **SANTOS PAIS (J. M.)**, “Le système pénal et la protection des mineurs, la procédure tutélaire”. *Documentação e Direito Comparado*, n.º 19, *B.M.J.*, 1984, pp. 125-142.

GAUTHIER (P.), “La dépenalisation et l’émission des chèques sans provisoire, la sécurité des chèques et des cartes de paiement”, *Les petites affiches*, 15 avril 1992, n.º 46, pp. 8-19.

GEMINEL (P.), “Contrôle judiciaire socio-éducatif et détention provisoire: un effet substitutif ?”, *Bulletin*, 1990, 1^{er} trimestre, n.º 21, pp. 36-44.

GERSÃO (E.), “Le droit pénal des mineurs au Portugal”, *Droit pénal européen des mineurs*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1992, pp. 227-238.

GERSÃO (E.), “Le centre d’observation de Coimbra – un établissement en évolution”, *Documentação e Direito Comparado*, n.º 19, *B.M.J.*, 1984, pp. 213-223.

GERSÃO (E.), “Prévention et législation pénale”, *Annales internationales de Criminologie*, 1987, vol. 25, n.º 1 et 2, pp. 159-173.

GONNARD (J. M.), “Atteintes à l’ordre public par l’intimidation ou la terreur”, commentaire des articles 706-16 à 706-25, *Jurisclasseur de Procédure pénale*.

GREBING (G.), “Sanctions alternatives aux courtes peines”, *R.I.D.P.*, 1982, 3^e et 4^e trimestre, pp. 775-812.

GUICHARD (F.), “La vie politique au Portugal depuis le 25 avril 1974”, *Bulletin des Études Portugaises et Brésiliennes*, 1987, n.º 46-47, Paris, éd. recherche sur les civilisations, pp. 125-148.

GUILBOT (M.) et **ROJARE (S.)**, “la participation du public à la médiation”, *A.P.C.*, 1992, n.º 14, pp. 39-56.

GUTH (J. M.) et **MARON (A.)**, “La loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d’infractions violentes”, *Droit pénal*, mai 1991, p. 1 et s.

HUGUENEY (L.), “la loi du 25 novembre 1941 sur le jury”, in *Études de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, Paris, Sirey, 1945, pp. 15-36.

JÉOL (M.), “La Politique criminelle en France”, *R.I.D.P.*, 1982, 3^e et 4^e trimestre, pp. 903-913.

JESCHEK (H. H.), “Politique criminelle moderne en Europe occidentale”, *A.P.C.*, 1984, n.° 7, pp. 23-29.

JIMENEZ DE ASUA (L.), “L’analogie en droit pénal”, *R.S.C.*, 1949, pp. 187-240.

JOUYS (M.), “Le Travail d’intérêt général”, *R.P.D.P.*, 1984, pp. 255-263.

JUNG (H.), “Vers un nouveau modèle du procès pénal? Réflexions sur les rapports” La mise en état des affaires pénales, *R.S.C.*, 1991, pp. 526-536.

KALUNSZINSKI (M.) et **ROBERT (P.)**, “En 1933, il est trop tard..., l’éphémère loi du 7 février 1933”, in *Ordre et liberté: la détention provisoire, deux siècles de débats*, sous la direction de Philippe Robert, Paris, éd. L’Harmattan, 1992, pp. 213-232.

KOERING-JOULIN (R.), “Où il est question d’application de la loi dans le temps...”, *Dalloz*, 1987, chr., p. 18.

KOERING-JOULIN (R.), “la notion de” tribunal impartial et indépendant “au sens de l’article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l’Homme”, *R.S.C.*, 1990, n.° 4, pp. 765-774.

KRAMER (P.), “L’inventaire des sanctions pénales”, *A.P.C.*, 1984, n.° 7, pp. 60-67.

KRAMER (P.) et **Leroy (B.)**, “Le Travail au profit de la communauté substitut aux courtes peines d’imprisonnement”, *R.S.C.*, 1983, pp. 37-54.

KUHNMUNCH (O.), “La défense des intérêts collectifs et l’éclatement des poursuites”, *A.P.C.*, 1988, n.° 10, pp. 35-50.

LARGUIER (J.), “Chroniques de jurisprudence”, *R.S.C.*, 1978, pp. 617-621 et *R.S.C.* 1980, pp. 115-119.

LARGUIER (J.), Note sous Cass. civ. 2^e, 7 mars 1958, *J.C.P.*, 1958, II, 10613.

LARGUIER (J.), “L’action publique menacée”, *Dalloz*, 1958, chr., p. 29.

LASCOUMES (P.) et **PONCELA (P.)**, “Des délits et des peines sous la constituante”, *A.P.C.*, 1989, n.° 11, p. 11 et s.

LASCOUMES (P.), “Le grondement de la bataille”, *Actes*, été 1986, n.° 54, pp. 84-89.

LAZERGES (C.), “Les conflits de Politique criminelle”, *A.P.C.*, 1984, n.° 7, pp. 37-48.

LAZERGES (C.), Essai de classification des procédures de médiation”, *A.P.C.*, 1992, n.° 14, pp. 17-29.

LAZERGES (C.), “Quel droit pénal des mineurs pour l’Europe de demain?”, *Mélanges Georges Levasseur*, Droit pénal, Droit européen, Paris, Litec, 1992, pp. 435-448.

LAZERGES (C.), “Les fonctions de la peine et la toxicomanie”, *R.S.C.*, 1988, p. 857-864.

LÉAUTÉ (J.), “L’avant-projet du nouveau Code pénal français”, *A.P.C.*, 1988, n.º 8, pp. 8-26.

LECLERCQ (J.), “Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation”, *R.D.P.C.*, 1978, n.º 8-9-10, pp. 807-860.

LEGEAIS (R.), “La limitation et le contrôle des atteintes à la liberté de l’inculpé en droit anglais ou les ambiguïtés de l’Habeas corpus”, *Les cahiers du droit*, tome 1, Bordeaux, 1985, pp. 31-46.

LEMONDE (M.), “L’article 64 est-il incurable?”, *R.S.C.*, 1992, pp. 521-524.

LEVASSEUR (G.), “La Politique criminelle”, *Archives de philosophie du droit*, tome XIV, Paris, Sirey, 1971, pp. 131-149.

LEVASSEUR (G.), “Réflexion sur la compétence. Un aspect négligé du principe de légalité”, *Mélanges L. Hugueney*, 1964, pp. 13-34.

LEVASSEUR (G.), “Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps”, *Mélanges Jean Constant*, 1971, p. 192 et s.

LEVASSEUR (G.), “L’influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine”, *R.S.C.*, 1991, pp. 9-24.

LOPES ROCHA (M. A.), “Le nouveau Code pénal portugais. Quelques considérations sur le système moniste de réaction anticriminelle”, *R.I.C.P.T.*, 1985, n.º 1, pp. 11-42.

LORHO (G.), “Les alternatives à l’imprisonnement ou l’art baroque en droit pénal”, *R.S.C.*, 1991, pp. 53-56.

LORHO (G.), “L’art baroque en droit pénal. L’article 747-8 du Code de procédure pénale ou la conversion au rite bysantin”, *R.S.C.*, 1992, pp. 725-728.

LORHO (G.), “Chronique du nouveau Code pénal. Un travail d’utilité collective: la réforme du T.I.G.”, *Droit pénal*, janvier 1993, chr., p. 1 et s.

LORHO (G.), “Les voies lumineuses de la conversion ou la clarification par la Chambre criminelle du régime obscur de l’article 747-8 du Code de procédure pénale”, *Droit pénal*, octobre 1991, chr., p. 1 et s.

LUHMANN (N.), “L’unité du système juridique”, *Archives de Philosophie du droit*, tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 136-168.

MAGNOL (M.), “Une application de la notion de l’état dangereux du délinquant et la mesure de sûreté, L’acte dit” loi du 2 mars 1943 “contre les souteneurs”, in *Études de Science criminelle et Droit pénal comparé*, Paris, Sirey, 1945, pp. 3-14.

MALOSSANNE (J. P.) et STEMMER (N.), “le rôle de l’association de réadaptation sociale et le contrôle judiciaire”, in *Délinquance et toxicomanie*, Toulouse, Érès, coll. Questions actuelles de Criminologie, 1991, pp. 36 et s.

MARC (G.), “Le Travail d’intérêt général en droit comparé”, *R.P.D.P.*, 1985, n.° 1, pp. 111-125.

MARC (G.), “Le nouveau pouvoir reconnu au juge d’application des peines d’imposer des obligations supplémentaires aux probationnaires en cours d’épreuve”, *R.S.C.*, 1971, p. 1006 et s.

MARCUS (M.), “Un outil de la Politique criminelle: les conseils communaux de prévention de la délinquance”, *R.S.C.*, 1984, pp. 47-54.

MARCUS (M.), “Une évolution marquante dans la prévention”, *R.S.C.*, 1989, pp. 176-181.

MARGUÉNAUD (J. P.), “La qualification pénale des actes de terrorisme”, *R.S.C.*, 1990, pp. 1-28.

MARTIN (P. M.) et **NEIRINCK (C.)**, “Un traité maltraité. A propos de l’arrêt Le Jeune (Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993)”, *J.C.P.*, 1993, I, 3677.

MARTINHO DA SILVA (P.), “Le bonheur de l’homme est l’avenir du droit? - L’expérience portugaise”, *Médecine et société*, 1989, n.° 143, Paris, Masson, pp. 319-324.

MASSIAS (F.), “Police des étrangers et droits de l’Homme”, *R.S.C.*, 1988, pp. 223-254.

MAYER (D.), “De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en matière de moeurs”, *R.S.C.*, 1989, pp. 442-450.

MAYER (D.), Note sous Cour d’appel de Colmar, 10 février 1977, *Dalloz*, 1978, p. 471.

MAYER (D.), Note sous Cour d’assises de Paris, 15 décembre 1977, *Dalloz*, 1978, p. 61.

MAYRAUD (Y.), “Ratio Legis et incrimination”, *R.S.C.*, 1983, pp. 597-621.

MELLOR (A.), “Réflexions sur un danger évité, A propos des dispositions récentes sur le sursis à l’exécution des peines”, in *Études de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Sirey, 1945, pp. 37-43.

MEMETAU (G.), “Droit pénal et techniques biomédicales. France, rapport national”, *R.I.D.P.*, 1988, 3^e et 4^e trimestre, pp. 885-919.

MIRANDA RODRIGUES (A.), “Les sanctions pénales classiques et alternatives dans la législation portugaise”, *Annales Internationales de Criminologie*, 1987, vol. 25, n.° 1 et 2, pp. 69-86.

MIRANDA RODRIGUES (A.), “L’assistant, une curiosité du droit procédural portugais”, in *Quelques aspects des Sciences criminelles*, Travaux de l’Institut de Sciences criminelles de Poitiers, Paris, Cujas, 1990, p. 183 et s.

MONTJARDET (D.), “Une mission sur le territoire. De la difficulté des policiers à entrer dans la politique de prévention de la délinquance”, *Bulletin*, 1991, n.° 26, pp. 77-81.

NEIRINCK (C.), “Avocat d’enfants ou défenseur d’enfants?”, *Les petites affiches*, 29 novembre 1989, n.° 143, p. 17 et s.

NEVEU (C.), “La peine de travail d’intérêt général (régime applicable dans le ressort du T.G.I. de Grenoble)”, *Actes*, 1986, n.° 56, pp. 2-10.

NICOLAU (G.), “L’héritière”, *Dalloz*, 1991, chr., p. 29.

OTTENHOF (R.), “Lignes directrices pour une approche criminologique du terrorisme”, *R.S.C.*, 1988, pp. 371-374 et pp. 594-596.

OTTENHOF (R.), “Le droit pénal français à l’épreuve du terrorisme”, *R.S.C.*, 1987, p. 607 et s.

OTTENHOF (R.), “Le meurtre d’un enfant”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 143-150.

PASSET (I.), “L’alternative à l’incarcération du toxicomane”, *R.S.C.*, 1992, pp. 789-794.

PATIN (M.), “La correctionnalisation législative des crimes”, *R.S.C.*, 1948, pp. 187-199.

PATIN (M.), “La légalité républicaine et la répression de l’infanticide”, *R.S.C.*, 1947, pp. 185-189.

PATIN (M.), “La restauration de la légalité républicaine dans nos codes répressifs”, *R.S.C.*, 1946, pp. 39-49.

PEDRIOLLE (S.), “Le Travail d’intérêt général”, *Déviance et Société*, 1984, vol. 8, pp. 207-215.

PERIER-DAVILLE (D.), “Le rapport Bonnemaïson sur les prisons”, *Gaz. Pal.*, mercredi 5 - jeudi 6 avril 1989, pp. 18-20.

PERRET (J.), “Le rôle pénal de la solidarité entre condamnés à une peine d’amende”, *R.S.C.*, 1941, p. 77 et s.

PEYTEL (A.), “La réforme du jury criminel et la réorganisation de la Cour d’assises”, *Gaz. Pal.*, 30-31 janvier, 4-5 février et 6-7 février 1942.

PHILIP (L.), “La constitutionnalisation du droit pénal français”, *R.S.C.*, 1985, pp. 711-723.

PINATEL (J.), “Peines de substitution et criminologie”, *R.I.C.P.T.*, 1984, n.º 4, pp. 464-479.

PINATEL (J.), “La peine de mort”, in *La peine de mort au seuil du troisième millénaire*, sous la direction de Robert Cario, Toulouse, Érès, coll. Criminologie et Sciences de l’Homme, 1993, pp. 11-14.

PINTO (R.), “L’affaire Touvier? Analyse critique de l’arrêt du 13 avril 1992”, *Journal du Droit international*, 1992, n.º 3, pp. 607-623.

PINTO (R.), “L’application du principe de réciprocité et des réserves dans les conventions interétatiques concernant les droits de l’Homme”, *Mélanges Georges Levasseur*, Droit pénal, Droit européen, Paris, Litec, 1992, pp. 83-88.

PISAPIA (G. D.), “Le nouveau Code de procédure pénale italien”, *A.P.C.*, 1991, n.º 13, pp. 115-126.

PLAWSKI (I.), “Les jours-amendes”, *R.P.D.P.*, 1983, pp. 353-366.

PONCELA (P.), “Droit de punir et pouvoirs de punir: une problématique de l’État”, *Archives de Philosophie du droit*, tome 28, Paris, Sirey, 1983, pp. 123-135.

PONCELA (P.), “Nouveau Code pénal, Livre I - Dispositions générales”, *R.S.C.*, 1993, pp. 455-468.

PONCELA (P.), “Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité”, *R.S.C.*, 1986, pp. 61-68.

PONCELA (P.), “Par la peine, dissuader ou rétribuer”, *Archives de Philosophie du droit*, tome 26, Paris, Sirey, 1981, p. 68 et s.

PONS (L.), “La probation en France”, *Rev. dr. pén.* 1969-1970, pp. 647-664.

POUGET (P.), “Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la C.E.S.D.H.”, *R.S.C.*, 1989, pp. 78-93.

PRADEL (J.), “La phase préparatoire du procès pénal en droit pénal et en droit comparé”, *R.S.C.*, 1983, pp. 623-639.

PRADEL (J.), “Le Travail d'intérêt général en Europe occidentale. Aperçus comparatifs”, *R.P.D.P.*, 1986, n.° 3, pp. 144-156.

PRADEL (J.), “La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'Homme (juin 1990)”, *Dalloz*, 1990, chr., p. 301.

PRADEL (J.), “De la réforme de l'instruction préparatoire”, *Dalloz*, 1989, chr., p. 1.

PRADEL (J.), “Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale)”, *Dalloz*, 1993, chr., p. 39.

PRADEL (J.), “La réforme de la détention préventive, commentaire de la loi du 11 juillet 1970”, *Gaz. Pal.*, 1972, 1, Doc., p. 1.

PRADEL (J.), “La loi du 9 juillet 1984 et le recul de la détention provisoire: Un pas en avant utile?”, *Dalloz*, 1985, chr., p. 7.

PRADEL (J.), “Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions”, *Dalloz*, 1983, chr., p. 241.

PRADEL (J.), “Les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi n.° 83-466 du 10 juin 1983”, *Dalloz*, 1984, chr., p. 111.

PRADEL (J.), “Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal”, *Dalloz*, 1987, chr., p. 39.

PRADEL (J.), Note sous Cass. crim. 9 février 1988, p. 335.

PRADEL (J.), “Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes”, *Mélanges Georges Levasseur*, Droit pénal, Droit européen, Paris, Litec, 1992, pp. 459-472.

PRÉVAULT (M^r), Note sous T.G.I. Seine, 23 octobre 1963, *Gaz. Pal.*, 1964, 1, p. 120.

PRÉVAULT (M^r), Note sous T.G.I. Bar-Le-Duc, 21 juin et 13 octobre 1982, *Dalloz*, 1983, 2, p. 94.

- RAGER (P.)**, “Toxicomanie, délinquance et incarcération”, in *Toxicomanie et délinquance*, Toulouse, Érès, coll. Questions actuelles de Criminologie, 1991, pp. 39-44.
- RENUCCI (J. F.)**, “Le droit pénal français des mineurs”, in *Droit pénal européen des mineurs*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1992, pp. 183-189.
- RENUCCI (J. F.)**, “L’efficacité de l’audition des mineurs dans la procédure d’assistance éducative”, *Dalloz*, 1987, chr., p. 19.
- RICHARD (A.)**, “La justice pénale et le paradoxe de Beccaria”, *R.S.C.*, 1964, pp. 775-784.
- RIVERO (J.)**, “La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la déclaration de 1789”, in *La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1989, pp. 75-88.
- RIVIERE (L.)**, “La réforme du jury criminel”, *Gaz. Pal.*, 28-30 juillet 1943.
- ROBERT (J.)**, Note sous Crim. 21 août 1971, *J.C.P.*, 1971, II, 16945.
- ROBERT (P.)**, “La crise de l’économie répressive”, *R.S.C.*, 1986, pp. 69-78.
- ROBERT (P.)**, “La justice impuissante”, *Le Monde*, Paris, 14 mai 1992.
- ROJARE (S.)**, “Une Politique criminelle participative: L’exemple de la participation des associations à la variante de médiation”, *A.P.C.*, 1988, n.º 10, p. 107 et s.
- RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, “Réflexions sur l’apport des nouvelles normes relatives à la procréation artificielle humaine et à l’utilisation des embryons in vitro, aux relations entre l’éthique, le droit et la Science”, *Médecine et Société*, 1989, n.º 143, pp. 67-89.
- RUTHERFORD (A.)**, “Les prisons et la Procédure répressive. Le défi réductionniste”, *R.I.C.P.T.*, vol. XXXIX, 1986, n.º 1, pp. 13-30.
- SACOTTE (J.)**, “Le mouvement de dépénalisation. La limitation de la privation de liberté dans les pays d’Europe occidentale”, *A.P.C.*, 1983, n.º 5, pp. 61-88.
- SACOTTE (J.)**, “Le contrôle juridictionnel de l’exécution des peines en droit positif comparé”, *A.P.C.*, 1986, n.º 6, pp. 103-136.
- SACOTTE (J.C.)**, “Le décret du 6 août 1985. Un nouvelle réforme pénitentiaire?”, *R.S.C.*, 1985, pp. 859-861.
- SALAS (D.)**, “Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs”, *R.S.C.*, 1993, pp. 238-248.
- SALVAGE (P.)**, “Le cumul de sursis”, *R.S.C.*, 1978, pp. 13-32.
- SALVAGE (P.)**, Note sous Cass. crim., 23 juin 1986, *J.C.P.*, 1986, II, 20534.
- SAURON (J. L.)**, “Les vertus de l’inquisitoire ou l’État au service des droits”, *Pouvoirs* 1990, n.º 55, pp. 53-64.
- SCHEWING (M’)**, Note sous Cass. crim. 2 avril 1963, *Dalloz*, 1963, p. 506.

SCHNAPPER (B.), “L’action pénale, le Ministère Public et les associations: Naissance et contestation d’un quasi-monopole (XIX^e-XX^e siècle)”, *A.P.C.*, 1988, n.° 10, pp. 19-34.

SCHÜTS (B.), “Les jours-amendes: entre espoir et la réalité”, *Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Droit pénal contemporain, Paris, Cujas, 1989, pp. 459-468.

SEVE (R.), “*Le système juridique*, Introduction”, *Archives de Philosophie du droit*, tome 31, Paris, Sirey, 1986, pp. 1-10.

SLAMA (A. G.), “Vichy était-elle fasciste?”, *Vingtième siècle*, juillet-septembre 1986, pp. 41-53.

SOULEAU (I.), “Neuf années de contrôle judiciaire”, *R.S.C.*, 1980, pp. 41-76.

STRALH (I.), “Les jours-amendes dans les pays scandinaves”, *R.S.C.*, 1951, p. 65 et s.

SYR (J. H.), “Politique pénitentiaire et privatisation: la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire”, *Dalloz*, 1987, chr., p. 135.

SZABO (D.), “La politique criminelle: remèdes et responsabilités”, *R.I.C.P.T.*, 1977, vol. XXX, n.° 3, pp. 233-250.

SZABO (D.), “Orientations actuelles de la criminologie et son influence sur les politiques criminelles”, *R.I.C.P.T.*, 1985, n.° 4, pp. 405-419.

SZABO (D.), “L’évaluation des politiques criminelles, quelques réflexions préliminaires”, *R.S.C.*, 1981, pp. 1-23.

TESSIER (A.), “La solidarité en matière pénale peut-elle se concilier avec les principes de notre droit pénal?”, *J.C.P.*, 1953, I, 1119.

TORRES (M.), “La notion de juge naturel en droit portugais”, in *Etre juge demain*, Presses Universitaires de Lille, 1983, pp. 309-317.

VAN DE KERCHOVE (M.), “Symbolique et instrumentalité. Stratégie de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste”, in *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Revue de l’Université de Bruxelles, éd. de l’Université de Bruxelles, 1984/1-3, pp. 123-185.

VAN HOSNTÉ (V.), “Politique criminelle et sanctions patrimoniales”, *R.D.P.C.*, 1976, n.° 5, pp. 407-477.

VARAUT (J. M.), “L’utilitarisme de Jeremy Bentham, prémices et mesures de la justice pénale”, *R.S.C.*, 1982, pp. 261-270.

VAREILLE (B.), “Le pardon du juge répressif”, *R.S.C.*, 1988, pp. 676-702.

VARINARD (A.), “Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine”, *Déviance et Société*, 1983, vol. 7, n.° 2, pp. 155-169.

VEIGA (O.), “Mesures contre le terrorisme international. Traitement juridique du terrorisme au Portugal”, *Documentação e Direito Comparado*, n.° 39-40, *B.M.J.*, 1989, pp. 365-377.

VERDUN (H.), “La Cour d’assises selon la loi du 25 novembre 1941”, *J.C.P.*, 1942, I, p. 260.

VÉRIN (J.), “Une recherche expérimentale au Tribunal de Paris pour diminuer la détention provisoire”, *R.S.C.*, 1977, p. 909 et s.

VÉRON (M.), “Le dispositif légal relatif à l’émission de chèques sans provision depuis la loi du 30 décembre 1991”, *Droit pénal*, avril 1992, n.º 4, pp. 2-5.

VITTORINO (A.), “Magistrature et justice constitutionnelle au Portugal”, in *Etre juge demain*, Presse Universitaire de Lille, 1983, pp. 108-108.

VOURC’H (C.), “Une application socio-éducative du Contrôle judiciaire”, *A.P.C.*, 1977, n.º 2, pp. 107-131.

WAQUET (P.), “Réflexions sur les rapports de la Commission Justice pénale et droits de l’Homme”, *R.S.C.*, 1991, p. 518-525.

WYVEKENS (A.), “Justice pénale et environnement local, le “milieu ouvert” et “l’insertion locale des juridictions”, *A.P.C.*, 1990, n.º 13, pp. 43-60.

B. En langue portugaise

ALMEIDA (C.), “Alguns aspectos concretos da aplicação da legislação penal sobre droga”, *Tribuna de Justiça*, 1990, n.º 3, pp. 81-89.

ALMEIDA COSTA (A. M.), “Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português”, separata do vol. LXV (1989) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 44 et s.

ALVES CARDOSO (J.), “As formas de aparição do crime no novo Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, 1982, ano 3, vol. 12, pp. 23-44.

ARAÚJO DE BARROS (F.), “Uma ilegalidade institucionalizada?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 23, 1963, p. 106 et s.

BACELAR (A.), “O processo político em Portugal”, in *Tese e documentos do II Congresso Republicano de Aveiro*, II, 1969, p. 64 et s.

BARBAS HOMEM (P.), “Algumas notas sobre a introdução do Código civil de Napoléon em Portugal em 1808”, *Revista Jurídica*, n.º 2-3, A.A.F.D.L., 1985, pp. 97-107.

BARREIROS (J. A.), “As instituições criminais em Portugal no século XIX: Subsídios para a sua história”, *Análise Social*, vol. XVI (63), 1980, 3.º, pp. 587-612.

BARREIROS (J. A.), “Criminalização política e defesa do Estado”, *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, 2.º-3.º-4.º, pp. 813-828.

BARREIROS (J. A.), “A ressocialização e o processo penal”, in *Cidadão delinquente: Reinserção social*, Lisboa, I.R.S., 1983, pp. 101-131.

BERNARDO COLAÇO (A.), “O Ministério Público e as polícias no quadro do futuro Código de Processo Penal”, in *Jornadas de processo penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 2, Lisboa, 1987, pp. 115-123.

BRAGA DA CRUZ (G.), “O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (resenha Histórica)”, in *Pena de morte*, tomo II, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, pp. 423-557.

BRAGA DA CRUZ (G.), “O Código de processo penal, esboço da sua história”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, vol. I, nota 463 et 1285.

CASTRO E SOUSA (J.), “A prisão preventiva e outros meios de coacção”, *B.M.J.*, n.º 337, 1984, pp. 45-71.

CASTRO E SOUSA (J.), “Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de processo penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 147-163.

CORREIA (E.), “A influência de Franz V. Liszt sobre a reforma penal portuguesa”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 32, julh.-dez. 1981, pp. 22-45.

CORREIA GUIMARÃES (J. A.), “Prostituição e criminalidade feminina na cidade do Porto”, *Boletim do Instituto de Criminologia*, n.º 21, 2.º semestre 1967, p. 54 et s.

CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.), “Alguns dados estatísticos sobre o homicídio em Portugal”, in *Pena de morte*, tomo I, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, pp. 311-331.

CRUCHO DE ALMEIDA (M. R.), “Novas medidas detentivas e semidetentivas no primeiro ano de vigência do Código Penal”, *B.M.J.*, n.º 348, p. 17 et s.

CUNHA RODRIGUES (J. N.), “Recursos”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 379-400.

DE ABREU (E.), Comentário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 16 dez. 1987, *O Direito*, ano 122, 1990, n.º 1, pp. 159-167.

DE ALMEIDA RIBEIRO (A.), “Conferência sobre os direitos do arguido”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 18, 1958, p. 423 et s.

DE FARIA COSTA (J.), “Diversão (desjudiciarização) e medição: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXI, 1985, pp. 91-158.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), “Sobre sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 1-34.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal e Legislação Complementar*, fase I, Lisboa, C.E.J., 1983, pp. 315-336.

DE FIGUEIREDO DIAS (J.), “As grandes linhas da Reforma Penal”, *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal e Legislação Complementar*, fase I, Lisboa, C.E.J., 1983, pp. 17-37.

DE LEMOS MARTINS (M.), “Rituais da verdade no discurso salazarista: actos de fidelidade e abjuração”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 18/19/20, fev. 1986, pp. 182-201.

DE LUCENA (M.), “Transformações do Estado português nas suas relações com a sociedade civil”, *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, n.º 3-4-5, pp. 897-926.

DE OLIVEIRA (O. M.), “As medidas de coacção no novo Código de processo”, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 165-190.

DE PINA (L.), “O Porto, a reforma das Prisões e a Abolição da pena de morte”, in *Pena de morte*, tomo II, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, pp. 399-409.

DE SOUSA SANTOS (B.), “Os crimes políticos e a pena de morte”, in *Pena de morte*, tomo II, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, pp. 123-147.

DE SOUTO DE MOURA (J.), “Inquérito e instrução”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 81-145.

DE SOUTO DE MOURA (J.), “As contravenções e o novo Processo Penal”, *Tribuna da Justiça*, 1990, n.º 2, pp. 71-88.

DUARTE (M. L.), “O Conselho da Europa e a protecção dos direitos do homem”, *Documentação e Direito Comparado*, B.M.J., 1989, n.º 39-40, p. 191-242.

FROTA (M.), “Direito à saúde e os consumidores”, *Tribuna da Justiça*, 1990, n.º 3, pp. 61-77.

GERSÃO (E.), “Acerca da abolição da pena de morte nos crimes militares”, in *Pena de morte*, tomo II, Faculdade de Direito de Coimbra, 1967, pp. 205-218.

GERSÃO (E.), “Política criminal e prisão”, *Boletim do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, 1987, n.º 1, pp. 31-43.

GERSÃO (E.), “Portugal entre Armadilhas da “Protecção” e da “Justiça” de menores”, *Tribuna da Justiça*, 1990, n.º 4-5, pp. 89-103.

GONÇALVES DA COSTA (J.), “O estatuto do arguido no projecto de Código de Processo Penal (uma primeira leitura)”, *Jornadas de Processo Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 2, Lisboa, 1987, pp. 245-471.

GONÇALVES DA COSTA (J.), “Recursos”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 401-471.

GUEDES DA COSTA (O.), “A incomunicabilidade do detido e o advogado”, in *Para Uma nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 75-92.

JOAQUIM (A.), “Todos fomos de mais: introdução a ensaios sobre a topologia qualitativa do Salazarismo”, *Análise Social*, vol. XV (59), 1979, n.º 3, pp. 675-696.

LABORINHO LÚCIO (A.), “Subjectividade e motivação no novo processo penal português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abril-junho 1991, pp. 205-220.

LOPES ROCHA (M. A.), “O novo Código Penal Português. Algumas considerações sobre o sistema monista das reacções criminais”, in *Para uma nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 33-92.

LOPES ROCHA (M. A.), “O novo Código Penal Português. Algumas questões de Política criminal”, *B.M.J.*, janeiro 1983, pp. 37-77.

MADEIRA BÁRBARA, “O Direito Penal e os jovens delinquentes - Dec.-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro”, *Revista do Ministério Público*, ano 4, 1983, vol. 13-16, pp. 9-23.

MAIA COSTA (E.), “O regime dos recursos no projecto de Código de Processo Penal”, *Jornadas de Processo Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 2, 1987, pp. 154-160.

MARQUES FERREIRA (M.), “Meios de prova”, *Jornadas de Direito Processual penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 219-270.

MIRANDA RODRIGUES (A.), Comentário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 21 de Março 1990, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abril-junho 1991, pp. 243-258.

MIRANDA RODRIGUES (A.), “A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso”, *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e Legislação Complementar*, fase I, 1983, C.E.J.

MOREIRA DOS SANTOS (G.), “A prisão preventiva”, in *Para uma nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 177-188.

PIZARRO BELEZA (T.), “A “Reinserção social dos delinquentes”: recuperação da utopia ou utopia da recuperação?”, in *Cidadão delinquente: Reinserção social?*, Lisboa, I.R.S., 1983, pp. 159-170.

PIZARRO BELEZA (T.), “O mito da recuperação do delinquente no discurso punitivo do Código Penal de 1982”, *Revista do Ministério Público*, ano 4, vol. 16, 1983, pp. 9-42.

PIZARRO BELEZA (T.), “A mulher no Direito Penal”, *Cadernos Condição Feminina*, n.º 19, 1984.

REIS FIGUEIRA (A.), “Formas de participação popular na administração da justiça em Portugal”, *Scientia Iuridica*, set./dez. 1984, tomo XXXIII, n.º 191-192, pp. 367-403.

ROBALO CORDEIRO (A.), “Escolha da medida da pena”, *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, fase I, Lisboa, C.E.J., 1983, pp. 235-283.

RODRIGUES MAXIMIANO, “A prisão preventiva”, *Jornadas de Processo Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 2, Lisboa, 1987, pp. 175-219.

RUIVO (F.), “A magistratura num período de crise do Estado: 1969-1974”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 18/19/20, fev. 1986, pp. 343-376.

TORRES (M.), “A prisão preventiva”, *Justiça*, 1987, n.º 1, pp. 23-30.

TAVARES DE ALMEIDA (J.), “A precaridade da prisão preventiva e os delitos incaucionáveis”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, Set./Dez. 1982, pp. 727-745.

VELOZO (J. F.), “A intervenção do advogado na instrução preparatória”, *Scientia Iuridica*, ano IV, 1955, pp. 397 et s.

VILLAVERDE CABRAL (M.), “Sobre o fascismo e o seu advento em Portugal: ensaio de interpretação a pretexto de alguns livros recentes”, *Análise Social*, vol. XII (48), 1976, n.º 4, pp. 878-915.

JURY

DIRECTEUR: Mr Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE,

Professeur à l'Université de BORDEAUX I, Directeur de l'Institut de Sciences criminelles.

PRÉSIDENTS: Mme Mireille DELMAS-MARTY,

Professeur à l'Université PANTHÉON-SORBONNE (Paris I),
Directeur de la Section de science criminelle de l'Institut de droit comparé de l'Université PANTHÉON-ASSAS (Paris II),
Vice-Président de l'Association internationale de droit pénal.

Mr. Jorge DE FIGUEIREDO DIAS,

Professeur à l'Université de COIMBRA (PORTUGAL).

SUFFRAGANTS: Mr. Jacques FAGET,

Chargé de Recherches au C.N.R.S.

Mr. Reynald OTTENHOF,

Professeur à l'Université de PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR,
Directeur du Centre de Sciences criminelles, Directeur du C.R.E.D.I.J.,
Secrétaire général de l'Association internationale de droit pénal.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

- The right of action of third private parties against EC Commission's clearance of mergers 5

Miguel de A. Pereira

CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM

- Le statut constitutionnel et la structure interne du Ministère Public dans un Etat de droit 55

José Manuel Santos Pais

ESTUDOS

- Entre libéralisme et autoritarisme: Les fluctuations des politiques criminelles en France et au Portugal 77

Evelyne Monteiro

A correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a

All correspondence concerning this Review should be addressed to

La correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 – 1250 LISBOA – PORTUGAL
Tel.: 382 03 00 – Telex 42 701 PROCUR P
Fax: 382 03 01
